

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

2011.0477.7

Université de Montréal

**LE CONSENTEMENT À LA CONVENTION D'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL
ÉVOLUTION ET DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN DROIT QUÉBÉCOIS ET EN DROIT
INTERNATIONAL**

par

Nicolette Kost De Sèvres

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de LL.M
en droit
option droit des affaires

Décembre 2005

© Nicolette KOST DE SÈVRES 2005

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**Le consentement à la convention d'arbitrage commercial international:
Évolution et développements récents en droit québécois et en droit
international**

Présenté par :

Nicolette Kost De Sèvres

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

M. Nabil N. Antaki
Président-rapporteur

M. Guy Lefebvre
Directeur de recherche

M. Emmanuel S. Darankoum
Membre du jury



RÉSUMÉ

L'arbitrage évolue parallèlement et en accord au développement du commerce et des relations internationales s'accompagnant d'un accroissement des différends commerciaux de plus en plus complexes et spécialisés. En choisissant l'arbitrage, les parties excluent, de manière consensuelle, la compétence juridictionnelle des tribunaux étatiques. Ce droit à l'accès aux tribunaux étatiques se retrouve notamment à la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. La validité d'une convention d'arbitrage dépend donc avant tout de la preuve de son existence et la preuve du consentement des parties s'y rattachant. La nécessité de l'écrit est donc un moyen de s'assurer du consentement des parties. La Convention de *New York de 1958* énumère plusieurs de ces principes de forme. Son article II(2), qui prévoit que la convention d'arbitrage doit être par écrit, n'est plus adapté aux réalités juridiques et commerciales d'aujourd'hui ni au développement du commerce électronique. Que peut être considéré comme un écrit afin de répondre aux exigences de l'article II(2)? Abordée par la CNUDCI, cette problématique quant au formalisme requis dans l'expression de la volonté des parties à se soumettre à l'arbitrage est d'une importance capitale dans la mesure des différentes interprétations qui existent à ce sujet tant au niveau du droit québécois et canadien qu'au niveau du droit international. Une réforme des dispositions législatives quant au formalisme écrit du consentement à l'arbitrage doit être mise en place et ce, soit par une réforme des dispositions législatives existantes ou par une mise à jour officielle de l'interprétation donnée aux dispositions actuelles en vigueur.

MOTS-CLÉS

Arbitrage commercial international; convention d'arbitrage; consentement à l'arbitrage; forme écrite; conditions de forme, Convention de New York de 1958; Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

ABSTRACT

Arbitration has evolved in parallel and in accordance with the development of commerce and of international relations coming along with the rise of commercial disputes which are becoming increasingly complex and specialised. By choosing arbitration, the parties consensually exclude the jurisdiction of State courts. This right to access State courts is protected namely in the *Charter of Human Rights and Freedoms*. The validity of an arbitration clause therefore depends above all on the proof of its existence and of the consent of the parties to that effect. The necessity of the written form becomes a mean that insures of the consent of the parties. The *1958 New York Convention* enumerates several of those formal requirements. Its section II(2), which states that the arbitration clause has to be in written form, is not adapted to today's legal and commercial reality nor to the development of electronic commerce. What exactly is considered as "written" in order to respect the requirements of section II(2)? As addressed by UNCITRAL, the issue concerning the formalism required for the expression of the parties' intent to be subjected to arbitration is of a vital importance. Numerous interpretations exist in Canadian law as well as in International law. A reform of the existing legal provisions relating to the consent of arbitration needs to be implemented, either through a reform of the existing provisions or through an official process to update the interpretation given to the requirements that are already in place.

KEY WORDS

International commercial arbitration; arbitration clause; consent to arbitration; written form; formal requirements; 1958 New York Convention; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout particulièrement mon Directeur de recherche, le Professeur Guy Lefebvre de la faculté de droit de l'Université de Montréal pour son inspiration, son aide et ses commentaires ainsi que les Professeurs Ejan Mackaay et Emmanuel Darankoum pour leurs conseils constructifs.

Je remercie également le Bureau du Président de l'Autorité des marchés financiers pour leur compréhension et leur aide ainsi que la faculté des Sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

Je profite aussi de l'occasion pour remercier l'Honorable Ginette Piché et Me Pierre Messier pour leur générosité et leurs judicieux conseils et tout spécialement Me Mathieu Piché-Messier qui m'a offert son aide et support continuels et le bénéfice inestimable d'échanges d'idées constructifs tout au long du processus. Finalement, je tiens à remercier chaleureusement mes parents, qui, comme toujours, m'ont témoigné un appui, un support et un encouragement indéfectible. Je les remercie pour leur inspiration et leur amour inconditionnel.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	1
CHAPITRE 1 : Le principe de consentement et de l'exigence de l'écrit en relation à la convention d'arbitrage commercial international	9
SECTION 1 : Les notions de base et applications législatives.....	9
Sous-section 1 : Définitions et notions de base	10
Paragraphe 1 : La convention d'arbitrage.....	10
Paragraphe 2 : La notion de consentement et de l'autonomie de la volonté des parties.....	14
Sous-section 2 : L'exigence de forme reliée à l'expression du consentement à l'arbitrage: La nécessité d'un écrit (et la volonté de renoncer au droit de recourir aux tribunaux étatiques).....	19
SECTION 2 : L'encadrement de la convention d'arbitrage commercial international et l'exigence de La forme écrite internationale	25
Sous-section 1: L'exigence d'une forme écrite régie par les instruments internationaux	25
Paragraphe 1 : Les régimes internationaux n'exigeant pas formellement l'écrit	26
Paragraphe 2 : Les régimes internationaux exigeant expressément la forme écrite	31
Sous-section 2 : L'exigence de l'écrit régie par certains droits nationaux	40
Paragraphe 1: Le droit anglais	41
Paragraphe 2 : Le droit allemand	43
Paragraphe 3: Le droit suisse	44
Paragraphe 4: Le droit français	45

SECTION 3 : L'application en droit canadien et québécois.....	47
Sous-section 1: La législation applicable en droit canadien et en droit québécois	47
Paragraphe 1 : La procédure d'arbitrage en droit québécois et l'encadrement de la convention d'arbitrage.....	48
Paragraphe 2 : Le consentement à l'arbitrage (articles 2643 C.c.Q. et 940.6 C.p.c.).....	53
Paragraphe 3 : Conditions de forme et exigence de l'écrit (2640 C.c.Q.).....	58
Sous-section 2 : Tendances strictes : Primauté du formalisme.....	59
Sous-section 3 : Tendances libérales : Vers une interprétation large des critères régissant la formation de la convention d'arbitrage.....	62
CHAPITRE 2 : Les exigences de l'article II(2) de la <i>Convention de New York</i> : problèmes et solutions.....	64
SECTION 1 : Les exigences de l'article II(2) de la <i>Convention de New York</i>	64
Sous-Section 1: Les travaux préparatoires de l'article II(2) de la <i>Convention de New York</i>	66
Sous-Section 2: Les exigences particulières et la structure de l'article II(2) de la <i>Convention de New York</i>	70
Paragraphe 1 : « Clause compromissoire ou compromis ».....	70
Paragraphe 2: Un écrit « signé ».....	70
Paragraphe 3: « Échange de lettres ».....	73
Paragraphe 4 : « Télégrammes ».....	78
Paragraphe 5: Les relations commerciales et les usages.....	81
Sous-section 3 : L'interprétation littérale et téléologique.....	85
SECTION 2 : L'article II(2) de la <i>Convention de New York</i> : problèmes et solutions.....	87

Sous-section 1 : Les travaux de la CNUDCI et du Groupe de travail II relativement à la réforme de l'exigence de la forme écrite.....	87
Sous-section 2 : les situations problématiques identifiées par la CNUDCI.....	90
Sous-section 3: Les solutions possibles	93
Paragraphe 1 : Solutions se basant sur les critères énoncés à l'Article 6 de la <i>Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique</i>	94
Paragraphe 2 : Solutions se basant uniquement sur l'article II(2) de la <i>Convention de New York</i>	99
Paragraphe 3 : Solutions se basant l'article 7 de la Loi-type : Élaboration d'une disposition législative type fondée sur l'article 7 de la Loi type	102
Paragraphe 4 : Suppression de la prescription de la forme écrite	104
Paragraphe 5 : Résultats de la 43 ^e session du groupe de travail II d'octobre 2005	106
CONCLUSION	108

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Arb. Int.	Arbitration International.
Arb. J.	Arbitration Journal.
Bull. A.S.A.	Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage.
Bull. C.I.A./C.C.I.	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (Paris).
B.L.R.	Business Law Reports.
C.A. Qué.	Cour d'appel du Québec.
CCI	Chambre de commerce internationale.
C.c.Q.	Code civil du Québec.
C.D.E.	Cahiers de droit européen.
C. de D.	Cahiers de droit.
CIJ	Cour internationale de Justice.
C.J.C.E.	Cour de justice de la Communauté européenne.
CLOUT	<i>Case Law on UNICTRAL Texts.</i>
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.
C.p.c.	Code de procédure civile (Québec).
Clunet : J.D.I.	Journal du droit international.
Comp. L. YbInt'l Bus.	Comparative Law Yearbook of International Business.
C.Q.	Cour du Québec.
CACNIQ	Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec.

CSC	Cour suprême du Canada.
D. Aff.	Dalloz Affaires.
D.P.C.I.	Droit et pratique du commerce international.
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal.
ICCA Arbitration.	International Council for Commercial
Int. Arb. L. Rev.	International Arbitration Law Review.
ICSID Investment Disputes.	International Center for Settlement of
J. Bus. L.	Journal of Business Law.
J.D.I.	Journal du droit international (« Clunet »).
J.E.	Jurisprudence expresse.
J.Q.	Jugements du Québec.
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration.
L.C.	Lois du Canada.
LCIA	London Court of International Arbitration.
L.R.C.	Lois refondues du Canada.
L.R.Q.	Lois refondues du Québec.
McGill L. J	McGill Law Journal.
N.C.P.C	Nouveau Code de procédure civile (France).
Publ. C.C.I. internationale.	Publication de la Chambre de commerce
R.du B. can.	Revue du Barreau canadien.
R. du B.	Revue du Barreau.

R.D.A.I.	Revue du droit des affaires internationales/International
R.J.T.	Revue juridique Thémis.
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public.
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage.
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies.
Tex. Int'l L. J.	Texas International Law Journal.
U.C.C. Law Journal	Journal du Code de commerce (États-Unis).
Y.C.A.	Yearbook of Commercial Arbitration

Le consentement à la convention d'arbitrage: Évolution en droit québécois et international et application de la Convention de New York de 1958

INTRODUCTION

400 ans avant J.-C., Platon écrivait: « Regardons donc comme le tribunal le plus compétent est celui que les parties se seront données à elles-mêmes, en choisissant d'un commun accord leurs juges »¹. Contrairement aux idées populaires, l'arbitrage n'est pas un développement récent. En effet, l'histoire de l'arbitrage entre commerçants est aussi vieille que le commerce lui-même. Que ce soit à l'époque romaine ou au moyen-âge, les commerçants de différentes régions se rassemblaient dans les marchés publics pour faire affaire. Dès lors, les tribunaux communs commençaient déjà à manquer de compréhension quant aux subtilités des questions commerciales marchandes. Cette situation a mené au développement de différents modes de règlement de conflits pour traiter des questions spécifiques et spécialisées reliées au commerce marchand². Les pratiques initiales et les besoins étaient semblables à ceux qui ont mené à l'arbitrage tel qu'on le connaît aujourd'hui. Par exemple, en Angleterre, l'Acte d'arbitrage de 1698³ a établi la tradition de règlement des conflits en formalisant une pratique d'arbitrage qu'utilisaient déjà les commerçants de l'époque.

L'arbitrage a donc évolué parallèlement et en accord avec le développement du commerce et des relations internationales s'accompagnant d'un accroissement des différends commerciaux de plus en plus complexes et spécialisés en suscitant de plus en plus d'intérêt dans les milieux commerciaux, économiques et juridiques. Selon des statistiques de la Cour Internationale d'arbitrage (ci-après "CCI"), un des organismes d'arbitrage les plus importants au monde créé en 1923, environ 90

¹ PLATON, *Les Lois*, livre VI, 400 ans avant Jésus Christ, p.130.

² C'est ainsi qu'a été créée une loi substantive pour les marchands qui est devenue la *Lex mercatoria*.

³ *Arbitration Act*, Angleterre, (1996) chapitre 23.

pour cent de tous les contrats internationaux incluent une clause d'arbitrage. Jusqu'à ce jour, près de 13 000 demandes d'arbitrage impliquant plus de 170 pays ont été déposées à la CCI depuis sa création⁴.

La plus importante conséquence d'un consentement à l'arbitrage est que la décision prise par les parties d'y recourir entraîne l'incompétence consensuelle des tribunaux étatiques, qui doivent, si la convention d'arbitrage est valide, se déclarer incompétents⁵.

L'accès à l'arbitrage n'est toutefois pas automatique et direct. En effet, il n'est possible que si les parties y ont accordé leur consentement. Toutefois, ce consentement n'est pas toujours évident à prouver et c'est pour cette raison qu'il existe des principes fondamentaux de forme qui doivent être respectés. Un de ces principes est souvent l'exigence d'un écrit qui fait preuve du choix des parties de recourir à l'arbitrage. Aborder l'importance de délimiter la forme suffisante de consentement à l'arbitrage dans les relations commerciales nécessite également de comprendre le principe de l'expression de la volonté des parties.

La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York en 1958 (ci-après « *Convention de New York* »)⁶ énumère plusieurs de ces principes de forme. La *Convention de New York* est certainement le plus important texte législatif international qui traite de la forme écrite⁷ en ce qui a trait à l'arbitrage. L'article clé est son article II(2) qui exige que cette volonté soit constatée par écrit:

⁴ Voir le site Internet de la CCI : <<http://www.iccwbo.org/court/french>> (consulté le 1er octobre 2005)

⁵ En effet, chaque État souverain a sa propre conception de l'ordre public et cela résulte donc en des divergences quant à l'admissibilité d'une convention d'arbitrage ou d'une sentence arbitrale. Voir art. V(2) (b) de la *Convention de New York* ou en droit français, l'art. 1502.5 du *Nouveau Code de procédure civile français* (ci-après « NCPC ») et en droit anglais l'article 103.3 et 81.1 du *Arbitration Act* de 1996.

⁶ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, 330 RTNU 3, entrée en vigueur le 7 juin 1959. (ci-après: la Convention de New-York).

⁷ La *Convention de New York* est en vigueur dans les pays suivants (en date du 1er janvier 2005): Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Allemagne, Antigua et Barbuda, Arabie Saoudite, Argentine, Arménie, Australie,

«II (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.»

En effet, la Convention prescrit que les parties qui désirent soumettre à l'arbitrage tout différend relativement à leur lien contractuel, doivent insérer dans leur contrat une clause stipulant cette volonté. Il est donc primordial d'être en mesure d'établir, de concrétiser et de formaliser l'expression de cette volonté et de ce consentement avant d'initier le processus d'arbitrage. Ceci est d'autant plus important que ce choix entraîne l'aliénation d'un des droits les plus fondamentaux de notre société, l'accès à la justice étatique. En choisissant l'arbitrage, les parties excluent donc, de manière consensuelle, la compétence juridictionnelle des

Autriche, Azerbaïdjan, Bahrein, Bangladesh, Barbade, Belgique, Benin, Bolivie, Botswana, Brésil, Brunéi-Darussalam, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chili, Chine (Rép. populaire de), Chypre, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatie, Cuba, Danemark, Djibouti, Dominique, Egypte, El Salvador, Equateur, Espagne, Estonie, Etats-Unis, Finlande, France, Géorgie, Ghana, Grèce, Guatemala, Guinée, Haïti, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran, Irlande, Islande, Israël, Italie, Jamaïque, Japon, Jordanie, Kampuchea, Kazakstan, Kenya, Kirghizistan, Koweït, Lesotho, Lettonie, Liban, Lituanie, Luxembourg, Macao, Madagascar, Malaisie, Mali, Malte, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mexique, Moldova, Monaco, Mongolie, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Niger, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Oman, Ouganda, Ouzbékistan, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Qatar, Rép. syrienne, Rép. centrafricaine, Rép. de Corée, Rép. dém. pop. Laos, Rép. dominicaine, Rép. Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Saint Vincent-et-les-Grenadines, Saint-Marin, Saint-Siège, Sénégal, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Tanzanie, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Turquie, Tunisie, Uruguay, Vénézuela, Vietnam, Zambie, Zimbabwe.

tribunaux étatiques. Ce droit à l'accès aux tribunaux étatiques se retrouve notamment à la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁸.

La problématique du formalisme requis dans l'expression de la volonté des parties est donc d'une importance capitale dans le contexte des différentes interprétations nationales et internationales des dispositions juridiques du droit de l'arbitrage. La validité d'une convention d'arbitrage dépend donc avant tout de la preuve de son existence et du consentement des parties s'y rattachant.

C'est dans ce contexte que la *Convention de New York* prévoit expressément à son article II(2) que les États contractants reconnaîtront les conventions d'arbitrage « écrites ». Les parties doivent exprimer leur consentement au recours à l'arbitrage international de façon non-équivoque. Toutefois, ce consentement doit-il ou peut-il être explicite ou implicite ? Doit-il être indiqué clairement par écrit dans la clause compromissoire, la convention d'arbitrage ou tout autre écrit auquel fait référence la convention, tel que le prescrit l'article II(2) de la *Convention de New York* ? Pourrait-il être également verbal, électronique, être imposé par une convention ou un traité international ou encore déduit du comportement des parties ? Par exemple, au niveau des droits nationaux, le droit français, en matière d'arbitrage international⁹, a des règles moins contraignantes sur la reconnaissance des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales que celles de la *Convention de New York*¹⁰. Le droit anglais a quant à lui

⁸ Charte québécoise des droits et liberté de la personne, L.R.Q., chapitre C-12, art.23.

⁹ Supra, note 128.

¹⁰ Voir par exemple, les articles 1443, 1502 et 1504 du NCPC français et l'article V de la *Convention de New York*. Par exemple, dans l'affaire *Hilmarton* (Civ. 1ère, 23 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, 327) une sentence arbitrale a été annulée par un tribunal étatique dans son pays d'origine, la Suisse, mais a été reconnue en France. Une deuxième sentence a été rendue par l'ICC en Suisse, qui a aussi été reconnue en France par la Cour d'Appel de Versailles. Pendant une période, il existait deux sentences conflictuelles, toutes les deux avaient la valeur de la chose jugée en France, avant que la Cour de Cassation casse la décision de la Cour d'appel. Il s'agissait d'une sentence rendue en Suisse dont l'exécution était poursuivie en France. Annulée en Suisse pour contrariété à l'ordre public international de ce pays, la Cour de cassation française décida pourtant que la sentence n'était pas intégrée dans l'ordre juridique suisse, et qu'elle pouvait donc produire ses effets en France, quand bien même elle devrait être ultérieurement annulée par le juge Suisse.

des règles beaucoup plus précises vu notamment sa longue tradition d'arbitrage dans certains domaines, comme le droit maritime¹¹.

Certes, les formes de consentement doivent évoluer avec le développement des nouvelles technologies (télécopieur, courriel, Internet, etc.) qui remplacent de plus en plus les formes écrites traditionnelles. L'exigence formelle d'un consentement écrit n'est pas toujours claire ce qui mène à une controverse doctrinale et jurisprudentielle internationale que les auteurs, les arbitres, les avocats et les États ne semblent pas réussir à délimiter et régler. Il est intéressant de noter ce que les auteurs Holtzmann et Neuhaus mentionnent à ce sujet :

" Any effort at unifying law has its greatest potential effect not in the court or hearing room but at the point where it meets the everyday transactions of life. For arbitration statutes, that point is the rule that sets down the requirements for drafting a valid arbitration agreement, for it is that law that will influence most directly the ease with which business people and their lawyers are able to use arbitration as a system for resolving international commercial disputes.. "¹²

La situation actuelle nécessite que des dispositions législatives interprétatives quant à l'exigence de l'écrit pour prouver le consentement des parties à se soumettre à l'arbitrage soit établies et ce, soit par une réforme des dispositions législatives permanentes ou par une mise à jour formelle de l'interprétation donnée aux dispositions actuelles en vigueur. Voilà pourquoi il est nécessaire d'étudier cette notion de consentement à l'arbitrage et de tenter de déterminer quelles solutions sont les plus appropriées pour régler cette question.

C'est dans cette optique, que nous avons suivi de près les travaux de la Commission des Nations Unis pour le droit commercial international (« CNUDCI »), qui étudie actuellement notamment la possibilité de réformes de

¹¹ *Infra*, note 115.

¹² Howard HOLTZMANN et Joseph HEUHAUS, Guide to the UNCITRAL Model Law, New York, Kluwer, 1989, p.258.

la *Convention de New York* de 1958 et de l'article 7 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage*¹³. En effet, l'article 7 de cette loi type, adoptée en 1985, est souvent étudié et appliqué parallèlement avec l'article II(2) de la *Convention de New York*, dû notamment au fait, qu'il émane du même organe constitutif qu'est la CNUDCI et clarifie la notion d'écrit de l'article II(2). En fait, « cette *Loi type* est le fruit d'un consensus d'experts mondiaux en arbitrage et contient les règles les plus modernes en ce domaine »¹⁴.

Au Canada, la *Convention de New York* s'applique depuis 1986, date de son entrée en vigueur et de sa ratification par le Canada¹⁵. La *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* de 1985¹⁶ (ci-après « *Loi type* ») et plusieurs juridictions provinciales ont adopté une législation s'inspirant de cette *Loi type*, tel que plus amplement détaillé dans la section subséquente traitant du droit canadien et québécois.

L'article II(2) de la *Convention de New York* semble donc poser problème en ce qu'il ne semble plus adapté aux réalités juridiques et économiques actuelles. L'interprétation qu'en font les juristes et les tribunaux varie d'un extrême à l'autre, d'une interprétation stricte et restrictive restreignant l'accès des parties à l'arbitrage, à une interprétation large et libérale allant au-delà du texte de l'article II(2). Une telle interprétation large permet ainsi une plus grande accessibilité à

¹³ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, (1985) [A/40/17], 18e sess., Supp. no 17, Annexe, (ci-après cité: «*Loi type*»), 21 juin 1985. La *Loi type* a été adoptée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (ci après: "CNUDCI"), le 21 juin 1985 et a servi d'inspiration au rédacteur des règles québécoises.

¹⁴ R. TREMBLAY, «Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage», (1988) 90 *R. du N.* 394, 396.

¹⁵ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales* (ci-après "*Convention de New York*"), précitée, note 6. Au Canada la *Convention de New York* est entrée en vigueur en 1986 est sa référence est la suivante: *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, 1986, ch. 21, sanctionné le 17 juin 1986. (L.R. (1985), ch. 16 (2e suppl.)).

¹⁶ *Supra*, note 134.

l'arbitrage. En fait, plus de la moitié des décisions nationales et internationales appliquant la *Convention de New York*, traitent de son article II(2)¹⁷.

La prescription de la forme écrite de la convention d'arbitrage se retrouvant à deux endroits soit à l'article II(2) de la *Convention de New York* et à l'article 7(2) de la *Loi type* de la CNUDCI, il faut rappeler que les deux instruments ont une portée quelque peu différente en ce que la *Convention de New York* est un instrument signé et ratifié par près de 137 États. La *Loi type*, adoptée près de quarante ans plus tard, est un instrument servant d'exemple à être adopté par les droits nationaux et l'exigence de l'écrit de la *Convention d'arbitrage* y est plus détaillée et certainement plus actuelle.

À sa réunion tenue à Vienne en octobre 2005, le groupe de travail de la CNUDCI chargé d'étudier cette question¹⁸ a repris activement ses discussions au sujet de la forme écrite qu'il avait entamées depuis quelques années. Le groupe de travail avait sous étude, pour l'instant, deux solutions proposées. La première visait l'élaboration d'une disposition type basée sur l'article 7 de la *Loi type*¹⁹ qui viserait notamment à supprimer la prescription de l'écrit. La deuxième visait l'élaboration d'un instrument interprétatif de l'article II(2) de la *Convention de New York*²⁰.

Par conséquent, afin de tenter de tracer à travers cette thèse l'évolution du concept de consentement, notamment dans le contexte des travaux de la CNUDCI, nous

¹⁷ René DAVID, *L'arbitrage dans le Commerce International*, Paris, Éditions Économica, Collection Études Juridiques Comparatives, 1982, page 204.

¹⁸ CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 43^e session* (Vienne, 3 au 7 octobre 2005), document [A/CN.9/589]. En ce qui concerne la création du Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation, voir supra, note 65.

¹⁹ Projet d'article 7 révisé : Voir CNUDCI, *Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage* - Note du secrétariat, 43^e session, (Vienne 3 au 7 octobre 2005), document [A/CN.9/WG.II/WP.136], paragraphe 4.

²⁰ Guide interprétatif de l'article II de la *Convention de New York* : Voir CNUDCI, *Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage* - Note du secrétariat, 36^e session, (New York, 4 au 8 mars 2002), document [A/CN.9/WG.II/WP.118], paragraphes 25 et 26

étudierons en premier lieu, les concepts de base et l'évolution de la notion de consentement et de convention d'arbitrage. Nous tenterons également de comparer les différents systèmes internationaux de règlement des différends et l'exigence de la forme écrite dans les différents textes législatifs internationaux ainsi qu'en droit québécois et canadien. En deuxième lieu, nous analyserons l'exigence de forme telle qu'élaborée par la *Convention de New York* de 1958 ainsi que les travaux de la CNUDCI afin d'analyser la nécessité d'une possible réforme de son article II(2).

Un des premiers avantages incitant les parties à consentir à l'arbitrage plutôt que les tribunaux de droit commun est la recherche de l'efficacité à mettre fin au différend commercial et ce, par rapport à la justice étatique. Ainsi, que cela soit pour la rapidité, l'expertise des arbitres ou la confidentialité, l'arbitrage est souvent choisi afin d'éviter de faire face à la notion de risque rattachée aux tribunaux étatiques²¹. En principe, les parties s'attendent à ce que cette décision arbitrale soit exacte et précise en prenant notamment compte les critères spécifiques du marché dans lequel oeuvrent les parties. L'arbitrage semble ainsi être le mécanisme moderne qui tente de remédier aux désavantages et imperfections de la justice étatique traditionnelle. Selon l'auteur Frédéric E. Klein, l'importance de l'arbitrage est telle qu' «on ne saurait plus concevoir sans lui d'économie moderne»²². L'établissement clair du consentement à y recourir est donc primordial.

²¹ Il est également intéressant d'étudier cet aspect d'un point de vue de l'analyse économique du droit. En effet, différents concepts tels, la "théorie des jeux", le "dilemme du prisonnier", l'opportunisme ou le principe des externalités, sont des théories juridiques et économiques qui permettent d'étudier et de comprendre l'évolution du règlement des différends vers une justice de moins en moins étatique.

²² Frédéric-Edouard KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé : préc. d'une étude de législation, de doctrine et de jurisprudence comparées en la matière*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 320.

CHAPITRE 1 : LE PRINCIPE DE CONSENTEMENT ET DE L'EXIGENCE DE L'ÉCRIT EN RELATION À LA CONVENTION D'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

SECTION 1 : Les notions de base et applications législatives

Il convient, en premier lieu, de rappeler la définition de l'arbitrage commercial international. L'auteur Charles Jarrosson le décrit comme étant:

« L'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. »²³

L'arbitrage consiste donc à soumettre un différend à l'adjudication d'une ou plusieurs personnes impartiales nommées « arbitres » qui, en liant les parties par leur décision, mettent un terme final au différend. Ces arbitres peuvent être des avocats, des juristes, des experts ou tout simplement des personnes choisies pour leur expérience particulière ou spécialisée dans un domaine.

Le consentement à l'arbitrage commercial international est, selon nous, une notion moins explorée par la doctrine internationale, canadienne ou québécoise comparativement à toutes les autres questions entourant l'arbitrage. Tel que mentionné précédemment, l'arbitrage se voulant un mode alternatif de résolution de conflits basé sur la volonté des parties, se concrétise par la convention d'arbitrage rédigée par les parties et précisant les différentes modalités et conditions de l'arbitrage du différend. La convention d'arbitrage est elle-même régie par des conditions de fond et de forme.

L'exigence de forme de la convention d'arbitrage semble créer une contradiction entre les formalités apparentes du système étatique et la souplesse de la volonté des parties qui se veut être la base des modes alternatifs de résolution de conflits. L'une de ces conditions de forme est l'exigence que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite.

²³ Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, 785.

Ainsi, avant d'analyser le cadre des exigences de la forme de la convention « écrite » telle que régie par différents instruments juridiques dont la *Convention de New York* et d'en suggérer une interprétation actualisée et adaptée au monde juridique d'aujourd'hui, il est important de mettre en perspective les notions de base entourant ce consentement. Nous allons donc traiter de la nature de la convention d'arbitrage, la notion de consentement et la nécessité de l'écrit relié à la convention d'arbitrage commercial international.

Sous-section 1 : Définitions et notions de base

Paragraphe 1 : La convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage peut être conclue soit par le moyen d'un compromis ou par une clause compromissoire. Comme nous le verrons au cours des sections subséquentes, la différence entre le compromis et la clause compromissoire est simple. Le compromis permet aux parties de conclure une clause d'arbitrage une fois le litige initié, alors que la clause compromissoire a été introduite par les parties dans leur contrat initial afin de leur permettre de prévoir qu'en cas d'un litige éventuel au cours de leur relation contractuelle, ils seraient soumis à l'arbitrage. La clause compromissoire est insérée dans le contrat initial mais elle peut également exister par référence. Elle permet ainsi aux parties d'inclure dans leur contrat original un renvoi aux dispositions d'un autre contrat qui prévoit qu'un litige éventuel sera soumis à l'arbitrage.

Avant que des règles précises sur la forme de convention d'arbitrage ne soient développées telles qu'on les connaît aujourd'hui, les textes législatifs n'abordaient que le compromis. L'auteur René David énonce bien cette perspective lorsqu'il écrit que :

« Le compromis a été, à l'origine, le seul type de convention arbitrale auquel ont songé les législateurs des différents pays. Cette convention, qui

privait les intéressés des garanties offertes par la justice des tribunaux, leur a paru devoir être réglée de façon stricte. Le principe de liberté des formes, dans les pays où il est reçu, a été en conséquence écarté et la plupart des lois ont exigé que le compromis soit fait par écrit. »²⁴

Aujourd'hui, dans de nombreux pays et systèmes de droit, la convention d'arbitrage, qu'elle soit sous forme de compromis ou de clause compromissoire, doit être clairement présentée sous forme écrite.

Toutefois, au moment où les parties signent une clause compromissoire, elles ne s'imaginent pas qu'elles risquent de faire possiblement face à un différend quant à leur intention même de se soumettre à l'arbitrage. En effet, leur choix de se soumettre à l'arbitrage peut devenir un différend lui-même s'il y a des incertitudes quant à l'application ou l'interprétation de la clause. En effet, tel que le décrit René David :

« On ne pense pas, en concluant un contrat, que des contestations viendront à en naître; on ne le conclurait pas si l'on pensait que la chose dût arriver. Lorsque, malheureusement, la chose se produira, on verra volontiers, dans la demande d'arbitrage, une manœuvre d'un contractant qui vous a déçu, et l'on sera tenté de dire que jamais on n'a véritablement donné son consentement à la clause. Celle-ci ayant fait rarement l'objet de discussions, il arrivera fréquemment que cette attitude puisse être prise en toute bonne foi.»²⁵

La convention d'arbitrage, qu'elle soit sous forme de compromis ou de clause d'arbitrage est donc une clause qui indique que les parties se soumettent à la décision d'un arbitre qu'elles peuvent désigner à l'avance, tel que l'indique l'auteur David :

« On conçoit qu'une telle convention soit autorisée et sanctionnée par le droit, mais il est naturel que pour l'admettre on exige que les intéressés aient manifesté de façon non équivoque leur volonté de se soumettre à l'arbitrage et qu'ils aient précisé suffisamment l'objet et les modalités de l'arbitrage à intervenir. La reconnaissance de la décision des arbitres suppose que celle-ci ait une base indiscutable; L'on peut s'attendre à ce que les droits divers posent des conditions sévères touchant la forme et la preuve de la convention d'arbitrale.»²⁶

²⁴ Id., note 17, p. 203-215 et 271-291.

²⁵ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p 276.

²⁶ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, 261.

Cette convention, reflétant expressément la volonté des parties, devrait par conséquent, être encadrée par des conditions précises établies dans l'entente qui régira l'arbitrage entre les parties. La définition de la convention d'arbitrage proposée par John Brierley suggère l'écrit comme condition préliminaire de forme:

« La Convention d'arbitrage [...] consiste, juridiquement, en une expression de volonté dont la preuve écrite est possible, de la part de personnes capables de se soumettre à l'arbitrage au sujet d'un différend, né ou éventuel, concernant un objet licite.»²⁷

Toutefois, qu'elle soit un compromis ou une clause compromissoire, la convention d'arbitrage se base sur la volonté des parties d'établir le déroulement de leur lien contractuel et des malentendus ou non-respect qui peuvent l'affecter. Tel que l'auteur David l'énonce, la clause compromissoire n'est plus une clause exceptionnelle comme jadis mais plutôt une clause très fréquente vu le nombre grandissant de recours à l'arbitrage :

« Sans entrer dans une étude de la casuistique des arrêts il est permis de noter une double évolution en notre matière. De manière générale une tendance existe dans les différents pays à contrôler les Conditions générales d'affaires et à ne pas admettre aussi facilement que jadis qu'une partie soit liée par toutes les dispositions que peuvent comporter ces Conditions quand le contrat par elle signé se réfère à ces Conditions et prétend se les incorporer. Le consentement ainsi donné n'a de valeur que pour les clauses que l'on peut normalement s'attendre à trouver dans ces Conditions générales d'affaires, et de façon générale on ne considérera pas que la clause compromissoire soit une de ces clauses. Il peut néanmoins en être autrement dans les rapports, entre commerçants et spécialement dans le commerce international. Le recours à l'arbitrage est devenu dans ces matières si fréquent de nos jours que la clause compromissoire a cessé de constituer une clause exceptionnelle ou anormale dans les Conditions générales d'affaires établies à l'usage de ce commerce. »²⁸

²⁷ John E.C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) *C.P. du N.* 485, 547.

²⁸ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 203 et 281.

Au Canada, ce fut la Cour Suprême dans l'affaire *Zodiak*²⁹ qui a formellement reconnu la validité de la clause compromissoire. En effet, jusqu'au début des années 80, plusieurs doutes subsistaient encore à ce sujet³⁰.

Dans le Code civil du Québec, l'article 2638 prévoit ce qui suit quant à la définition de la convention d'arbitrage :

« 2638. La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux. »

Il reste à savoir si en droit québécois, cette définition inclut le compromis et la clause compromissoire. À cet égard, nous retenons l'interprétation de la Juge l'Heureux-Dubé qui indique que le différend « né » se réfère au compromis et que le différend « éventuel » réfère à la clause compromissoire³¹.

La Cour Suprême du Canada a récemment abordé plus spécifiquement la question d'autonomie de la volonté des parties en matière de choix de juridiction dans une décision récente rendue le 22 juillet 2005 dans l'affaire *GreCon Dimter c. J.R.Normand inc*³². Dans cette affaire, le défaut d'un manufacturier allemand de livrer certains équipements à un fournisseur québécois a empêché ce dernier de remplir ses obligations relativement à un de ses clients faisant affaire au Québec. Il est intéressant de constater que dans ce jugement, la Cour suprême favorise le respect et l'opposabilité de clauses compromissoires et ce, dans l'objectif de maintenir la prévisibilité et la sécurité des transactions juridiques internationales³³.

²⁹ *Zodiak International Productions c. Pologne*, [1983] 1 R.C.S. 529.

³⁰ Voir Philippe FERLAND, « La controverse au sujet de la validité de la promesse d'arbitrage, appelée clause compromissoire », (1973) 33 *R. du B.* 136 et John E.C. BRIERLEY, « La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle certaine en droit québécois? », (1975) *Rev. Arb.* 154.

³¹ La Juge l'Heureux-Dubé énonce ce qui suit dans l'affaire *Sport Maska Inc. c. Zitter*, [1988] 1 R.C.S. 564, 582 : « On pourrait croire que, ce faisant, le législateur a voulu fondre en un seul concept ces deux conventions distinctes que sont le « compromis » et la « clause compromissoire ».

³² *GreCon Dimter c. J.R.Normand inc*, 2005-CSC-46, C.S.C., no 30217, 22 juillet 2005, j. LeBel, 37 pages.

³³ Ce jugement renverse ceux rendus par la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec et met donc fin à une jurisprudence partagée dont la tendance jusqu'à présent était de favoriser la juridiction d'une Cour québécoise dans une action incidente ou reconventionnelle lorsque cette Cour avait compétence pour la demande principale.

Paragraphe 2 : La notion de consentement et de l'autonomie de la volonté des parties

Quel est le premier objectif de la convention d'arbitrage ? Il s'agit évidemment de consigner le consentement des parties à l'arbitrage. Plus spécifiquement, tel que nous l'avons abordé dans la section précédente, le compromis et la clause compromissoire sont l'expression du consentement des parties de soumettre à l'arbitrage un différend né ou éventuel et soumis aux règles de consentement du droit des contrats³⁴. Et la question qui nous concerne est de déterminer si le consentement suffit ou s'il faut de plus un écrit. Mais, avant tout, qu'englobe la notion de consentement ?

En droit québécois, le Code civil du Québec énonce la définition du consentement à son article 1386 comme suit:

« 1386. L'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne. »

En effet, la notion de consentement relève directement de la notion de l'accord de la volonté de chacune des parties. Le Professeur Pierre Basile Mignault définit le consentement comme suit:

« L'accord de deux ou plusieurs volontés (vient du latin *cum sentire*: s'entendre avec quelqu'un). C'est un acte bilatéral, tandis que la volonté s'apparente plutôt à un acte unilatéral.»³⁵

³⁴ Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec, Droit interne-Droit international privé*, Montréal, Yvon Blais, 1991, p. 27.

³⁵ Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t.5, Montréal, Théoret, 1901, p. 191.

D'ailleurs, selon plusieurs auteurs et philosophes, il existe différentes conceptions de la notion de consentement³⁶. La première est une conception libérale³⁷ qui permet à l'individu d'exprimer sa volonté contractuelle et son consentement de manière autonome et selon son choix³⁸. La conception opposée est une conception plutôt socialiste selon laquelle l'État viendrait réglementer les relations contractuelles en établissant des règles strictes notamment afin d'assurer un équilibre entre la partie faible et la partie forte signataire du contrat³⁹.

Mais qu'en est-il des situations qui peuvent vicier ce consentement? Le Code civil du Québec énonce ce qui suit :

« 1399. Le consentement doit être libre et éclairé; il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion. »

Les vices de consentement les plus susceptibles d'être invoqués dans le cas de la clause d'arbitrage sont le dol et l'erreur⁴⁰. En effet, selon le Code civil du Québec, l'erreur peut porter sur l'objet du contrat, la nature ou encore sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement⁴¹, telle la désignation d'un arbitre indépendant. Le dol, quant à lui, résulte de l'erreur causée intentionnellement par une partie, qui veut tirer frauduleusement profit de l'arbitrage⁴².

Des vices de consentement peuvent donc exister relativement à volonté des parties de recourir à l'arbitrage et le consentement donné à une clause d'arbitrage peut être vicié,

³⁶ Jean CARBONNIER, « Les obligations », *Droit civil*, t.4 Paris, Thémis, 1992, p. 83 ; Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.1, Paris, Hachette, p.47 et Jacques GHESTIN, *Les obligations : le contrat: formation*, Paris, LGDJ, 1988, p. 217;

³⁷ L'idée de l'autonomie de la volonté en droit est préconisée par certains philosophes dont notamment Kant, Ranouil, Hobbes et Locke.

³⁸ Maurice TANCELIN, *Sources des obligations : l'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 24.

³⁹ Un bon exemple de cette conception est *Loi québécoise sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1. Voir aussi, Lionel THOUMYRE, *L'échange de consentements dans le commerce électronique*, Lex Electronica, 1998, en ligne : <www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm> (consulté le 15 septembre 2005)

⁴⁰ S. THUILLEAUX, *op. cit.*, note 34, 27.

⁴¹ Voir à ce sujet l'article 1400 C.c.Q.

⁴² S. THUILLEAUX, *op.cit.* note 34, 27.

comme pour toutes autres formes de consentement contractuel. C'est pour cette raison que des conditions de forme et de fond existent afin d'encadrer ce consentement.

Malgré l'existence de ces différents points de vue et l'existence d'entraves à la liberté contractuelle, l'accord des volontés conserve une place fondamentale dans la formation d'une convention d'arbitrage. Et dans certaines circonstances précises, la conception stricte est appliquée⁴³, par exemple comme dans les cas où elle est juridiquement imposée par certains types de contrats qui réfèrent à des règlements spécifiques, par l'usage, par l'appartenance à un ordre professionnel ou encore à travers des accords internationaux tels l'ALÉNA ou l'organe de règlement des différends de l'OMC⁴⁴.

Par ailleurs, ce consentement peut prendre différentes formes. En effet, le Chapitre 11 de l'ALÉNA confère à l'investisseur le droit de soumettre directement un différend à l'arbitrage contre un des trois États membres de l'ALÉNA. La volonté des parties est-elle claire dans ce cas ? En effet, un tel consentement pourrait être qualifié de « consentement différé » car l'État qui est forcé à se soumettre à l'arbitrage a consenti indirectement au moment où l'Accord de l'ALÉNA, et particulièrement le Chapitre 11, ont été négociés et signés.

Dans le cadre du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements (ci-après « CIRDI »)⁴⁵, le consentement d'un état à l'arbitrage devant l'organe du CIRDI implique une approbation des parties, dont celle du gouvernement⁴⁶.

⁴³ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, page 261.

⁴⁴ Voir le *Mémoire d'accord sur le règlement de différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*.

⁴⁵ Le CIRDI est une institution basée à Washington et créée par la *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et les citoyens d'autres États* de 1965 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966), sous l'impulsion de la Banque mondiale. Le CIRDI offre des services d'arbitrage et de conciliation relativement aux investissements entre les gouvernements et investisseurs étrangers. L'arbitrage du CIRDI est aussi l'un des principaux mécanismes utilisés pour le règlement des différends sous l'ALÉNA, le *Traité de la Charte de l'énergie*, l'*Accord de libre-échange de Cartagena* et le *Protocole de Cologne sur la protection de l'investissement*.

⁴⁶ L'article 25 (3) de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et ressortissants d'autres pays* prévoit ce qui suit : « Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un État contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit État, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire ». Par exemple, le recours à l'arbitrage du CIRDI n'est possible que

La compétence du CIRDI s'étend à tout différend juridique né directement d'un investissement entre un État contractant du CIRDI et un ressortissant de tout autre État contractant si les parties acceptent par écrit de se soumettre au CIRDI. Près d'une vingtaine de lois sur l'investissement et plus de neuf cent (900) traités d'investissement bilatéraux font notamment référence à l'acceptation anticipée par l'État de soumettre les différends à l'arbitrage du CIRDI. Le consentement des parties est donc la pierre angulaire de la compétence du CIRDI et ce consentement doit être donné par écrit. De plus, selon l'article 25 (1) du Règlement d'introduction d'instance du CIRDI, une fois donné, il ne peut plus être retiré unilatéralement⁴⁷. En effet :

« les investisseurs individuels ne peuvent engager une procédure d'arbitrage international à l'encontre d'un pays d'accueil qui a violé ses obligations internationales sur l'investissement que si le pays d'accueil a donné son consentement écrit »⁴⁸.

Par conséquent, il existe différentes applications de la notion de consentement. Les tenants du formalisme et ceux du consensualisme encadrent cette notion différemment.

lorsque le pays d'accueil a volontairement donné son consentement écrit au préalable. Ce consentement peut être exprimé dans la loi sur l'investissement du pays d'accueil ou sous toute autre forme écrite. La Convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique.

⁴⁷ Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage, (ci-après "Règlement d'introduction d'instance"), CIRDI, 1985.

⁴⁸ CIRDI, *Document de réflexion sur les consultations et le Règlement des différends entre les membres du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement de l'OMC*, 11 septembre 2002, [WT/WGTI/W/141], p. 2, par 7, en ligne : <www.worldbank.org/icsid/> (consulté le 1 octobre 2005)

Peu importe le cadre législatif auquel la convention d'arbitrage est soumise quant à sa forme, l'autonomie de la volonté des parties prime. L'auteur Fouchard édicte bien cette préoccupation dans ce qui suit :

« En qui concerne la formation de la convention, la loi d'autonomie (ou la loi qui lui est subsidiaire) régira les conditions de consentement, le moment où l'échange des consentements est accompli, les vices qui peuvent les affecter et leurs sanctions; il semble qu'elle gouverne également la condition relative à la cause; mais ces différents aspects ne sont pas les plus importants en pratique. La plupart des problèmes qui se posent effectivement en matière de convention arbitrale échappent en effet à la loi d'autonomie, qu'il s'agisse de la forme ou de la preuve de la convention, de la capacité de compromettre ou du caractère arbitral du litige. »⁴⁹

L'auteur Cachard qualifie de « royaume » l'autonomie des parties telle qu'elle se reflète dans les contrats internationaux mais énonce également que le consensualisme présente certains risques. À cet effet, il écrit:

« Les contrats internationaux sont en effet présentés comme le «royaume» de l'autonomie de la volonté. A priori, l'autonomie de la volonté, accompagnée du satellite de la liberté contractuelle, porte vers le « consensualisme », c'est-à-dire vers la libre expression du consentement sans qu'il soit nécessaire de satisfaire à des formalités préétablies. Cependant, le consensualisme peut rapidement devenir un piège : la gravité des effets s'accommode très mal de la légèreté des formes. De fait, les clauses relatives à la compétence sont exorbitantes et peuvent produire de graves effets vis-à-vis d'une partie, contrainte de plaider à l'étranger devant un tribunal qui pourrait méconnaître ses droits. Dans une perspective de méfiance, de «campanilisme judiciaire», le recours au formalisme est tout naturel car il est à la fois source d'information et de réflexion ».⁵⁰

Le débat ne concerne donc pas uniquement des approches philosophiques divergentes mais également une différence dans les interprétations juridiques qui peuvent être données à ce consentement. Tel que l'auteur Van Houtte⁵¹ indique :

⁴⁹ Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, no. 134.

⁵⁰ Olivier CACHARD, *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements: consensualisme ou formalisme ?* Mémoire de DEA, Paris, Université Panthéon - Paris II, 1997.

⁵¹ Vera VAN HOUTTE, « Consent to Arbitration Through Agreement to Printed contracts : The Continental Experience » (2000) 16(1) *Arbitration International*, 18.

« When no consumers are involved, the European courts have been rather liberal in admitting consent to arbitration. Some arbitration statutes contain explicit provisions on consent to arbitration through reference to general conditions containing an arbitration clause. In other countries the courts have interpreted the statutory requirement of a written agreement in a liberal way. The European courts have likewise considered that the requirements of Article II(2) of the New York Convention were fulfilled when the arbitration clause was referred to in general conditions or was part of a longstanding relationship, trade usage or group of contracts, provided knowledge of, if not consent to, the clause was proven. »⁵²

En effet, cette approche a récemment été confirmée par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*⁵³. Dans cette affaire la cour a indiqué que la convention d'arbitrage devait être expressément portée à l'attention d'un consommateur internaute au moment de conclure un contrat électronique, sinon elle ne pouvait lui être opposable.

Sous-section 2 : L'exigence de forme reliée à l'expression du consentement à l'arbitrage: La nécessité d'un écrit (et la volonté de renoncer au droit de recourir aux tribunaux étatiques).

Il est intéressant de constater que les contrats en général n'ont pas toujours des exigences de formes spécifiques. Par exemple, en matière de vente, cette exigence n'existe pas nécessairement. En effet, l'article 11 de la *Convention de Vienne de 1980 relative aux Contrats de ventes internationales de marchandises* prévoit que : « Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ».

⁵² V. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 51, p. 18.

⁵³ (2005) *Q.C.C.A.* 570 (C.A.).

Toutefois, il n'en n'est pas ainsi en matière d'arbitrage. En fait, la notion d'écrit de la convention d'arbitrage reflète la nécessité de prouver l'existence de la volonté des deux parties à recourir à l'arbitrage. Pourquoi un consentement oral n'est-il pas suffisant ? L'auteur Kaplan mentionne ce qui suit à ce sujet :

« At this point it may be helpful to ask why there is a requirement of writing at all? We already know that substantial contracts are made and enforced only on oral terms. I can see the argument that parties should not be deprived of access to national courts unless they have actually agreed on arbitration. I can see the argument that allowing oral agreements would lead to uncertainty and litigation. »⁵⁴

La Convention d'arbitrage doit donc être écrite afin d'attester la conclusion et l'existence du consentement à (1) l'arbitrage mais aussi à (2) la renonciation au droit de recourir aux tribunaux étatiques judiciaires⁵⁵.

En général, le droit à la stabilité judiciaire et l'accès à la justice pour tout individu, se réfèrent aux principes même du droit des parties de recourir automatiquement aux tribunaux, prévu notamment à la Charte québécoise de droits et libertés des personnes :

« Article 23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle [...] »

Plusieurs auteurs au niveau international présentent le concept de forme écrite de la convention comme étant l'un des plus difficiles à cerner dû au manque d'uniformité au niveau de l'exigence de forme. Plusieurs énoncent également qu'il s'agit d'une des

⁵⁴ Neil KAPLAN, «Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? », (1996) 12(1) *Arb.int.* 29.

⁵⁵ L'article 26 de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et ressortissants d'autres pays* indique : «Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours». Par exemple, dans le cas du CIRDI, l'État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention.

problématiques et des concepts les plus importants du droit de recourir à l'arbitrage commercial international en ce qu'il a un effet direct sur le choix des parties entre l'arbitrage et l'assujettissement aux tribunaux étatiques.

L'exigence de l'écrit reflète surtout une question de preuve. Selon le droit québécois, la règle de la meilleure preuve établit que l'écrit est un point central tant au niveau des moyens de preuve qu'au niveau du commencement de preuve⁵⁶. À ce sujet, l'auteur Gautrais énonce ce qui suit :

« Enfin, nous voulons mentionner la vision fonctionnaliste qui est une des approches qu'il est également possible d'adopter quant à la question de savoir si l'écrit constatant l'existence de la convention d'arbitrage, de la récusation ou de la sentence arbitrale, est exigé *ad validitatem* ou *ad probationem*. Ainsi, cette exigence est-elle une condition nécessaire à la validité de l'acte ou constitue-t-elle plutôt une simple condition probatoire en cas de différend? Selon une perception classique du droit, la différence est sensible dans la mesure où, s'il s'agit d'une condition de validité, la convention d'arbitrage est nulle, alors que s'il s'agit d'une condition de preuve, celle-ci peut se faire d'une autre manière. En pratique, la distinction est généralement tenue. Il est même possible de constater que certains systèmes juridiques considèrent que l'écrit répond à une exigence probatoire minimale, à savoir, comme en droit français, « ne fait qu'exiger que le requérant mette le juge de l'exequatur en mesure de constater *prima facie* l'existence d'une convention d'arbitrage »⁵⁷

La preuve de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage s'établit donc normalement ainsi: si une des parties soulève des moyens quant à la validité, à l'existence ou à la portée de la clause, le Tribunal étatique peut décider que l'arbitrage aura lieu si, *prima facie*, il présume de l'existence possible d'une convention d'arbitrage.

La volonté des parties doit être l'élément clé de la détermination du consentement des parties à l'arbitrage. Les règles de droit font de l'écrit une formalité dont le but principal est de rendre l'acte juridique opposable aux tiers, de protéger une partie relativement à un document, de déterminer le lieu et le moment de l'opération et de

⁵⁶ C.c.Q., art. 2863.

⁵⁷ V. GAUTRAIS et K. Benyekhlef, *loc. cit.*, note 215, 572.

satisfaire à une obligation de conservation⁵⁸. Et comme le mentionne l'auteur Brigitte Stern dans son article relativement au consentement dans le cadre du CIRDI⁵⁹ :

« La raison pour laquelle le consentement doit être donné par écrit répond évidemment à des préoccupations de certitudes et de sécurité juridique »⁶⁰.

Toutefois, plusieurs prétendent que peu importe le cadre législatif auquel la convention d'arbitrage est soumise quant à sa forme, l'autonomie de la volonté des parties doit donc primer. L'auteur Fouchard énonce que:

« Si la forme et la preuve d'un contrat ne relèvent pas toujours de la même loi, leur assimilation se justifie pour la convention arbitrale: en prescrivant des règles de forme pour celle-ci, le législateur veut surtout ménager une preuve certaine de sa conclusion; en matière commerciale d'ailleurs, le souci de protéger le libre consentement des contractants cède devant celui d'assurer la sécurité des rapports contractuels. »⁶¹

Cette exigence peut donc varier quant à son application causée par différents facteurs tel que l'expliquent les auteurs Lefebvre, Gautrais et Benyekhlef. Ces derniers énoncent que « la notion d'écrit comme condition de forme relative à l'arbitrage se retrouve différemment selon la date ou l'époque à laquelle la convention, le traité ou la loi a été élaborée »⁶².

⁵⁸ F.-R., DUSSAULT, «L'utilisation de l'échange de documents informatisés pour le crédit documentaire: l'apport du projet de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international», (1995) 36 *C. de D.*, 653. L'exigence de l'écrit est, selon l'auteur, une formalité « indispensable ».

⁵⁹ Le consentement des parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi (articles 28(3) et 36(3)), Il peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un différend déjà né. La Convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique. C'est ainsi qu'un État hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre, les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit. Si le consentement des deux parties est une condition essentielle à la compétence du Centre, ce consentement ne suffit pas à lui seul pour qu'un différend tombe sous la compétence du Centre. Conformément au but de la Convention, la compétence du Centre est en outre limitée par la nature du différend et le caractère des parties intéressées.

⁶⁰ Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : Que disent les travaux préparatoires? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, 2000.

⁶¹ P. FOUCHARD, op. cit., note 49, 78.

⁶² Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYKHELF, « Droit du commerce électronique et normes applicables: la notion de Lex Electronica », (1997) *Revue de droit des affaires internationales*, 547, 560-562.

Quelle est cette portée de l'exigence de l'écrit ? Dans un certain nombre de systèmes de droits, l'exigence d'un écrit est telle que son absence est sanctionnée par la nullité de l'acte. Par exemple, en matière d'arbitrage national, le droit français prévoit ce qui suit :

« Article 1443 du Nouveau Code de procédure Civile français (ci-après «NCPC») : «La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci réfère. »⁶³

Le droit français est en effet plus formaliste que le droit québécois car il requiert certaines mentions dans le compromis et la clause compromissoire, souvent sous peine de nullité⁶⁴.

La condition de forme varie toutefois dans son degré d'application selon qu'on y accorde une interprétation stricte ou libérale. Tel que l'indiquent les travaux du *Groupe de travail sur l'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*⁶⁵ et tel que nous le verrons dans le chapitre suivant, le débat entourant cette question est loin d'être réglé mais tend à se libéraliser :

« Selon un avis, vu l'importance de ces fonctions, il faudrait continuer d'exiger une interprétation stricte de ce qui constituait la forme écrite. Il a été répondu que, du fait du développement de la pratique arbitrale depuis 1958, l'arbitrage était maintenant la méthode préférée, voire usuelle, de règlement des litiges commerciaux internationaux et que cette fonction d'avertissement n'était plus aussi importante qu'auparavant. Il a également été noté qu'un certain nombre de pays n'exigeaient pas que la convention d'arbitrage soit conclue par écrit pour être valide, ce qui ne créait pas de problèmes lorsqu'il s'agissait de prouver l'existence d'une convention d'arbitrage, car ces preuves pouvaient être produites sous toute forme

⁶³ Voir aussi l'art. 1449 NCPC : « Le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties. ». Art.1449 NCPC : « Le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties. »

⁶⁴ S. THUILLEAUX, *op. cit.*, note 34, 35.

⁶⁵ Le *Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation* a été créé sous l'égide de la CNUDCI qui elle a été créée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1966 par la *Résolution 2205(XXI)* du 17 décembre 1966. Une analyse plus détaillée de ses travaux relativement à la forme écrite se retrouve au dernier chapitre.

suffisante pour prouver l'existence d'un contrat en vertu du droit général. »⁶⁶

Toutefois, il semblerait que les régimes qui exigent un écrit, assouplissent l'exigence au maximum. Ceux qui n'exigent pas un écrit, de leur côté, prennent un certain nombre de précautions⁶⁷. Malgré ces différences d'interprétation et d'application, l'auteur Béguin énonce que « le résultat est que ces systèmes sont en vérité très proches »⁶⁸. La distinction se veut donc minime mais complexe à identifier. Nous nous proposons donc d'étudier en profondeur les différents systèmes et textes législatifs internationaux qui abordent cette question. La nécessité de l'écrit est donc un moyen de s'assurer du consentement des parties. Toutefois, cette exigence peut prendre différentes formes selon le cadre dans lequel la convention d'arbitrage a été conclue. Nous présenterons, dans la prochaine section, un survol de ces différentes approches.

⁶⁶ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième Session*, [A/CN.9/468], Vienne, 20-31 mars 2000, paragraphes 88-106.

⁶⁷ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 203 et 273. L'auteur mentionne également qu'une règle analogue se retrouve au Texas où le compromis doit être signé non seulement par les parties, mais aussi par leurs conseillers juridiques.

⁶⁸ Jacques BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, p.271. L'auteur explique que les systèmes qui exigent ou non l'écrit sont en effet très similaires car ils sous-entendent tous que la preuve de la convention doit être possible.

SECTION 2 : L'encadrement de la convention d'arbitrage commercial international et l'exigence de La forme écrite internationale

Sous-section 1: L'exigence d'une forme écrite régie par les instruments internationaux

L'objectif général de la *Convention de New York* est de faciliter la reconnaissance des sentences arbitrales à l'extérieur des pays d'origine et d'harmoniser les critères requis autant en matière de convention d'arbitrage que de sentence arbitrale. Tous s'entendent à dire que c'est son article II(2) qui est la référence en matière d'exigence de forme écrite reliée à la convention d'arbitrage. Par conséquent, nous allons nous en servir comme point de comparaison avec les autres instruments législatifs internationaux qui abordent également la forme de la convention d'arbitrage.

Les conventions internationales qui traitent d'arbitrage et plus spécifiquement de leur forme, n'ont pas toujours été interprétées de la même manière par les juges étatiques et par les arbitres, et ce, d'autant plus qu'il y a des divergences entre les dispositions de ces conventions internationales et les droits nationaux⁶⁹.

Tous ces textes recherchent finalement un équilibre entre le respect de la volonté des parties à régler leurs litiges à travers l'arbitrage et la nécessité de protéger une partie en cas d'irrégularité dans la procédure de l'arbitrage. Il serait donc opportun d'éclaircir l'état de ces divergences en analysant premièrement les textes de certaines conventions internationales et en survolant certains droits nationaux afin de constater ce qu'ils prévoient à ce sujet. Nous nous attarderons par la suite sur l'article 7 de la *Loi type* et l'article II(2) de la *Convention de New York*.

⁶⁹ Alain PRUJINER, *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1992, à la page 395.

Paragraphe 1 : Les régimes internationaux n'exigeant pas formellement l'écrit

Plusieurs textes internationaux n'énoncent pas explicitement de critères exigeant la forme écrite de la convention d'arbitrage⁷⁰. En effet, tel que l'explique l'auteur Stéphane Châtillon, les règles du droit commercial international sont automatiquement plus souples au niveau international relativement à la convention d'arbitrage. À cet effet, il précise qu'«il est recommandé de la constater dans un document écrit, bien que l'écrit ne soit pas, en droit international, une condition de sa validité»⁷¹. Bien qu'il y ait plusieurs textes législatifs internationaux qui n'exigent pas explicitement la forme écrite, nous en avons identifié principalement quatre qui nous semblent les plus importants: le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage de 1923, la Convention pour l'exécution des sentences étrangères de 1927, la Convention européenne de 1961 et le Règlement de la Chambre de commerce international.

Sous-paragraphe 1 : Le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage de 1923 et la Convention pour l'exécution des sentences étrangères

Suite à la première guerre mondiale, deux textes multilatéraux traitant de la convention d'arbitrage ont vu le jour sous l'égide de la Société des nations. Le premier fût Le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage de 1923⁷² (ci-après « Protocole de Genève de 1923 »), complété par le deuxième, la Convention pour l'exécution des sentences

⁷⁰ Il est intéressant également de noter le parallèle dans le contexte de la *Convention de Vienne de 1980 relative aux Contrats de ventes internationales de marchandises*, les différences d'opinions entre les pays à économie libre et les pays socialistes étaient évidentes, notamment en ce qui concerne les discussions quant à l'exigence de la forme écrite pour les contrats de vente. En effet, les pays de l'ancien bloc soviétique ont souvent fait preuve de réticence à cet effet face au déficit de la disparition progressive de l'utilisation du support papier constituant de modifications importantes de nos habitudes tout en s'assurant que le nouveau formalisme adapté à la progression du commerce électronique soit encadré par une sécurité suffisante.

⁷¹ Voir Stéphane CHATILLON, *Le droit du commerce international*, Paris, Vuibert, 1999, pp.107-108.

⁷² *Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage*, entré en vigueur le 28 juillet 1924, RTSDN vol. XXVII, p. 157 et Nations Unies, Recueil des traités, vol. 117, p. 394.

étrangères⁷³, (ci-après « Convention de Genève de 1927 »). Ces deux textes ont été en quelque sorte remplacés par la suite par la *Convention de New York* mais ont tout de même marqué une première étape importante au niveau de la reconnaissance des conventions d'arbitrage internationale et la forme écrite des conventions d'arbitrage. En effet, le Protocole de Genève vise la reconnaissance et l'exécution des clauses et des compromis d'arbitrage en matière commerciale. Tandis que la *Convention de Genève*⁷⁴ oblige les États signataires de s'assurer de l'exécution des sentences arbitrales rendues sur leur territoire. Cette Convention ne s'applique qu'aux États qui ne sont pas liés par la *Convention de New York* et ne peut être signée que par les États liés au Protocole de 1923. Elle énumère un certain nombre de conditions autorisant la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales conformément aux règles de procédure internes de l'un des États contractants. L'article 1(1) de la Convention de 1927 indique ce qui suit quant à la convention d'arbitrage:

« Article 1 : Dans les territoires relevant de l'une des Hautes Parties contractantes auxquelles s'applique la présente convention, l'autorité d'une sentence arbitrale rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire visés au Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, ouvert à Genève depuis le 24 septembre 1923, sera reconnue et l'exécution de cette sentence sera accordée, conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée lorsque cette sentence aura été rendue dans un territoire relevant de l'une des Hautes Parties contractantes auxquelles s'applique la présente convention et entre personnes soumises à la juridiction de l'une des Hautes Parties contractantes. »

Pour obtenir cette reconnaissance et exécution, il sera nécessaire, en outre que la sentence ait été rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire valable d'après la législation qui lui est applicable. L'article 1(1) reconnaît donc la

⁷³ *Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 26 septembre 1927, entrée en vigueur le 29 juillet 1929, RTSDN vol XCII, 301. Société des Nations, Recueil des traités, vol. XCII, p. 301 et Nations Unies, Recueil des traités, vol. 122, p. 346.

⁷⁴ Les États auxquels la *Convention de Genève de 1927* s'appliquent et qui n'ont jamais ratifié la *Convention de New York* sont les suivants : Les Iles Caïmans; la Zambie; Samoa de l'Ouest; le Portugal; le Malte; la Guyane et la Grenade. Il est important de noter que cette convention n'a jamais été ratifiée notamment par l'ex-URSS et les États-Unis, *Infra*, note 86.

validité des compromis et des clauses compromissoires⁷⁵, mais n'apporte aucune autre précision explicite quant à sa forme. En effet, elle semble laisser les États libres de déterminer les modalités et les conditions de forme de la convention d'arbitrage.

Sous-paragraphe 2 : Convention de Genève de 1961

La *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*⁷⁶ (ci-après « Convention de Genève de 1961 ») signée le 21 avril 1961, également à Genève, apporte des précisions quant à la forme écrite. Toutefois, contrairement au Protocole de Genève de 1923, qui se veut une convention à vocation quasi universelle, la Convention de Genève de 1961 est une convention européenne⁷⁷. Cette dernière précise à son article I(2), grandement inspiré de l'article II(2) de la *Convention de New York*, la définition de convention d'arbitrage, en énonçant ce qui suit :

«I(2) Aux fins de la présente convention, on entend par « convention d'arbitrage », soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télécopieurs et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois.»

Il est intéressant de constater que la Convention de 1961 est un des premiers textes internationaux qui, trois ans après la signature de la *Convention de New York*, apportait une clarification à l'article II(2)⁷⁸. En effet, l'article I(2) de la Convention de 1961 ajoute le terme « télécopieur » à la liste des moyens de communications qui peuvent être utilisés pour conclure une convention d'arbitrage. Selon l'auteur Bégin,

⁷⁵ Le Protocole de 1923 est applicable aux compromis et clauses compromissoires conclues entre parties soumises respectivement à la juridiction d'États contractants différents et aux procédures et sentences intervenues en exécution des clauses et compromis d'arbitrage.

⁷⁶ *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, Genève, 21 avril 1961.

⁷⁷ Il est toutefois intéressant de noter qu'elle n'a pas été ratifiée ni par le Royaume Uni, les Pays-Bas et la Finlande.

⁷⁸ Guillermo Aguilar ALVAREZ, « Article II(2) of the New York Convention and the Courts », (1998) 9 *67 ICCA*, 7.

l'encadrement de la forme de la convention d'arbitrage par la Convention de 1961 permet donc une interprétation plus large. Il énonce ce qui suit à ce sujet:

« Elle entend par convention d'arbitrage valable, d'abord, tout ce que nous venons de dire: à savoir les clauses compromissoires insérées dans un contrat, les compromis d'arbitrage, les échanges de lettres, de télégrammes, par télécopieurs. Mais elle va plus loin dans la souplesse puisqu'elle admet que, dans les rapports entre les pays dont les lois n'exigent pas la forme écrite, sera considérée comme valable toute convention conclue dans les formes permises par ces lois. Donc, dans les rapports avec les pays dont les propres droits n'exigent pas que la convention d'arbitrage soit par écrit, la Convention de Genève l'admet parfaitement. Elle stipule que la convention d'arbitrage internationale sera considérée comme valable dès l'instant qu'elle aura respecté les formes prévues par les lois de ces pays qui (par hypothèse) n'exigent pas la forme écrite. C'est peut-être l'exemple de la disposition la plus souple.»⁷⁹

La Convention de 1961 n'indique donc pas expressément que la convention d'arbitrage doit être écrite et signée par les parties. Le point le plus important est qu'elle reconnaît toutes les formes permises par les lois nationales.

Il est important de préciser que la Convention de 1961 est présentement sous étude par la Commission économique pour l'Europe (ci-après « UNECE ») du Conseil économique et social des Nations Unies afin d'établir s'il y a lieu de la réviser et notamment adopter un protocole facultatif relativement à son interprétation. En effet, c'est dans cet objectif qu'en 2004, *le groupe consultatif d'experts chargés d'examiner d'éventuelles révisions de la Convention européenne de 1961* a été mis en place sous l'égide du groupe de travail des pratiques juridiques et commerciales internationales⁸⁰.

⁷⁹ J. BÉGUIN, *op. cit.*, note 68, p.128.

⁸⁰ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE, *Rapport de la 51e session du Groupe de travail des pratiques juridiques et commerciales internationales* (WP.5) (17 au 19 novembre 2003), document [TRADE/WP.5/2003/10].

Sous-paragraphe 3 : Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)

Le Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale⁸¹ fournit un autre exemple d'un régime qui n'exige pas formellement l'écrit. En effet, les grands investisseurs internationaux se cherchaient une solution pour éviter une réglementation législative stricte et ne pas être contraints par les frontières étatiques. Il était donc nécessaire de mettre sur pied des instruments internationaux de résolution de conflits qui, autant que possible, se soustrairaient à l'influence législative et judiciaire des pays accueillant leurs capitaux et leurs intérêts financiers⁸².

C'est donc avec ces objectifs en tête, mais aussi dans une tentative d'uniformiser les règles d'arbitrage qui pourraient s'appliquer aux différends issus de contrats commerciaux internationaux que la Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») a adopté son Règlement d'arbitrage en 1921, modifié à plusieurs reprises depuis. L'importance de ce règlement, principalement dans les contrats entre investisseurs et États, a été confirmée par le grand nombre de différends soumis à la CCI⁸³.

Dans le cas des arbitrages dits « institutionnels », les grands centres d'arbitrage établissent leurs propres règlements qui peuvent être modifiés beaucoup plus facilement afin de les adapter aux tendances ou aux réformes des droits nationaux. Dans le cas de la CCI, son Règlement d'arbitrage préconise la forme écrite tel qu'en témoigne son article 3 qui se lit comme suit:

⁸¹ *Règlement d'arbitrage de la CCI*, Rés. CCI, 1er juillet 1921, 28 I.L.M. 231.

⁸² Rémi BACHAND, « Les Mécanismes de règlement des différends : l'ALÉNA comme modèle? » *Évolutions récentes et perspectives d'avenir*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale Université du Québec à Montréal, Montréal, Cahier de recherche 2000-03, février 2000, page 11, en ligne : <www.dandurand.uqam.ca/download/gres/bachand_mecanismes-investissement-alena.pdf> (consulté le 15 octobre 2005)

⁸³ *Infra*, note 4.

« Article 3 : Toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage de la CCI adresse sa demande au Secrétariat de la Cour, [...] La demande contient notamment : a) noms, prénoms, qualités, adresses des parties ; b) exposé des prétentions du demandeur ; c) conventions intervenues et notamment la Convention d'arbitrage et les documents ou renseignements de nature à établir clairement les circonstances de l'affaire. »

Cet article n'énonce pas de véritables règles de forme pour la convention d'arbitrage en n'indiquant pas sous quelle forme les conventions d'arbitrage doivent être établies pour pouvoir être reconnues par la Cour d'arbitrage de la CCI. Toutefois, par déduction, il est difficile de concevoir que la convention d'arbitrage ne soit pas sous forme écrite car il est implicitement exigé, selon l'article 3 cité ci-haut, que la demande au Tribunal d'arbitrage soit faite sous forme écrite et qu'elle soit accompagnée de la convention d'arbitrage⁸⁴. Néanmoins, selon le Règlement de la CCI, il n'y a pas d'exigence formelle d'un écrit pour la convention d'arbitrage, et il y a donc une certaine souplesse d'appréciation.⁸⁵

Il ne faut pas oublier que les règles de la CCI et celles du CIRDI sont facultatives dans la mesure où elles ne peuvent être utilisées que si les parties à un contrat ont convenu de s'y référer pour régler leurs différends.

Paragraphe 2 : Les régimes internationaux exigeant expressément la forme écrite

Malgré certains textes législatifs internationaux n'exigeant pas explicitement la forme écrite, d'autres textes importants, dont notamment, la *Convention de New York*, la *Convention de Washington de 1965*, la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage*, le *Règlement de la CNUDCI* et la *Loi type de la CNUDCI*, l'exigent formellement. Ainsi, selon ces textes, une convention d'arbitrage doit être écrite pour être exécutoire.

⁸⁴ J. BÉGUIN, *op. cit.*, note 68, p. 128

⁸⁵ J. BÉGUIN, *op. cit.*, note 68, p. 129

Sous-paragraphe 1 : La *Convention de New York de 1958*⁸⁶

La convention de 1927 s'est démontrée insuffisante, notamment parce que ni les États-Unis ni l'ex-URSS ne l'avaient ratifiée⁸⁷. Or, suite aux pressions de la communauté économique internationale, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) a soumis un projet de convention en 1958 qui devint la *Convention de New York*. Cette dernière a comme objectif d' «assurer une protection internationale des clauses compromissoires et de permettre l'exécution des sentences hors des pays où elles ont été prononcées». La *Convention de New York*, que nous étudierons dans le prochain chapitre vise non seulement à reconnaître et exécuter les sentences arbitrales étrangères mais aussi à imposer aux tribunaux étatiques des États contractants de reconnaître les conventions d'arbitrage écrites et par conséquent de renvoyer les parties à l'arbitrage.

L'article II prévoit que la convention d'arbitrage doit être écrite. Cet article constitue le point central de cette thèse et se lit comme suit (nos soulignements):

« Article II :

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.

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.

Le tribunal d'un État 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. »

⁸⁶ *Convention de New York*, précitée, note 6.

⁸⁷ *Supra*, note 74.

Le deuxième alinéa de l'article II de la *Convention de New York* (ci-après « article II(2) ») prévoit donc qu'une convention écrite doit être : (i) une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis et (ii) que cette clause compromissoire doit être signée par les parties ou contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes. En fait, l'article semble exiger, dans tous les cas, des «traces écrites». Selon plusieurs, sa définition de l'écrit reste souple⁸⁸. Selon d'autres elle devrait être interprétée strictement tel que l'indique l'auteur David:

« By requiring the written form, Art II of the New York Convention means to exclude arbitration agreements concluded orally or tacitly. This provision of the Convention is actually strict in comparison with several foreign legal systems. Art II sets not only a maximum but also a minimum requirement. Obviously, a Contracting State may not impose stricter requirements as to form, nor can it accept less far reaching formal requirements. »⁸⁹

Nous pouvons donc constater que l'interprétation et l'application de l'article II semble différer et n'est pas unanime. Il est également important de mentionner que l'article V(1) (a) de la *Convention de New York* crée une disparité d'interprétation de l'article II. L'absence apparente de coordination entre les deux textes a soulevé de nombreuses difficultés⁹⁰. En effet, l'article V(1)(a) exige que la sentence arbitrale soit basée sur une « convention d'arbitrage valable » d'après la loi nationale pertinente⁹¹ :

« V(1) (a) La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront pas refusées sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandés, la preuve : a) que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue. »

⁸⁸ J. BÉGUIN, *op.cit.*, note 68, p. 271.

⁸⁹ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 203 et 284. Voir notamment la cause allemande suivante : *Obergericht Basel-Land, DIETF c. RFAG*, 5 July 1994, (1996) XXI Yearbook Commercial Arbitration, p. 688, 8.

⁹⁰ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 203.

⁹¹ *Convention interaméricaine d'arbitrage du commerce international*, signée à Panama le 30 janvier 1975.

Avant de s'attarder plus en détails sur l'article II de la *Convention de New York*, survolons avant tout, ce que certains autres régimes plus stricts prévoient relativement à la forme écrite du consentement.

Sous-paragraphe 2: La Convention de Washington

La *Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*⁹² (ci-après « Convention de Washington ») a été élaborée sous l'égide de la Banque Mondiale et est entrée en vigueur en 1966. C'est cette convention qui a donné naissance au CIRDI⁹³ afin d'offrir aux investisseurs étrangers et aux États d'accueil une plate-forme d'arbitrage. Au niveau de l'exigence de l'écrit, elle est moins stricte que la *Convention de New York* même si elle exige que le consentement des parties à l'arbitrage soit écrit [nos soulignements]:

« 36 (1) Un État contractant ou le ressortissant d'un État contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie.
 (2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.»

Par conséquent, les États doivent donner leur consentement par écrit qui peut être « inséré dans un contrat d'investissement entre l'État et un investisseur, dans un traité bilatéral ou multilatéral d'investissements, de façon ad hoc suite à un différend ou par sa mention à l'intérieur des Codes d'investissements nationaux »⁹⁴.

⁹² CIRDI, *Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, CIRDI, [1965], 575 RTNU 169 (en vigueur le 14 octobre 1966).

⁹³ Voir Chapitre 1 pour plus de détails sur l'arbitrage dans le cadre du CIRDI.

⁹⁴ Voir notamment R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 222-224. l'article 25 (1) énonce ce qui suit: « Article 25(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. »

Son objectif principal explique d'ailleurs qu'elle mentionne simplement que le consentement soit par écrit et en énumérant certains exemples respectant cette exigence. En effet, elle vise à protéger et encourager les investisseurs étrangers en ce qu'elle assure une accessibilité sans difficultés à sa structure d'arbitrage si un différend survient.

Sous-paragraphe 3: La Convention interaméricaine de Panama

La *Convention interaméricaine d'arbitrage du commerce international*⁹⁵ (ci-après « Convention interaméricaine de Panama »), signée en 1975⁹⁶, précise l'exigence de la forme de la convention d'arbitrage en indiquant clairement que cette dernière doit être écrite sans toutefois mentionner explicitement le terme « écrit ». L'article 1 de cette Convention énonce ce qui suit (nos soulignements):

« 1. Est valable une convention des parties dans laquelle celles-ci s'engagent à soumettre à une décision arbitrale tout litige pouvant naître ou déjà né entre elles concernant une opération commerciale. Cette convention est consignée dans un instrument signé par les parties ou contenue dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télex. »

La Convention interaméricaine de Panama reprend donc assez fidèlement les conditions de la *Convention de New York* tout en incluant, en plus des télégrammes, les « Télex ».

Sous-Paragraphe 4 : Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

⁹⁵ *Convention interaméricaine d'arbitrage du commerce international*, signée à Panama le 30 janvier 1975.

⁹⁶ Les États ayant signé la *Convention interaméricaine* sont : le Panama, les États-Unis, le Mexique, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Paraguay, le Pérou, le Salvador et le Venezuela.

L'Assemblée générale de l'ONU a, à travers la CNUDCI⁹⁷, adopté le 15 décembre 1976, un Règlement d'arbitrage. Il s'agit du *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*⁹⁸. Nous retrouvons encore ici la volonté d'uniformiser le droit et les conditions d'arbitrage nées de différends reliés à des investissements. À son article 1, le Règlement d'arbitrage énonce :

« 1. Si les parties à un contrat ont convenu par écrit que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrit.»

Ce qu'il faut retenir de ce Règlement, c'est qu'il ne s'agit pas d'un traité, comme la *Convention de New York*, où l'État est lié à des engagements dès le moment où il ratifie le document. Ce Règlement d'arbitrage n'a pas de force exécutoire et ne vise qu'à suggérer aux parties la marche à suivre dans un dossier d'arbitrage.

Sous-Paragraphe 5 : La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

La *Loi type de la CNUDCI*⁹⁹ créée en 1985 sous l'égide des Nations Unies, la *Loi type* énonce à son article 7(2) ce qui suit:

« Article 7 (2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant

⁹⁷ *Infra*, note 65.

⁹⁸ *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, (15 décembre 1976), Rés. AG 31/98 (1976), 31^e session, supp. No 13,15.

⁹⁹ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, précitée, note 13.

une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat. »

L'article 7 de la *Loi type* énonce donc un nombre de cas en vertu desquels la convention d'arbitrage est reconnue. En effet, tel que l'expliquent les travaux préparatoires de la *Loi type* :

«La *Loi type* vise à répondre à certaines préoccupations relatives à l'état actuel des législations nationales sur l'arbitrage. La nécessité d'une amélioration et d'une harmonisation est apparue lorsqu'on a constaté que, bien souvent, les lois nationales ne répondaient pas bien aux besoins internationaux et qu'il existait de grandes disparités entre elles.¹⁰⁰ »

L'article 7 de la *Loi-type*¹⁰¹ nous amène rapidement à le comparer avec l'article II(2) de la *Convention de New York*. La *Loi type* emploie des termes semblables et plus larges que ceux de la *Convention de New York*. En effet, tel que l'écrit l'auteur Van Houtte, l'article 7 va plus loin que la *Convention de New York* :

« Article 7(2) of the UNCITRAL Model Law goes further than the New York Convention in admitting explicitly other means of telecommunication as long as they provide "a record of agreement", which can even be found in an exchange of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. »¹⁰²

Comme l'écrit l'auteur Béguin, « cette formulation implique qu'elle a ce souci qu'il y ait tout de même une trace tangible pour qu'on puisse être sûr de l'existence de la convention ». Par ailleurs, se référer à un contrat ou un document contenant une clause compromissoire est accepté dans la mesure où il s'agit d'un écrit pouvant faire partie intégrante du contrat principal. L'auteur Béguin l'explique ainsi :

¹⁰⁰ Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, CNUDCI, A/CN.9/264, 1985, paragraphe 4

¹⁰¹ *Loi-Type*, précitée, note 13, article 7.

¹⁰² Vera VAN HOUTTE, « Consent to Arbitration Through Agreement to Printed contracts : The Continental Experience » (2000) 16(1) *Arbitration International*, 6.

« Mais la loi modèle pose deux conditions. C'est pour cela que je la place plutôt dans les régimes ayant une certaine exigence. La première condition est que le contrat lui-même soit sous la forme écrite. Et la seconde est que la référence ne soit pas vague. Il faut qu'elle soit telle que la clause compromissoire puisse être bien connectée avec le contrat; qu'elle constitue une partie du contrat. Les rédacteurs ont donc voulu assouplir au maximum. Mais ils n'ont pas cédé sur l'exigence de l'écrit. »¹⁰³

Toutefois, l'article 7 la *Loi type* est plus difficile à interpréter qu'on le croirait à première vue¹⁰⁴. Tel que l'écrit l'auteur Chistofer Coakley (nos soulignements):

«It is often said that Article 7 requires nothing more than a written demonstration that the contracting parties intended to incorporate the arbitration clause into the contract. In order to incorporate an arbitration clause from prisingly the model law seems lenient in dealing with documents outs a separate written entity into the questioned contract, Article 7 only requires that the questioned contract make reference to that entity. Foreign courts consistently hold that the questioned contract need not make reference to the outside document as an arbitration agreement. In other words, no mention of arbitration is required in order to incorporate arbitration language from a separate agreement into the contract in question. In effect, any contract may make reference to any, however obscure, document, and if that document contains an arbitration clause, arbitration will be mandatory. Therefore, in order to create binding arbitration agreements, a company can refer all contracts to extensive and often undecipherable company guidelines that contain arbitration agreements. »¹⁰⁵

En effet, l'auteur Coakley explique que l'application de l'article 7 par les tribunaux nationaux est complexe car l'article laisse trop de place à l'interprétation:

« On the surface, Article 7, section 2, appears to be straightforward, out the general wording has resulted in numerous commentaries. Foreign courts have been unable to consistently apply Article 7(2) because it leaves too much room for interpretation. For example, Article 7 seems to suggest that

¹⁰³ J. BÉGUIN, *op. cit.*, note 68, p. 128.

¹⁰⁴ P. FOUCARD, *op.cit.*, note 61. L'auteur parle d'une « mystérieuse » clause difficile à interpréter.

¹⁰⁵ Christofer COAKLEY, « The Growing Role of Customized Consent in International Commercial Arbitration », (2000) 29 *Ga.J. Int'L & Comp.L.* 127-151; Voir aussi: CNUDCI, *Étude du Secrétariat sur la Convention de New York*, New York, Publications des Nations Unies, 1979, [A/CN.9/168]; *Israel Chemicals c. Phosphates Ltd.*, 1976 Y.B. COMM.ARB. 195; *Corte di Cassazione*, 1979 Y.8. COMM. ARD. 296, 300. *Contra Corte di Apollo di Firenze*, 1979 Y.B. COMM'L ARB. 289, *Basler Juristische Mitteilungen*, 1979 Y.B. COMM.ARB. 309, 310, *Bundesgerichtshof* 1977 Y.B. COMM'LARB. 242, 242; *Ferrara S.p.A. c. United Grain Growers Ltd.*, 441 F. Supp. 778, 780-82 (S.D.N.Y 1977); *Coastal Trading Inc. c. Zenith Navigation S.A.*, 446 F. Supp. 330, 339; *Mauritius Sugar Syndicate c. Black Lion Shipping Co. S.A.*, 1 Lloyd's Law Rep. 545, 549-51 (Q.B. 1978).

virtually any signed commercial transaction (that even hints at arbitration) constitutes an arbitration agreement. International courts have had great difficulty in reconciling the "in writing" requirement with the "signed" requirement. Further, great difficulties arise when courts have examined arbitration agreements contained in a bill of sale, bill of lading, or product order. Whereas UNCITRAL Model Law often prohibits unsigned sales receipts as valid arbitration agreements, the model law is not so forgiving when it comes to industry custom. While the "in writing" requirement often leads to confusion regarding international and industrial custom, a major problem with Article 7 is the "reference" language. »¹⁰⁶

En effet, il peut-être plus difficile de s'accorder sur une interprétation stricte, excluant toute autre situation non énumérée à l'article 7 que sur une interprétation large, assimilant toute trace écrite aux exemples décrits à l'article 7¹⁰⁷.

À sa trente-quatrième session en juin et juillet 2001¹⁰⁸, le *Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage et la conciliation* a entamé l'examen d'un projet de disposition législative type modifiant l'article 7 de la *Loi type*¹⁰⁹. Dans notre analyse de l'article II(2) de la *Convention de New York* dans les parties subséquentes nous allons aborder plus en détails ces travaux concernant l'article 7 de la *Loi-type*.

¹⁰⁶ C. COAKLEY, *Id.*, note 105, p.144.

¹⁰⁷ C. COAKLEY, *Id.*, note 105, p.144.

¹⁰⁸ Voir CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux - Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation 34^e session, (New York, 21 mai 2001), document [A/CN.9/WG.II/WP.113], paragraphes 11 à 14

¹⁰⁹ Le projet de disposition législative sur lequel, le Groupe de travail fondé ses délibérations sur le texte, est la suivante:

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage :

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'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. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée ; 2) La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La "forme écrite" comprend toute forme qui atteste [de façon tangible] l'existence de la convention ou est [de toute autre manière] accessible en tant que message de données pour être consultable ultérieurement ; (3) Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie ; 4) Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont sous forme écrite, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite ; 5) En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre ; 6) La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ; (7) Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions, constituent la convention d'arbitrage.

Sous-paragraphe 6 : La Convention d'élection de for de 2005

Un des exemples récents étudié par le Groupe de travail de la CNUDCI, provient de la *Convention sur les accords d'élection de for*¹¹⁰ établit des règles sur les circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent exercer leur compétence ou refuser de le faire si des parties commerciales ont conclu un accord d'élection de for exclusif. La Convention a été adoptée le 30 juin dernier dans le cadre de la Conférence de la Haye sur le droit international privé. L'article 3 c) énonce ce qui suit au sujet de l'écrit :

« Article 3 c) Un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté: i) par écrit ou ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement »

Le groupe de travail a notamment pris en considération la portée souple de cette disposition et même proposé de reprendre son libellé pour l'utiliser dans le projet d'article 7 révisé¹¹¹.

Sous-section 2 : L'exigence de l'écrit régie par certains droits nationaux

Afin de pouvoir déterminer si une tendance semble se confirmer dans la pratique des tribunaux nationaux quant à une interprétation plus libérale et plus moderne de l'article II(2) de la *Convention de New York*¹¹², nous allons survoler brièvement certains systèmes de droit que nous avons identifiés pertinents¹¹³ dont le droit anglais, le droit

¹¹⁰ *Convention sur les accords d'élection de for*, Conférence de la Haye en droit international privé, 30 juin 2005.

¹¹¹ CNUDCI, *précité*, note 18.

¹¹² Pour une analyse plus détaillée des différents droits nationaux, voir Vera VAN HOUTTE, « Consent to Arbitration Through Agreement to Printed contracts: The Continental Experience » (2000) 16(1) *Arbitration International*, 7.

¹¹³ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 203-215, 271-291 et 273. Par exemple, En Suisse, voir l'article 178 de la *Loi fédérale sur le droit international privé*, supra, note .

allemand, le droit suisse et le droit français, et ce, avant d'aborder le droit canadien et québécois.

Paragraphe 1: Le droit anglais

La particularité du droit anglais de l'arbitrage, notamment influencé par son contexte historique et son développement rapide dans certains domaines de droit très spécifiques. Ceci explique la raison de son approche plus détaillée quant à l'encadrement de la forme de la convention d'arbitrage commercial¹¹⁴. Nous pouvons le constater notamment aux alinéas 2 à 6 de l'article 5 du Arbitration Act¹¹⁵ de 1996 : [nos soulignements]:

« Article 5: [...] (2) Il y a convention écrite lorsque la convention est consignée par écrit, lorsque la convention prend la forme d'un échange de communications par écrit ou lorsque la convention est attestée par un écrit ; (3) Lorsque des parties passent entre elles une convention sous une forme autre qu'écrite en renvoyant à des conditions écrites, la convention est réputée écrite ; (4) Une convention est attestée par écrit si, après avoir été passée sous une forme autre qu'écrite, elle est consignée par l'une des parties ou par un tiers, avec l'assentiment des parties ; (5) Un échange de déclarations écrites dans une procédure arbitrale ou judiciaire, dans laquelle l'une des parties invoque contre une autre l'existence d'une convention sous une forme autre qu'écrite sans que l'autre partie la conteste dans sa réponse, constitue entre ces parties une convention écrite aux fins invoquées. (6) Aux fins de la présente partie, le terme "écrit" englobe les communications attestées par tous moyens » .¹¹⁶

En effet, l'article 5 du *Arbitration Act* nous souligne plusieurs situations, selon lesquelles la convention est réputée écrite. Le simple fait de l'attester par écrit, de renvoyer à des conditions écrites, de consigner *a posteriori* la convention non-écrite par

¹¹⁴ *Supra*, note 11, la traduction est fournie par les Nations Unies.

¹¹⁵ *Arbitration Act*, Angleterre, (1996) chapitre 23.

¹¹⁶ *Règles uniformes sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation-Rapport du Secrétaire général*, précité, note 190, paragraphes 1 à 40.

une des parties ou par un tiers ou de l'indiquer dans les procédures arbitrales ou écrites respecte l'exigence de forme de l'article 5 du *Arbitration Act*. De plus, contrairement à l'article II(2) de la *Convention de New York*, l'article 5 du *Arbitration Act* reconnaît explicitement comme « écrites » les communications attestées par tous les moyens. Théoriquement, un accord verbal pourrait constituer une convention d'arbitrage, tel que le confirme également la jurisprudence anglaise¹¹⁷. Toutefois, l'article 5(4) du *Arbitration Act* prescrit que les termes de cette convention d'arbitrage devraient être consignés par écrit, même si la convention d'arbitrage a été initialement conclue par accord verbal ou par un commencement d'exécution du contrat¹¹⁸. L'auteur Alvarez écrit ce qui suit à ce sujet en comparant l'*Arbitration Act* anglais et l'article II(2) de la *Convention de New York*:

« Finally, sections 5 and 6 of the English Arbitration Act of 1996 should be closely looked at in the context of increasingly important and frequent "paperless" transactions. In sum, these national laws should be considered to prompt a future understanding on the interpretation of Article 11(2) of the New York Convention consistent with its original objectives, but also more adapted to the realities of modern international trade.¹¹⁹ »

Parallèlement, les tribunaux anglais semblent interpréter de manière large l'article II(2) de la *Convention de New York*. En effet, la mention «the term «agreement in writing» shall include» du 2^o alinéa de l'article II de la *Convention de New York*, est interprétée comme indiquant une liste d'exemples non-exhaustifs. Selon cette approche, on pourrait prétendre que les cas énumérés à l'article II(2) sont nombreux¹²⁰. L'approche anglaise s'apparente également à l'approche américaine, tel que l'explique l'auteur Cohen :

¹¹⁷ *Zambia Steel c. James Clark*, Court of Appeal [1986], 2 Lloyd's Rep. 225, et *Abdullah M. Fahem c. Mareb Yemen Insurance and Tomen*, Queen's Branch Reports [1997], 2 Lloyd's Rep, 738, Yearbook of Commercial Arbitration, 1998, p. 789.

¹¹⁸ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphes 88-106.

¹¹⁹ G.A. ALVAREZ, *loc. cit.*, note 78, 7.

¹²⁰ *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 2000, vol.XXXI, p.524.

« In the nearly 40 years since the Convention was signed, a trend has developed [...] for local Legislatures to enact statutes, expanding the definition of agreement in 'writing' to include arbitration clauses in all forms of enforceable written contracts. In America, the common law is moving in the same direction. »¹²¹

Le droit anglais, malgré son encadrement législatif à première vue stricte, semble ouvert à une application et interprétation de plus en plus large.

Paragraphe 2 : Le droit allemand

Quant au droit allemand, l'article 1031 de la Loi allemande sur l'arbitrage¹²² énonce ce qui suit :

«1031 : 1. La convention d'arbitrage est contenue, soit dans un document signé par les parties, soit dans un échange de lettres, de télécopies, de télégrammes ou d'autres moyens de télécommunication qui en attestent l'existence ;
 2. La condition de forme énoncée au paragraphe 1 est réputée avoir été respectée si la convention d'arbitrage est contenue dans un document transmis d'une partie à l'autre partie ou par un tiers aux deux parties et, si aucune objection n'a été soulevée en temps voulu, la teneur de ce document est réputée faire partie du contrat conformément à l'usage courant ;
 3. La référence, dans un contrat respectant la condition de forme énoncée au paragraphe 1 ou 2, à un document contenant une clause compromissoire constitue une convention d'arbitrage à condition que cette référence soit telle qu'elle intègre cette clause dans le contrat ;
 4. Une convention d'arbitrage est également conclue par l'établissement d'un connaissance, si ce dernier contient une référence expresse à une clause compromissoire figurant dans une charte-partie ;
 5. Les conventions d'arbitrage auxquelles est partie un consommateur doivent figurer dans un document qui a été signé personnellement par les parties. Un tel document ne peut contenir de conventions autres que celles faisant référence à la procédure d'arbitrage; cette condition ne s'applique pas en cas de certificat notarié. Un consommateur est une personne physique qui, pour ce qui est de la transaction en litige, agit à des fins qui peuvent être considérées comme ne faisant pas partie de son activité professionnelle, commerciale ou indépendante. »¹²³

¹²¹ Michael Marks COHEN, « Arbitration Agreements in Writing : Notes in the Margin of the Sixth Goff Lecture », 1997, *Arbitration International*, Vol. 13, no 3, p.273.

¹²² *Loi sur l'arbitrage*, Allemagne, 1987.

¹²³ *Id.*, traduction est fournie par les Nations Unies.

À la lecture de cet article, nous pouvons constater, que contrairement à l'article II(2) de la *Convention de New York*, le premier paragraphe de l'article 1031 de la Loi allemande inclut l'expression « télécopie » et « d'autres moyens de communication ». Cette approche ressemble davantage à celle du *Arbitration Act* anglais. La loi allemande ajoute également, entre autres, le cas de l'existence d'un consommateur ainsi que la situation où une des parties est un consommateur.

À cet effet, faut-il différencier les « moyens de télécommunication » de la Loi anglaise et les « moyens de communication » de la Loi allemande? La télécommunication vise toute communication à distance¹²⁴ ce qui pourrait exclure une simple conversation de personne à personne sans enregistrement. Certains pourraient donc prétendre que la Loi allemande est plus restrictive en ce sens.

Paragraphe 3: Le droit suisse

En droit suisse, c'est l'article 178(1) de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse¹²⁵, qui indique l'exigence de forme liée à la convention d'arbitrage :

« 178(1) 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 et (2) Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. »¹²⁶

Ainsi, cette loi fait référence aux télécopies et indique qu'une convention d'arbitrage est valide si elle est conclue par tout autre moyen de communication qui peut être prouvé par un écrit, ce qui pourrait, par exemple, inclure un courriel. Toutefois, cette loi ne s'applique qu'aux arbitrages internationaux suisses, impliquant le fait qu'une partie

¹²⁴ *Le Petit Larousse*, Les Éditions Françaises, Paris, 1995, page 993.

¹²⁵ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RO 1988 1776 (Suisse)

¹²⁶ Id.

n'ait ni son domicile ni sa résidence en suisse. En ce qui concerne l'arbitrage au point de vue national, aucune exigence quant à l'écrit n'existe¹²⁷.

Paragraphe 4: Le droit français

En droit français, la situation diffère entre l'arbitrage interne et international. En effet, tel que le mentionne l'auteur Van Houtte, ce n'est qu'en matière d'arbitrage national que l'exigence de l'écrit existe. En matière d'arbitrage international, aucun critère de forme ne régit la convention d'arbitrage :

«The same is true, for domestic arbitration in France, governed by Article 1443 of the French Nouveau Code de Procédure Civile, which provides that the arbitration clause, on sanction of nullity, should be stipulated in writing in the contract or in a document to which the contract refers. Only in matters of international arbitration, involving the interest of international commerce, according to Articles 1492-1493 of the French Nouveau Code de Procédure Civile, no formal requirement exists in relation to the arbitration agreement.»¹²⁸

Outre les critères qui identifient une convention d'arbitrage écrite dans certains droits nationaux, il ne faut pas oublier qu'une distinction s'impose également dans certains droits nationaux, entre le compromis et la clause compromissoire. Le compromis a été, à l'origine, le seul type de convention d'arbitrage auquel ont songé les législateurs des différents pays. Cette convention, qui privait les parties de leur droit de recourir à la justice des tribunaux, a été réglée de façon stricte. Le principe de liberté des formes, dans les pays où le compromis est accepté, a été en conséquence écarté et la plupart des lois internes ont exigé que le compromis soit fait par écrit.¹²⁹ Dans un certain nombre

¹²⁷ Pierre LALIVE, Jean-François POUDRET, Claude REYMOND, *Le Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, ad. art. 39 du Concordat, p. 226.

¹²⁸ V. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 102, p.7. À ce sujet, l'auteur ajoute à la même page ce qui suit: " In conclusion, even if writing is not required for the substantive validity of the arbitration clause, it is generally required for purposes of evidence: the intention of the parties to submit their dispute to arbitration must be sufficiently proved. »

¹²⁹ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 271.

de droits nationaux, l'exigence d'un écrit pour le compromis est sanctionnée par la nullité en ne permettant sa consignation que dans un acte authentique¹³⁰.

Ce que nous pouvons constater de ce survol de ces quelques droits nationaux est que certains d'entre eux sont plus strictes quant aux critères constituant l'écrit d'une convention d'arbitrage. Toutefois, une certaine tendance semble se diriger vers les critères très larges et même vers l'abandon de l'exigence de l'écrit.

Le droit anglais, notamment pour les raisons décrites précédemment semble certainement le plus stricte. Le droit allemand quant à lui, se veut plus large, en ne mentionnant pas expressément l'écrit. Toutefois, en droit interne suisse¹³¹, l'exigence de l'écrit a été supprimé. Cette tendance a également été suivie notamment par la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas et la Suède¹³². Nous verrons dans la prochaine section quelle est l'approche en droit québécois et canadien.

¹³⁰ Tel est notamment le cas dans les droits nationaux espagnol, portugais, colombien, mexicain et péruvien. Voir R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 273.

¹³¹ *Infra*, note 127.

¹³² Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, Proposition du Mexique, [A/CN.9/WG.II/WP.137], 43e session, Vienne, 3 au 7 octobre 2005, p. 3.

SECTION 3 : L'application en droit canadien et québécois

Sous-section 1: La législation applicable en droit canadien et en droit québécois

Le droit canadien et québécois encadre l'arbitrage tant interne qu'international¹³³. En effet, une législation relative à l'arbitrage a été adoptée tant au niveau fédéral que par chaque province et territoire canadiens.

En effet, au niveau fédéral, deux lois, adoptées en 1986, s'appliquent aux arbitrages nationaux et internationaux en mettant en œuvre la *Loi type*¹³⁴. La première est la *Loi concernant l'arbitrage commercial* s'appliquant aux litiges impliquant le gouvernement fédéral, les sociétés d'état et certaines agences fédérales. La deuxième est la *Loi des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*¹³⁵ qui met en vigueur, au Canada, la *Convention de New York*.

Au niveau provincial, chaque province, sauf le Québec, a adopté deux législations dont une pour les arbitrages nationaux et l'autre pour les arbitrages internationaux. Le Québec a adopté la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*¹³⁶ (ci-après « Loi modificative de 1986 ») qui s'applique au Code civil du Québec (ci-après « C.c.Q. ») et au Code de procédure civile du Québec (ci-après « C.p.c. ») et ce, en matière d'arbitrage national ou international. La Cour d'appel énonce ainsi qu'en « 1986 est entrée en vigueur une loi [...] métamorphosant notre droit en matière d'arbitrage »¹³⁷.

¹³³ C.p.c., art. 940.6. *Infra*, note 165, 395.

¹³⁴ Loi type, précitée, note 13.

¹³⁵ *Loi de mise en œuvre de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 33-34-35 Elizabeth II, chap.21, sanctionnée le 17 juin 1986.

¹³⁶ *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q., chap.73, sanctionnée le 11 novembre 1986.

¹³⁷ *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Les Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), 2785.

Le droit québécois, en régissant les conditions de forme de la convention d'arbitrage à travers le C.c.Q et le C.p.c., tend-il vers une approche plutôt formaliste ou libérale ? Un débat existe évidemment à ce sujet comme le résume l'auteur Marquis:

« Les juristes sont encore fortement influencés par le formalisme, le positivisme et le dualisme dans leur recherche des considérations juridiques pertinentes à la convention d'arbitrage, ainsi que dans l'idée qu'ils se font de son rôle et de sa portée. Cette influence se traduit, entre autres choses, par un réflexe de limitation de leur pensée aux éléments énoncés comme étant formellement indispensable et importants par le Code civil du Québec. Dès lors, la représentation juridique de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire la façon dont les juristes la conçoivent et le domaine de réflexion qu'elle leur ouvre, devient dominée par les dimensions d'engagement à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou plusieurs arbitres, et de respect de conditions dites communément de validité. »¹³⁸

En fait, le droit québécois intègre les principes de la *Convention de New York* en adoptant la substance de cette même Convention. Il faut aborder cette question en tenant compte de l'évolution, depuis 1986 du concept même de l'arbitrage au Québec.

Paragraphe 1 : La procédure d'arbitrage en droit québécois et l'encadrement de la convention d'arbitrage

La procédure d'enclenchement de l'arbitrage en droit québécois peut se résumer facilement. En effet, comme dans la majorité des autres droits nationaux, les parties à un litige peuvent décider avant ou après la naissance du différend d'en confier l'adjudication à un ou des arbitres et conclure ainsi une convention d'arbitrage à travers un compromis ou une « clause compromissoire¹³⁹ ».

¹³⁸ Louis MARQUIS, « La convention d'arbitrage : actualités et perspectives », *Développements récents en arbitrage civil et commercial* (1997), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 167.

¹³⁹ R. TREMBLAY, loc. cit, note 14.

Les parties ont également le choix entre deux types d'arbitrage¹⁴⁰. Selon le premier type, les parties doivent organiser elles-mêmes l'arbitrage. La Loi les autorise à organiser l'arbitrage selon les règles plus détaillées du C.p.c. ou selon d'autres règles de leurs choix qu'elles jugent plus appropriées à la solution de leur différend. À cet égard, elles doivent se charger elles-mêmes de tout ce qui est nécessaire à la tenue de l'arbitrage¹⁴¹.

Selon le deuxième type d'arbitrage possible, les parties s'en remettent, en tout ou en partie, à une institution d'arbitrage. Par « institution d'arbitrage », on entend un organisme dont la mission principale est l'organisation des procédures arbitrales. À cet égard, plusieurs institutions d'arbitrages existent dans différents pays et servent de forum selon le choix des parties impliquées¹⁴². Ces institutions possèdent généralement leurs propres règles ou procédures d'arbitrage.

Ainsi, dans le but de s'ajuster au développement quasi universel de l'arbitrage commercial international et comme nous venons de l'expliquer, c'est dans ce contexte que le Québec a adopté la Loi modificative de 1986¹⁴³. Cette Loi propose un système complet de règlement des litiges par arbitrage tout en faisant face à un défi majeur, tel que l'explique l'auteur Marquis :

« Ses rédacteurs durent tenir compte d'une réalité constamment rappelée par la doctrine : le besoin de spécificité de l'arbitrage commercial international qui commande qu'en toutes circonstances on envisage cette institution à partir d'une perspective véritablement internationale, de façon à lui permettre de jouer pleinement et efficacement, pour les différends du

¹⁴⁰ *Supra*, note 163.

¹⁴¹ Un tel arbitrage est aussi appelé arbitrage ad hoc. Toutefois, même si les parties soumettent de façon régulière leurs litiges à l'arbitrage et n'ont recours que d'une façon épisodique à une institution d'arbitrage, cet arbitrage conserve quand même le nom d'arbitrage ad hoc.

¹⁴² On peut notamment penser au "Centre canadien d'arbitrage commercial, au "London Court of Arbitration" en Grande-Bretagne, au "American Arbitration Association" ou à la "Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale" en France.

¹⁴³ Loi modifiant le C.c.Q. et le C.p.c. en matière d'arbitrage, précitée, note 136. Voir aussi les travaux préparatoires relatifs à la réforme de 1986 : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Québec, 16 juin 1986, p. 2975 et 2976 ; 30 octobre 1986, p. 3671-3682.

commerce international, son rôle de mode normal de règlement des différends ». ¹⁴⁴

Avant 1986, la tendance de la jurisprudence québécoise à accorder une interprétation stricte aux règles d'arbitrage peut se résumer ainsi :

« En effet, l'expérience passée, dans des pays ayant pourtant une tradition d'arbitrage, a clairement démontré que les tribunaux avaient tendance, lorsque les arbitrages internes et internationaux étaient soumis aux mêmes textes, à appliquer uniformément, pour un temps du moins, les précédents restrictifs dégagés pour l'arbitrage interne aux arbitrages internationaux, méconnaissant ainsi l'originalité propre de l'arbitrage international. Au Québec, où les tribunaux n'étaient pas jusqu'à ces dernières années favorables à l'arbitrage, ce danger paraissait réel. » ¹⁴⁵

De plus, comme le mentionne l'auteur Bachand, les changements des mentalités étaient à la source de la réforme de 1986 :

« On ajoute que le législateur, tout à fait conscient de l'interprétation restrictive jadis donnée aux conventions d'arbitrage par les juges québécois, a délibérément choisi de n'inclure au Code civil aucun texte dérogeant de quelque manière que ce soit aux règles générales relatives à l'interprétation des contrats. L'abandon des méthodes restrictives d'interprétation s'impose d'autant plus que, comme le révèle l'étude des travaux préparatoires, la réforme de 1986 visait justement, entre autres, à débarrasser le droit québécois de toute réticence face à l'arbitrage conventionnel afin de consacrer pleinement sa légitimité ». ¹⁴⁶

Le caractère principal de la Loi modificative de 1986 est d'octroyer aux parties une plus grande autonomie dans l'organisation et la tenue de l'arbitrage. Ainsi, à travers cette réforme axée sur l'ouverture au commerce international, le législateur québécois, tout en limitant le rôle d'intervention des tribunaux québécois, a confirmé l'importance de l'arbitrage en droit québécois ¹⁴⁷.

¹⁴⁴ L. MARQUIS, *loc. cit.*, note 154, p.451.

¹⁴⁵ Nabil ANTAKI, « L'arbitrage commercial : concept et définitions » [1987] C.P. du N. 485 à 501.

¹⁴⁶ Frédéric BACHAND « Arbitrage commercial international : une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l'interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution ? », (2001) 35 *R.J.T.* 798.

¹⁴⁷ *Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée.*, A.E./P.C. 2001-706 (C.S.); (2001) R.J.Q. 173 (C.S.). *World LLC c. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.* A.J.Q./P.C. 1998-632 (C.S.); J.E. 98-897 (C.S.).

C'est cette même approche qui explique que les différentes provinces canadiennes ont des règles semblables régissant la convention d'arbitrage¹⁴⁸. En effet, la première province de *Common Law* à adopter une telle législation a été l'Île du Prince Édouard en 1873. En 1893 La Colombie-Britannique adopta une loi à l'image du *English Arbitration Act* de 1889 suivit de la Nouvelle-Écosse de l'Ontario en 1897. En 1898, les Territoires du Nord-Ouest ont adopté une Loi d'arbitrage qui, par la suite, a servi de base à celle de l'Alberta et de la Saskatchewan en 1919¹⁴⁹.

C'est depuis 1986¹⁵⁰, que le Québec est partie à la *Convention de New York*, par suite de l'adhésion du Canada la même année à cette Convention. La Cour suprême du Canada énonce ce qui suit au sujet de l'application de la *Convention de New York* au droit québécois :

« Bien que cette Convention semble à première vue porter uniquement sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, elle vise aussi la protection juridique des conventions d'arbitrage. Le droit québécois intègre les principes de la *Convention de New York* relatifs aux conventions d'arbitrage en adoptant la substance de cette Convention [à travers la Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage¹⁵¹]. On note aussi que les dispositions de la *Loi type* de la CNUDCI¹⁵², contenues au chapitre de la loi portant sur les conventions d'arbitrage, qui ont inspiré la réforme et la modernisation du régime juridique québécois de l'arbitrage international de 1986, sont calquées sur celles de la *Convention de New York*. La *Convention de New York* constitue

¹⁴⁸ Voir L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Commercial Law and Arbitration in Canada*, University of Ottawa Press, Ottawa, 1978.

¹⁴⁹ Les principes de la CNUDCI ont été repris dans les lois des provinces en annexe ou en substance à travers les instruments suivants : ALBERTA: S.A. 1986, c. 1-6.6, art. 10; ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. 1-5, art. 10; MANITOBA: *Loi sur l'arbitrage commercial international*, S.M. 1986-87, c. 32, art. 10; NOUVEAU-BRUNSWICK: *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.N.-B. 1986, c. 1-12.2, art. 10; NOUVELLE-ÉCOSSE: *International Commercial Arbitration Act*, S.N.S. 1986, c. 12, art. 11 ; ONTARIO: *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. 1.9, art. 8; SASKATCHEWAN: *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c. 1-10.2, art. 9; TERRE-NEUVE: *International Commercial Arbitration Act*, S.N. 1986, c. 45, art. II ; COLOMBIE-BRITANNIQUE: *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 14.

¹⁵⁰ *Gazette du Canada*, partie II, vol. 120, no 17, TR/86-154 et 155.

¹⁵¹ L.Q. 1986, ch.73.

¹⁵² Loi Type, précitée, note 13.

donc une source formelle d'interprétation des dispositions de droit interne visant l'exécution des conventions d'arbitrage. »¹⁵³

Il est aussi important de constater qu'au Canada, la validité d'une clause compromissoire¹⁵⁴ ne fut reconnue qu'en 1983 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*¹⁵⁵. La Cour suprême jugea que pour décliner la juridiction d'un tribunal étatique saisi en violation d'une convention d'arbitrage, il fallait procéder par voie d'exception déclinatoire de compétence *ratione materiae* selon l'article 164 C.p.c. Cette exception déclinatoire pouvait être soulevée en tout état de cause.

Comme le démontrent la législation et la jurisprudence une certaine méfiance exercée par les tribunaux à l'égard de l'arbitrage, empêcha en quelque sorte le développement au Québec de règles substantielles relativement à l'arbitrage jusqu'à cette période¹⁵⁶. Des exemples de cette vision de l'arbitrage demeurent dans la jurisprudence plus récente, tel que l'exprime le juge Vallerand :

« On doit interpréter et appliquer rigoureusement la convention d'arbitrage qui est une dérogation au droit général de s'adresser aux tribunaux. N'y est soumis que très précisément ce qu'on a clairement entendu y soumettre »¹⁵⁷.

Toutefois, la Cour suprême a récemment confirmé que les règles du C.c.Q. témoignent de l'intention du législateur de laisser place à l'autonomie contractuelle en droit international privé et confirme la primauté de ce principe. En effet, sous la plume du Juge LeBel, la Cour écrit « cette reconnaissance va aussi de pair avec le mouvement de

¹⁵³ *GreCon Dimter c. J.R. Normand Inc.*, précitée, note 158, p.31.

¹⁵⁴ L. MARQUIS, «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois», (1992) 37 *McGill L.J.* 448.

¹⁵⁵ [1983] 1 *R.C.S.* 529, 47 *N.R.* 321. Voir aussi S. THUILLEAUX et M. PROCTOR, « l'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale », (1992) 37 *McGill L.J.* 470.

¹⁵⁶ Nous nous référons ici à la période entre 1983 et 1986 relative à la nouvelle approche de la Cour Suprême ainsi que l'adoption de règles en matière d'arbitrage international au C.c.Q. du Québec. Voir L. MARQUIS, *loc. cit.*, note 154; É.-F. SURVEYER, « Réformes proposées au Code de procédure civile » (1924) 2 *R. du D.* 351, 352.

¹⁵⁷ *Re-Max Idéal Idéal c.*, Montréal, 10 octobre 1989, 500-09-001459-992, J.E. 89-1550 (C.A.). p.4.

reconnaissance par le législateur de la légitimité et de la présence de la justice privée, souvent consensuelle, et parallèle à celle des tribunaux étatiques, notamment sous le régime de l'article 2638 C.c.Q. qui définit la convention d'arbitrage»¹⁵⁸.

Au Québec ces règles relatives à l'arbitrage ont été incorporées aux articles 2638 à 2643 du C.c.Q. Elles énoncent notamment l'aspect contractuel du consentement à l'arbitrage et à l'article 2640 C.c.Q. traitant plus particulièrement des conditions de forme régissant la convention d'arbitrage.

Paragraphe 2 : Le consentement à l'arbitrage (articles 2643 C.c.Q. et 940.6 C.p.c.)

Sous-paragraphe 1 : Règles de base du droit civil québécois

Le consentement est une condition essentielle de la formation du contrat en droit québécois¹⁵⁹. La formation d'un contrat¹⁶⁰ passe nécessairement à travers un échange préalable du consentement de chacune des parties à l'acte. En effet, le C.c.Q. définit comme suit la validité d'une convention à son article 1385:

« 1385. Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter (...), il est aussi de son essence qu'il y ait une cause et un objet. »

Toutefois, afin qu'il y ait consentement il doit y avoir un échange de deux volontés à s'engager. C'est ainsi que le C.c.Q. exprime cette notion à son article 1386:

« 1386. L'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne. »

¹⁵⁸ *GreCon Dimter c. Deschamps J.R.Normand inc*, C.S.C., no 30217, 22 juillet 2005, j. LeBel, par. 37 (2005-CSC-46).

¹⁵⁹ Il est intéressant de noter ce que l'auteur Jean-Louis Beaudoin mentionne au sujet du consentement : « Le seul consentement oblige sans, qu'en principe, l'accomplissement d'une formalité quelconque soit nécessaire à la validité de l'engagement », Jean-Louis BEAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p.89.

¹⁶⁰ En vertu de l'article 1378 du C.c.Q. « le contrat est un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ».

Les parties qui décident d'opter pour l'arbitrage en cas de litige doivent respecter certaines conditions de formes spécifiques relatives à la convention d'arbitrage énumérées au C.c.Q. et au C.p.c et qui visent le consentement des parties, tel que l'auteur Gauthier l'explique :

« Le consensus des parties constitue le principe fondamental de l'arbitrage en matière civile et commerciale. Ce consensus doit absolument se manifester par écrit. Cette décision peut être prise soit dans le contrat initial (clause compromissoire), par exemple, dans le contrat de construction ou dans le contrat de franchise, soit au moment même où survient le différend. Ce qu'il est essentiel de retenir, c'est que la convention d'arbitrage doit être par écrit. »¹⁶¹

Ainsi, l'aspect « contractuel » de l'arbitrage est le principal critère reconnu en droit québécois. En effet, nous pouvons directement le constater à la lumière de l'article 2643 C.c.Q. qui prévoit:

« Article 2643. Sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglée par le contrat ou à défaut, par le Code de procédure civile. »

Cet article établit le lien entre les articles du C.c.Q. et ceux du C.p.c. Selon les Commentaires du ministre, l'esprit et l'intention du législateur lors de l'adoption des articles du C.c.Q., étaient à l'effet que la procédure d'arbitrage est régie par le contrat lorsque les parties décident de confier le processus d'arbitrage à une institution permanente d'arbitrage ou lorsqu'elles se réfèrent à un règlement d'arbitrage déjà établi¹⁶². Par ailleurs, les commentaires du ministre indiquent aussi que les parties peuvent créer leurs propres règles et organiser l'arbitrage selon leurs besoins

¹⁶¹ D.F. GAUTHIER, « Survol de l'ensemble du processus d'arbitrage en matière civile et commerciale », *Développements récents en arbitrage civil et commercial* (1997), Cowansville, Editions Yvon Blais, 1997, 1-7.

¹⁶² Gilles RÉMILLARD, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, Québec, Les Publications du Québec, 1993. Voir les Commentaires du Ministre sur l'article 2643 C.c.Q.

particuliers¹⁶³. Toutefois, si les parties conviennent de soumettre leur différend à l'arbitrage sans plus de précision, ce sont alors les dispositions du C.p.c. qui doivent s'appliquer, à titre supplétif.

Quant au processus d'arbitrage, il est régi par les articles 940 et suivants du C.p.c. À cet effet, l'article 940 C.c.Q. se lit comme suit :

« 940. Les dispositions du présent titre s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires. Cependant, on ne peut déroger aux dispositions contenues aux articles 940.2, 942.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4, ni à l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire. »

Cet article doit se lire en conjonction avec l'article 2643 C.c.Q. car ce dernier prévoit l'application des articles du C.p.C. dans les cas où les parties à une convention d'arbitrage n'ont pas convenu d'être régies par un régime spécifique d'arbitrage. Ainsi, les articles du C.p.c. n'ont pas comme objectif de restreindre la liberté des parties de procéder par arbitrage mais plutôt de faciliter le déroulement de la procédure lorsque nécessaire.

Sous-paragraphe 2 : Cadre d'interprétation du consentement à l'arbitrage

Avec la réforme de 1986¹⁶⁴, le cadre d'interprétation de l'arbitrage a été officiellement introduit en droit québécois. À travers l'article 940.6 C.p.c.¹⁶⁵ on énonce ce qui suit :

« 940.6 Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte :

¹⁶³ Infra, note 140.

¹⁶⁴ Précité, note 143.

¹⁶⁵ L'article 940.6 du C.p.c. énonce la législation internationale sur laquelle nous devons nous baser en matière d'interprétation de la législation québécoise relative à l'arbitrage.

1° de la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international;

2° du Rapport de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985;

3° du Commentaire analytique du projet de texte d'une *loi type sur l'arbitrage commercial international* figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international.¹⁶⁶ »

La *Loi type* se veut un modèle législatif ayant une portée universelle et servant d'exemple aux législateurs nationaux qui sont invités à s'en inspirer dans le cadre de la rédaction de leur droit national interne. Parallèlement, elle est destinée à promouvoir l'arbitrage dans la sphère des rapports économiques qui les frontières des États, tout en servant d'outil d'harmonisation des différends.

L'article 940.6 C.p.c. rend ainsi la *Loi type* applicable aux arbitrages internes et internationaux et semble également autoriser le recours à des sources législatives internationales, tels la *Loi type* et les documents préparatoires de la CNUDCI.

Selon la jurisprudence québécoise majoritaire depuis 1986, en matière de consentement à l'arbitrage, les clauses compromissaires doivent être interprétées de façon large, libérale et en respect de la volonté du législateur et de l'intention des parties¹⁶⁷. En effet, tel qu'énoncé par les tribunaux canadiens et plus particulièrement par la Cour supérieure dans l'affaire *Lamothe c. Lamothe*¹⁶⁸ :

« Depuis 1986, la convention d'arbitrage est maintenant un contrat autonome distinct de celui dans lequel elle est contenue. L'article 2643 C.c.Q. édicte que l'arbitrage est réglé par le contrat ou à défaut par le Code

¹⁶⁶CNUDCI, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de sa 18^e session (1985), document [A/40/17, supp.17].

¹⁶⁷ *Guns n' Roses Missouri Storm Inc. c. Productions musicales Donald K. Donald inc.*, [1994] R.J.Q.; 1183, *Lamothe c. Lamothe*, J.E. 2001-1068, *Entreprises modernes Daveluyville inc. c. Industries Leclerc inc.*, J.E. 96-416.

¹⁶⁸ *Lamothe c. Lamothe*, précitée, note 167, 7.

de procédure civile. C'est désormais à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence (article 943 C.p.c.). La convention d'arbitrage doit maintenant recevoir une interprétation large et libérale. »

De plus, selon la jurisprudence, en renvoyant aux articles du C.p.c., selon l'article 2643 C.c.Q., le législateur ne voulait pas soumettre à l'ensemble du C.p.c. un processus de règlement des conflits qu'on voulait simple et déjudiciarisé¹⁶⁹. Tel que l'auteur Ladouceur l'indique :

« Évidemment, à la base de toute convention, il y a la nécessité d'un consentement valide et la Cour d'appel n'a pas hésité à se prononcer à cet égard pour conclure qu'il n'y avait pas eu matérialisation d'une véritable convention d'arbitrage. Ce même constat a été fait dans le cas de clauses compromissoires incluses dans les contrats d'adhésion. »¹⁷⁰

Le consentement à l'arbitrage en droit québécois repose donc sur deux principes parallèles. Premièrement, il s'agit de se baser sur l'idéologie même du droit civil général et du droit de la preuve. En effet, selon l'article 2643 C.c.Q., le recours à l'arbitrage se base sur l'existence d'une convention d'arbitrage dont l'application et la preuve se feront à travers les principes existants du droit civil québécois et par l'application de dispositions énonçant les conditions de formes minimales pour établir sa validité. Les principes de droit civil nous donnent donc la première étape de l'encadrement du consentement.

C'est ainsi que la jurisprudence et la doctrine jouent un rôle primordial dans l'établissement du cadre d'interprétation du principe et des règles régissant l'arbitrage commercial interne et international au Québec.

¹⁶⁹ *Centre communautaire juridique de Québec c. Deschênes*, (C.S., 1995-01-27), J.E. 95-667; *Néron c. Néron*, (C.S., 1997-02-12), J.E. 97-552

¹⁷⁰ André LADOUCEUR, « Enclenchement et préalables », *Développements récents en arbitrage civil et commercial* (1997), Cowansville, Editions Yvon Blais, 1997, 88.

Ce revirement des tribunaux vers une interprétation plus libérale des conventions d'arbitrage constitue un « indicateur important de la légitimité accordée à l'arbitrage conventionnel depuis la réforme de 1986. Il ne fait aujourd'hui aucun doute que la recherche de l'intention réelle des parties doit guider l'interprète »¹⁷¹.

Paragraphe 3 : Conditions de forme et exigence de l'écrit (2640 C.c.Q.)

L'article 2640 C.c.Q. dispose ce qui suit :

« 2640. La convention d'arbitrage doit être constatée par *écrit*; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée par une partie et non contesté par l'autre ».

L'article 2640, basé sur *Loi type* et de la *Convention de New York* reprend l'ancien 1926.3 du Code civil du Bas Canada (ci-après « C.c.B.C. »)¹⁷². Le législateur québécois a appliqué cette approche parallèlement avec les autres autorités législatives canadiennes.

Les commentaires du ministre mentionnent que l'article 2640 C.c.Q. précisent que la protection des cocontractants est à la base de l'exigence de l'écrit¹⁷³. Selon les commentaires relatifs à l'article 1926.3 du C.c.B.C, il n'est pas requis de constater la convention par écrit dès sa conclusion mais un écrit doit en faire état lorsque sa preuve est nécessaire. À cet égard cette disposition facilite l'application de la *Convention de New York* en permettant la preuve d'une convention d'arbitrage par d'autres moyens que le dépôt du seul contrat la constatant¹⁷⁴.

¹⁷¹ F. BACHANF, *Id.*, note 146.

¹⁷² « Art. 1926.3 C.c.B.C. La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit ; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange de procédures où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre. ».

¹⁷³ G. RÉMILLARD, *op. cit.*, note 162.

¹⁷⁴ R. TREMBLAY, note 14, 400. L'auteur précise que « la preuve par échange de procédures s'entend autant d'un échange dans *loc. cit* le cadre d'une procédure arbitrale que d'un autre type de procédure ; il suffit d'en apporter la preuve. »

Il est intéressant de noter que cette disposition ne mentionne pas expressément la nécessité de la signature des parties tel que l'indique toutefois la *Convention de New York*. La disposition québécoise laisse donc une plus grande marge de manœuvre à la condition de forme de la convention d'arbitrage¹⁷⁵.

Nous avons retracé certaines décisions des tribunaux québécois que nous jugeons utiles à l'analyse de l'interprétation de la forme prescrite de la convention d'arbitrage tel que stipulé dans le C.c.Q..

Sous-section 2 : Tendances strictes : Primauté du formalisme

Les tribunaux québécois considèrent dans certains cas une interprétation « stricte » des conditions de validité du consentement des parties à se soumettre à l'arbitrage. En fait, à la lumière de l'article 2640 C.c.Q., il a été décidé par la Cour supérieure, en 1996, qu'une simple convention verbale de soumettre un litige à l'arbitrage ne constituait pas une manifestation claire et suffisante de la volonté des parties de se soustraire de l'autorité des tribunaux de droit commun. La Cour ajoute que depuis l'entrée en vigueur du C.c.Q., les conventions d'arbitrage ne sont plus extrinsèques du droit civil et bien qu'il n'y ait donc plus lieu de les assujettir à un régime d'interprétation restrictive, il faut néanmoins qu'elles respectent les exigences minimales d'un procédé consensuel¹⁷⁶. L'auteur Bachand confirme cette approche lorsqu'il écrit ce qui suit :

«Or, même si l'on admettait qu'il est effectivement souhaitable de privilégier le recours à l'arbitrage, en déduire que les conventions d'arbitrage

¹⁷⁵ Le C.c.Q. définit la signature à son article 2827 ainsi : « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. »

¹⁷⁶ 2860-8826 *Québec inc. c. 160059 Canada ltée*, 1996-07-29, J.E. 96-1707, C.S. (200-05-004120-965)

devraient être interprétées de manière à favoriser le recours au juge privé serait inacceptable: l'institution - dont l'existence repose sur une convention - s'en trouverait dénaturée, puisque l'arbitre pourrait se voir reconnaître une compétence que les parties n'ont jamais, dans les faits, réellement voulu lui conférer. »¹⁷⁷

Ainsi, s'il y a un doute quant à l'intention des parties et l'existence même d'une convention d'arbitrage, un courant jurisprudentiel sous le nouveau C.c.Q., prévoit qu'il doit être résolu en faveur du droit général de toute personne de s'adresser aux tribunaux étatiques¹⁷⁸.

Dans l'affaire *Poinsot c. Abaziou*, l'appelante contestait la compétence des tribunaux du Québec, par une requête en exception déclinatoire, alléguant que le litige doit plutôt être soumis à l'arbitrage en vertu d'une convention d'arbitrage liant les parties. L'appelante prétendait qu'une lettre envoyée à l'intimé contenait une convention d'arbitrage. Le premier juge a rejeté la requête aux motifs qu'il n'y avait pas de preuve d'échange de communications attestant l'existence d'une convention d'arbitrage et qu'il n'y avait pas de «clause de renonciation mutuelle au droit de poursuite» à laquelle fait référence le texte de la lettre. S'agissant alors d'une entente verbale, la Cour supérieure du Québec décida que les exigences de l'article 1926.3 C.c.B.C. n'étaient pas remplies.

La Cour d'appel conclut que la proposition unilatérale contenue dans la lettre ne suffit pas en elle-même pour constituer une convention d'arbitrage entre les parties. En effet, la Cour énonce que :

« Lorsqu'il existe un doute quant à l'intention des parties de se soumettre à l'arbitrage et à l'existence même d'une convention d'arbitrage, ce doute doit être résolu en faveur du droit général de toute personne de s'adresser aux tribunaux de droit commun. »¹⁷⁹

¹⁷⁷ F. BACHAND, *loc. cit.*, note 146, p. 793.

¹⁷⁸ *Poinsot c. Abaziou*, [1991] R.D.J. 145 et *Construction Stam inc. c. A. & J.L. Bourgeois ltée*, J.E. 98-1620, C.S.

¹⁷⁹ *Poinsot c. Abaziou*, précitée note 178, 3.

Dans l'affaire *Société Immobilière c. Harvey*¹⁸⁰, la Cour d'appel a énoncé que par un échange de correspondance entre leurs procureurs respectifs, les parties avaient précisé la clause relative à l'arbitrage. La clause stipulait ce qui suit:

« Soumission immédiate à l'arbitrage de tout différend pouvant surgir, dans l'avenir, au sujet de l'interprétation ou de l'exécution du contrat intervenu et ce, conformément aux dispositions du C.P.C.»

Selon la Cour, il y a eu accord de volontés pour soustraire à la juridiction des tribunaux ordinaires le règlement de tout différend ou de tout litige qui pourrait survenir entre les parties constituant ainsi un pacte compromissaire parfait¹⁸¹.

La Cour d'appel a aussi affirmé le principe selon lequel « le législateur peut laisser une grande liberté contractuelle aux parties dans l'aménagement de leurs rapports juridiques mais, lorsque des valeurs aussi fondamentales que la privation du droit de recourir à la justice publique sont en cause, d'autres considérations s'imposent »¹⁸². En cas de formulation imprécise, l'interprétation favorable à la subsistance du recours aux tribunaux sera appliquée. Par ailleurs, la clause qui prévoit qu'une partie « pourra porter sa cause en arbitrage » n'est pas selon la Cour une entente par laquelle les parties se sont obligatoirement engagées à recourir à l'arbitrage. La clause qui stipule qu'en cas de différend quant à l'interprétation du contrat, « l'une des parties pourra donner avis à l'autre de ce différend et demander un arbitrage » serait donc une clause facultative et conditionnelle¹⁸³. Ce qui veut dire que le recours à l'arbitrage ne serait pas une obligation.

¹⁸⁰ *Société immobilière 3000 Inc. c. Harvey*, [1985] C.A. 594. De plus, la cour précise aussi que par la référence au C.p.C., il y a eu acquiescement implicite à ce que la décision du tribunal d'arbitrage soit finale.

¹⁸¹ *Société immobilière 3000 Inc. c. Harvey*, , précité note 180.

¹⁸² *Desbois c. Industries Davie inc. (les)*, J.E. 90-994 (C.A., inf. J.E. 89-478).

¹⁸³ *Québec Combustion inc. c. Fidelity Insurance company of Canada*, (1980) C.S. 803. *Contra: Bridgepoint International (Canada) Inc. c. Ericsson Canada. Inc.*, J.E. 2001-1233 (C.S.); *Robitaille c. Centre Rail-control inc.*, J.E. 2001-1153 (C.S.).

Sous-section 3 : Tendence libérale : Vers une interprétation large des critères régissant la formation de la convention d'arbitrage

Débuté en 1942, un courant minoritaire a servi de base québécoise à l'interprétation plus libérale de l'arbitrage. En effet, dans un arrêt de la Chambre des Lords, Lord MacMillan indique les bases du raisonnement à suivre lorsqu'un juge est saisi d'une demande de sursis des procédures judiciaires fondée sur une convention d'arbitrage:

« Where proceedings at law are instituted by one of the other party, founding on the clause, applies for a stay, the first thing to be ascertained is the precise nature of the dispute which has arisen. The next question is whether the dispute is one, which falls within the terms of the arbitration clause. Then sometimes the question is raised whether the arbitration clause is still effective or whether something has happened to render it no longer operative. Finally, the nature of the dispute being ascertained, it having been held to fall within the terms of the arbitration clause, and the clause having been found to be still effective, there remains for the court the question whether there is a sufficient reason why the matter in dispute should not be referred to arbitration. »¹⁸⁴

En effet, notamment dans l'affaire *Standard Life c. Boulianne*¹⁸⁵, la Cour d'appel du Québec énonce que l'arbitrage constitue maintenant un contrat autonome, nommé et réglementé dans le C.c.Q. L'article 2638 C.c.Q. définit le concept d'arbitrage et l'article 2642 C.c.Q. établit que la convention d'arbitrage est distincte du contrat dans lequel elle est contenue. De plus, plusieurs jugements confirment qu'une interprétation large et libérale s'impose en la matière.

La Cour supérieure du Québec indique que « n'étant pas en droit public, la volonté des parties exprimée dans la convention doit primer » dans l'interprétation des critères

¹⁸⁴ *Heyman c. Darwins Ltd*, [1942] 1 All E.R. 337 (H.L.), Lord MacMillan.

¹⁸⁵ (1999) R.L. 341 (C.A.).

identifiant la convention d'arbitrage¹⁸⁶. Par conséquent, il est préférable de s'assurer de bien distinguer la jurisprudence antérieure à la réforme avec le courant actuel¹⁸⁷.

Par ailleurs, en 1985, dans l'affaire *Sport Maska inc. c. Zittner*¹⁸⁸, la Cour Suprême énonce sous la plume du Juge l'Heureux-Dubé ce qui suit:

« En principe ceci est déterminant. Si tant est toutefois qu'il soit nécessaire de dégager l'intention des parties, exercice auquel les parties elles-mêmes nous ont conviés, l'analyse des conventions intervenues confirme qu'il n'existait pas de différend entre elles et qu'à tout événement, les parties n'ont pas entendu se soumettre à l'arbitrage des intimés. »

En ce qui concerne l'autonomie de la convention d'arbitrage, la Cour suprême confirme que sa validité est indépendante du contrat. En fait, lorsque surgit un problème de validité de la convention d'arbitrage, le tribunal se doit de constater la nullité de la convention d'arbitrage uniquement et non celle de l'ensemble du contrat¹⁸⁹, et ce, tel que l'énonce également le C.p.c.

Ces principes relatifs au consentement devront être précisés davantage par la jurisprudence québécoise à venir. Entre-temps, selon le contexte actuel d'échanges économiques internationaux de plus en plus fréquents et importants, il est raisonnable de croire que la pratique de l'arbitrage interne et international, connaissant un essor marqué au Québec et au Canada, suivra la tendance actuelle de l'interprétation libérale des conditions de forme de la convention d'arbitrage, à moins, qu'une réforme stricte et concrète n'ait lieu relativement à l'article II(2) de la *Convention de New York* et à la Loi type, influençant ainsi la majorité des droits nationaux relatifs à cette question.

¹⁸⁶ *Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.)*, J.E. 94-1591.

¹⁸⁷ *Compagnie d'assurance Standard Life c. Boulianne*, précitée, note 185; Voir aussi *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Les Constructions Serge Sauvé ltée*, (1990) R.J.Q. 2784 (C.A.); (1991) R.D.I. 8 (C.A.); *Bridgpoint International (Canada) Inc. c. Ericsson Canada, Inc.*, précitée, note 183; *Montgrain c. St-Germain*, (1992) R.J.Q. 1864 (C.S.); *Romiga inc. c. Centre du pilote V.I.P. inc.*, A.E./P.C. 2002-1846 (C.Q.).

¹⁸⁸ précité note 31, infirmé pour d'autres motifs par (1988) 1 R.C.S. 564., no 109.

¹⁸⁹ *Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc.*, J.E. 90-278, C.S. (500-05-014808-891).

Bélanger c. 2846-7405 Québec inc., (C.S., 1991-05-17), J.E. 91-1064.

CHAPITRE 2 : LES EXIGENCES DE L'ARTICLE II(2) DE LA *CONVENTION DE NEW YORK* : PROBLÈMES ET SOLUTIONS

Présentement, soixante États élus pour des termes de six ans composent la CNUDCI représentant les différentes régions géographiques, systèmes économiques ou juridiques. Le Canada est présentement membre réélu depuis juin 2001. La CNUDCI à sous son égide différents groupes de travail dont celui en arbitrage.

Dans le contexte des changements reliés aux nouvelles technologies et dans l'optique de clarifier l'interprétation relative à l'application de l'article II(2) de la *Convention de New York*, la CNUDCI a pris l'initiative d'étudier cet article et d'en proposer une réforme et une mise à jour¹⁹⁰. Avant d'aborder ces initiatives, voyons d'abord la structure et les exigences de l'article II(2).

SECTION 1 : Les exigences de l'article II(2) de la *Convention de New York*

L'article II de la *Convention de New York* se lit 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 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.»

¹⁹⁰ CNUDCI, Règles uniformes sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation-Rapport du Secrétaire général, (20 au 31 mars 2000), 32^e session, document [A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1], paragraphes 1-40.

En effet, le premier alinéa de l'article II impose aux États de reconnaître les conventions écrites. Quant au deuxième alinéa, il précise ce qui est entendu par les termes « convention écrite ». Finalement le troisième alinéa énonce que si les parties ont conclu une convention d'arbitrage au sens de l'article II, le tribunal renverra les parties à l'arbitrage, à moins qu'il ne constate que la convention est caduque ou impossible d'exécution.

L'article II impose-t-il à tous les États de reconnaître la validité des conventions d'arbitrage dès qu'elles satisfont aux conditions de forme y étant exigée? Les États peuvent-ils assujettir les conventions d'arbitrage à des conditions de forme plus rigoureuses que celles de l'article II(2) ? Peuvent-ils exiger, par exemple, et ce, en plus des critères de l'article II(2), que la clause compromissoire soit prévue dans un acte séparé¹⁹¹ ou que le compromis soit passé sous une forme authentique¹⁹²?

Le problème de l'article II(2) est de déterminer si son libellé datant de 1958, est aujourd'hui adapté au cadre des nouvelles technologies et des moyens de communication actuels. Il semble important de s'assurer que l'application de cette disposition par les juges étatiques et par les arbitres respecte la volonté et le consentement des parties à soumettre leur litige à l'arbitrage et ce, même si les critères énoncés à l'article II(2) semblent ne pas être respectés due à une interprétation parfois trop restrictive.

Il faut donc déterminer si l'article II(2) énonce une règle de droit uniforme qui remplace les exigences de forme prescrites par les droits nationaux ou s'il vise simplement à préciser l'interprétation et le domaine d'application de la *Convention de New York* en le restreignant à certaines conditions de formes? Par exemple, si l'on retient la première approche à l'effet que l'article II(2) de la *Convention de New York* établit une règle de droit uniforme, les parties à la convention d'arbitrage seraient

¹⁹¹ Tel est le cas en Allemagne.

¹⁹² Tel est le cas en Espagne.

donc obligés de s'y soumettre sans pouvoir y ajouter des conditions de forme supplémentaires ou plus strictes. Des tribunaux suisses, autrichiens et allemands ont appliqué ce raisonnement¹⁹³. Ce ne fut toutefois pas aussi clair dans d'autres pays, tel en Italie¹⁹⁴.

Dans cette section nous allons donc analyser en premier lieu la structure de l'article II(2) à la lumière de l'interprétation qu'en font les tribunaux et en deuxième lieu, les solutions proposées par la CNUDCI.

Sous-Section 1: Les travaux préparatoires de l'article II(2) de la *Convention de New York*¹⁹⁵

Les travaux préparatoires relatifs à la rédaction de la *Convention de New York* nous donnent un aperçu des discussions entre les États relativement à l'insertion de l'article II(2) dans la *Convention de New York*. C'est à travers un projet rédigé par la CCI¹⁹⁶ que les premières esquisses de l'article II de la *Convention de New York* ont été élaborées. L'objectif visé était différent de celui des conventions précédemment adoptées, tels le Protocole de 1923¹⁹⁷ ou la Convention de 1927¹⁹⁸ dont l'objectif était simplement de favoriser les rapports commerciaux entre les États y ayant adhéré. La *Convention de New York* quant à elle avait une plus grande ambition et visait à mettre

¹⁹³ Sentence rendue le 8 juin 1976 par le Tribunal cantonal de Genève, (1976) 1 *Yearbook commercial Arbitration* 195 ; Oberster Gerichtshof, sentence rendue le 17 novembre 1971, (1976) 1 *Yearbook commercial Arbitration* 182 et Bundesgerichtshof, sentence rendue par le tribunal allemand le 12 février 1976, (1978) *Yearbook commercial Arbitration* 12.

¹⁹⁴ En 1971, la Cour de cassation italienne ((1976) *Yearbook commercial Arbitration* 3620/1971) a indiqué que la *Convention de New York* modifiait le droit italien et imposait à l'Italie de reconnaître la validité de la convention d'arbitrage si celle-ci était conclue par télégrammes ce qui n'était pas admis par le droit italien jusqu'alors qui exigeait un acte signé par les parties (selon l'article 808 du Code de procédure italien). Le renversement de cette jurisprudence s'est produit dans un arrêt rendu en 1976 par la Cour de cassation italienne ((1978) III *Yearbook commercial arbitration*, no 17) dans le cas d'un contrat se référant à un document prévoyant un arbitrage. La Cour refusa de reconnaître la validité de cette clause en considérant que le consentement n'avait pas été donné «de façon spécifique» car l'écrit se rapportait à un accord plus large, et non à la clause d'arbitrage. Il ne suffisait pas de considérer la *Convention de New York*, mais il fallait se reporter à une loi nationale qui, selon l'article 1341 du Code civil italien exigeait une approbation spéciale pour la clause compromissoire.

¹⁹⁵ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphe 95.

¹⁹⁶ *Chambre de commerce internationale*, précitée, note 4.

¹⁹⁷ *Protocole de 1923*, précité, note 72.

¹⁹⁸ *Convention de 1927*, précitée, note 73.

en place un jus gentium (« droit des gens »)¹⁹⁹ en matière d'arbitrage en établissant un nouveau régime juridique qui serait appliqué dans les États parties à la Convention à tous les arbitrages « internationaux ». Cette approche représentait une « considérable simplification en permettant de se référer à une seule réglementation dans les cas où l'arbitrage interviendrait entre des ressortissants des États contractants dans les cas des rapports de droit présentant un caractère international »²⁰⁰.

Vu qu'aucune exigence formelle de forme n'existait clairement avant la *Convention de New York*, la convention d'arbitrage devait, par conséquent, être soumise aux exigences de forme du droit national relié au lieu où la convention d'arbitrage était conclue :

« Consequently, the question of whether an arbitration agreement had to comply with any requirement as to its form had to be determined under some national law, usually the law of the place where the arbitration agreement was concluded. »²⁰¹

Ce fût initialement la Pologne, les Pays-Bas, le Royaume Uni et la Suède qui ont proposé lors des débats d'insérer dans la *Convention de New York* un article, qui devint l'article II(2), précisant les conditions auxquelles les États devaient reconnaître une convention d'arbitrage. En effet, le Professeur Albert Van Den Berg décrit la genèse de l'article II(2) de la Convention et explique comment le projet de Convention a fini par inclure la notion de l'écrit et spécifiquement la référence à l'échange de lettre ou de télégrammes:

«The ECOSOC [Conseil économique et social des Nations Unies] *Draft Convention of 1955* prescribed the written form for the arbitration agreement. It provided that, in order to obtain enforcement of an award, the party seeking enforcement had to prove that the parties had agreed in writing to settle their differences by means of arbitration. However, it failed to state what constituted an agreement in writing, and this question would presumably have reverted again to municipal law. The latter

¹⁹⁹ Historiquement, il s'agit du droit commun à tous les peuples, par opposition au « jus civile » propre aux citoyens romains uniquement. L'expression « droit des gens » ou « droit des nations » a aujourd'hui le sens de « droit international public », selon A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p.140.

²⁰⁰ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 204.

²⁰¹ N. KAPLAN, *op. cit.*, note 54, p. 2.

worried the Dutch delegate, and right at the beginning of the New York Conference, he proposed to add that 'Agreement in writing shall be held to include exchange of letters or telegrams »²⁰².

L'auteur poursuit en expliquant la conséquence de cette intervention du délégué des Pays-Bas:

« Subsequent to the submission of this proposal, the Conference decided to prepare an additional Protocol concerning the validity of arbitration agreements. The Working Party II in charge of preparing the Protocol based its draft on the Dutch proposal and elaborated it as the present text of Article II(2). What happened thereafter has already been mentioned: at one of the last sessions of the New York Conference it was decided to insert in the new Convention itself the provisions which were intended for the additional Protocol. Such was the genesis of Article II(2). »²⁰³

Plus précisément, quant à l'exigence de la forme insérée à l'article II(2), les représentants aux négociations se sont entendus à ne pas supprimer la référence quant à l'exigence de la forme écrite tel que le proposait la Belgique [nos soulignements]:

« The President invited discussion on paragraph 2 of the Netherlands draft : Mr Matteucci (Italy) felt that paragraph 2 should indicate that an exchange of letters or telegrams did not exhaust all the possibilities. Signed minutes of a conversation might also constitute an agreement in writing. Mr Bakhtov (Union of Soviet Socialist Republics) expressed a preference for the text of the Working Party, in article 1(2) of its paper, over the Netherlands Version. He could not accept the words "confirmation in writing by one of the parties without contestation by the other party". Mr Wortley (United Kingdom) agreed. In common law, the failure to do something could not constitute an estoppel. Mr Herment (Belgium) proposed the deletion of paragraph 2. Mr Arnaud (France) observed that such a deletion would give a very broad meaning to the words 'any agreement in writing' in the paragraph just adopted. The Belgian proposal was rejected by 16 votes to 5, with 2 abstentions [...] The Working Party's draft (E/CONF.26/L.52) was adopted by 19 votes to none, with 5 abstentions. »²⁰⁴

Bien que les travaux préparatoires soient peu loquaces sur la mise en place de l'article II(2), il est toutefois clair que les participants voulaient inclure la prescription de

²⁰² A. VAN DEN BERG, *op. cit.*, note 204.

²⁰³ A. VAN DEN BERG, *Id.*, note 204.

²⁰⁴ Albert VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, Éditions Kluwer, 1981, 466.

l'écrit comme en font preuve le rejet de la proposition belge de supprimer l'article II(2).

Deux objectifs ressortaient des discussions des créateurs de l'article II(2). Le premier découlait de la nécessité de s'assurer que les parties réalisent qu'elles donnaient leur accord à l'arbitrage. D'ailleurs, la majorité des États désiraient exclure tout consentement oral ou tacite²⁰⁵. Le deuxième objectif visait une harmonisation des différentes règles existantes relativement à la forme écrite de la convention d'arbitrage:

« Notwithstanding the sparse discussion, two points can be deduced from the legislative history. The first is that the purpose of the written form as required by Article II(2) can be assumed to be the same as it is, in general, for the national laws on arbitration. As noted above, that purpose is to ensure that the party is aware that he is agreeing to arbitration. This purpose was apparently so self-evident that it was not even discussed at all. The second point is that the object of defining what constitutes an arbitration agreement in writing in the Convention was to remedy the divergence of the national laws regarding the form of the arbitration agreement. The fact that a definition is provided in the Convention makes it clear that the intention of the drafters was to replace the differing provisions of the national laws in this respect. In other words, their object can be presumed to be to provide for a uniform rule for the formal validity of the arbitration agreement.”²⁰⁶

Il semble donc clair que l'objectif principal qui ressort des travaux préparatoires était avant tout d'harmoniser les règles de droit interne et de proposer à travers l'article II(2) une règle uniforme internationale qui répondrait à cette préoccupation. Afin d'atteindre cet objectif, cette règle devait rester large et inclure, sans nécessairement les énumérer, toutes les possibilités auxquels les délégués avaient pensé à cette époque.

²⁰⁵ *Id.*, p. 3.

²⁰⁶ A. van den BERG, *loc. cit.*, note 201.

Sous-Section 2: Les exigences particulières et la structure de l'article II(2) de la Convention de New York

Rappelons les termes exacts de l'alinéa 2 de l'article II de la *Convention de New York*:

« 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 ».

L'alinéa 2 de l'article II a donc comme objectif de définir la notion de "convention écrite" afin de justifier si une convention d'arbitrage existe selon l'alinéa 1 de l'article II.

Paragraphe 1 : « Clause compromissoire ou compromis »

La première exigence qui se retrouve à l'alinéa 2 est le fait qu'il doive s'agir soit d'une clause compromissoire insérée dans un contrat soit d'un compromis. Cet aspect de l'article II(2) ne pose pas de problèmes quant à l'interprétation ou l'application de la forme écrite²⁰⁷. C'est plutôt les autres exigences de l'alinéa 2 qui peuvent poser problème. Voyons donc plutôt ces autres aspects de l'article II(2).

Paragraphe 2: Un écrit « signé »

L'exigence d'un écrit signé est la deuxième condition spécifique de l'article II(2). Mais qu'est-ce qu'on considère comme un écrit signé? Il y a des formes traditionnelles et des formes plus « modernes » s'apparentant à l'acte de signature. C'est cette différence entre les formes de signature qui n'est pas spécifiée

²⁰⁷ Infra, p.10

expressément à l'article II(2) et qui porte donc à différentes interprétations. Par exemple, le C.c.Q. définit la signature comme suit :

« 2827. La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. »

Toutefois, la signature peut également être électronique ou encore être remplacée par le comportement des parties dans un contexte de commerce:

« 2831. L'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu. »

La signature est un élément déterminant du document sur papier puisqu'elle permet d'en reconnaître l'auteur et d'authentifier son contenu. En effet, le signataire consent de façon claire à être lié par les droits et obligations qui se rattachent au document. La signature constitue ainsi une manifestation de la volonté et du consentement du signataire²⁰⁸.

À première vue, la preuve de la signature n'est pas une chose compliquée tel que l'écrivent notamment les auteurs Trudel, Lefebvre et Parisien :

« Néanmoins, à la différence de l'écrit, la signature pose assez peu de difficultés dans la mesure où généralement, elle n'est pas directement reliée au médium «papier». »²⁰⁹

En effet, vu le développement technologique des communications, l'exigence d'un contrat « signé » semble s'être assouplie, et ce particulièrement dans le cas de relations commerciales de longues dates et dans les cas où les principes de bonne foi sont respectés. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse écrit ce qui suit à ce sujet :

²⁰⁸ Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 5.

²⁰⁹ *Id.*, 59.

« We must add that, in particular situations, a certain behavior can replace compliance with a formal requirement according to the rules of good faith. This is exactly the case here: The parties, which have a longstanding business relationship, base it in fact on general conditions - containing the arbitration clause at issue. Further, the shipper itself has filled in the bill of lading before returning it to the carrier, which signed it. The carrier had the right to believe in good faith that the shipper, its business partner since several years, approved of the contractual documents which it had filled in itself, including the general conditions on the back, among which the arbitration clause. »²¹⁰

Dans ce contexte, les documents écrits non-signés deviennent de plus en plus nombreux et l'exigence d'une signature devient donc de plus en plus discutable.

Il faut également établir si la convention d'arbitrage doit être prouvée par des moyens de preuves plus strictes que les termes généraux de base établissant le contrat initial. En effet, l'exigence de signature impose un degré de preuve plus élevé que la simple entente écrite entre les parties : « *Why on earth should the arbitration clause in the contract require to be established by any higher degree of proof than the basic contractual terms themselves?* »²¹¹.

L'exigence de signature traditionnelle est donc certainement trop restrictive par rapport à l'application de l'article II(2), d'où le débat sur le concept de «signature électronique».

La CNUDCI s'est penché à fond sur cette question de signature traditionnelle et de signature électronique. Nous allons aborder cette question plus en détails dans la prochaine section lorsque nous traiterons des aspects électroniques reliés à la forme écrite de la convention d'arbitrage.

²¹⁰ *Compagnie de Navigation et Transports c. Mediterranean Shipping Company*, sentence rendue le 16 janvier 1995 par le Tribunal Fédéral, (1996) 21 *Yearbook Commercial Arbitration*, pp. 697-8.

²¹¹ N. KAPLAN, *loc. cit.*, note 54, p. 27.

Paragraphe 3: « Échange de lettres »

La *Convention de New York* a voulu prendre en compte la possibilité que les parties aient indiqué à travers des échanges de lettres leur intention de recourir à l'arbitrage. La situation la plus délicate est en effet celle des documents séparés du contrat initial car ils ne sont pas couverts explicitement par l'article II(2)²¹². Selon plusieurs tribunaux, afin de reconnaître une convention d'arbitrage dans un contexte d'échange de lettres, la « proposition d'arbitrage » écrite doit également être acceptée par écrit par l'autre partie²¹³. Toutefois dans certains cas plus rares, le silence de l'autre partie dans un échange de documents pourra constituer un acquiescement.

En premier lieu, qu'est-ce qu'un acte séparé ? Il peut s'agir d'échange de lettres, de documents afférents au contrat principal ou encore d'un autre contrat relié au contrat principal.

Un bon exemple est celui où l'une des parties envoie à l'autre, suite à la conclusion d'un contrat, une lettre de confirmation ou une facture, comportant une clause compromissoire et que l'autre partie ne la conteste pas²¹⁴.

La clause peut également se retrouver dans un « contrat relié », appelé « contrat ou clause par référence » ou encore faire mention des « conditions générales d'affaires ». Mais qu'est-ce qu'une clause par référence ? L'auteur Gautrais l'énonce ainsi:

« Les clauses par référence sont celles où la clause compromissoire est simplement mentionnée sans être expressément nommée dans le corps du contrat. Cette pratique courante est notamment utilisée dans le cadre de relations suivies entre initiés et où la seule mention à une institution en particulier est faite».²¹⁵

²¹² V. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 51, p. 4.

²¹³ *Tracom S.A. c. Sudan Oil Seeds Company*, rendu le 5 novembre 1985, (1987) XII *Yearbook Commercial Arbitration*, pp. 511-514. Dans cette affaire suisse, le Tribunal énonce ce qui suit : « A printed contract can easily be the subject of an exchange of letters [...] in order for an arbitration clause to be valid, the written proposal of one party should be accepted in writing by the other party and this acceptance communicated to the proposing party ».

²¹⁴ Voir R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 284.

²¹⁵ GAUTRAIS, Vincent, BENYKHLEF, Karim et TRUDEL, Pierre, « Les limites approuvées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal » (1999) 33 *R.J.T.* 537

De plus, dans certains cas, l'acceptation écrite ne doit pas nécessairement faire référence à la clause d'arbitrage mais au contrat en général²¹⁶. À cet effet, la doctrine démontre deux courants. D'une part, l'auteur Van Houtte démontre un exemple du premier courant en ce qu'il mentionne qu'une clause d'arbitrage s'applique à tous les contrats reliés au contrat principal²¹⁷. Ainsi, il écrit la prémisse suivante:

*«An arbitration clause contained in one or some contracts of a group of related contracts can extend to other contracts of the group ».*²¹⁸

Le professeur Oppetit indique que la référence aux contrats reliés n'est pas automatique et ne peut être présumée. Les tribunaux prendront en compte tout élément factuel. Il l'explique ainsi :

«The reference to related contractual documents has in itself no automatic effect; that its efficacy requires that the contract party against whom the related documents are relied upon, was aware of their incorporation in the contract and has had a real opportunity to know their content. The decisions will depend *inter alia* on whether the parties involved are both professionals, or whether one is a non professional, submitting to a standard contract of a stronger professional party; whether the contract is an isolated contract or one of a series in a framework of ongoing relations; whether the clause in the general conditions is atypical for that trade or type of business or merely reflects what has already become a custom for a particular type of trade or contract»²¹⁹

Ainsi, l'expertise d'une des parties ou leur type de relation d'affaires (ou contractuelles) peut influencer la reconnaissance d'une clause d'arbitrage insérée

²¹⁶ La Cour écrit en effet: «The written acceptance does not need to refer especially to the arbitration clause: it can concern the contract as a whole», Obergericht Basel-Land, DIETF v. RF AG, 5 July 1994, (1996) XXI *Yearbook Commercial Arbitration*, p. 686, no. 3.

²¹⁷ Tribunal Fédéral, 21 March 1995, (1987) XII *Yearbook Commercial Arbitration*, p. 511. Relativement à cette cause, l'auteur Van Houtte, *Supra*, mentionne ce qui suit à la page 5: «An interesting decision followed from a main reinsurance contract between a Swedish insurer and a Swiss reinsurer, which contained an arbitration clause. Thereafter four secondary reinsurance agreements were concluded which contained only a few essential elements and no arbitration clause. The Swiss Tribunal Fédéral addressed, first, the question as put to it by the parties, i.e. under which law the validity of the arbitration clause contained in another document than the (secondary reinsurance) agreement under which the dispute arose, was to be decided. The court thereafter analysed the issue as one, not of validity of the arbitration agreement (as it was contained in the (main) reinsurance agreement it was without doubt valid under Article II of the New York Convention), but one of the scope of this arbitral clause and in particular whether it also applied to the secondary agreements, even when these did not even refer to it.»

²¹⁸ V. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 51, p. 5.

²¹⁹ B. Oppetit, « La clause arbitrale par référence », *Rev.Arb.*, 1990, 551.

dans un contrat lié, et ce, d'autant plus si la partie est spécialisée dans une certaine branche professionnelle, connaissait ou devait connaître la clause en question²²⁰.

La jurisprudence internationale a analysé la portée des documents séparés²²¹, notamment dans une cause française bien connue relativement à l'interprétation de la convention d'arbitrage. L'affaire *Bomar Oil c. ETAP*²²² est un litige survenu dans le cadre de la vente de pétrole par une entreprise turque à travers un échange de « Téléx ». L'auteur Van Houtte analyse cette décision et conclut ce qui suit :

« Reference was made in these telexes to the general conditions of ETAP's standard agreement, which contained an arbitration clause. The French Cour de Cassation in a first decision considered that the conditions of Article II(2) were not fulfilled and that the arbitral tribunal therefore had no jurisdiction. Ten years later and after the Court of Appeal had held that the New York Convention was not applicable, the Cour de Cassation upheld the arbitral tribunal's decision that it had jurisdiction over ETAP and Bomar Oil, on the grounds that Bomar Oil had accepted ETAP's proposals which formally referred to its standard contract, of which Bomar Oil had previously received a copy. Bomar Oil thus had *knowledge* of the arbitral clause and through its silence, had *accepted* the incorporation of the standard contract, including its arbitration clause, to the main contract.»²²³

La Cour révisé le jugement de première instance et juge que le silence de Bomar Oil, suite à la réception du Téléx, constitue un acquiescement tacite à la proposition écrite relative à une convention d'arbitrage. En effet, un document relié est valide dans la mesure où l'autre partie connaissait l'existence de ce document :

« In international arbitration, the arbitral clause contained in general conditions to which the exchange of correspondence refers, is valid even if there is no reference to it in the main contract, provided the party against whom the clause is invoked, had knowledge of the document at the time the contract was concluded and has accepted - even silently - its incorporation into the contract. This acceptance indeed does not need to

²²⁰ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 280. L'auteur mentionne également à cette page, qu'en Écosse et aux États-Unis, les tribunaux ont indiqué qu'une personne ne pouvait pas se voir opposer la clause compromissoire contenue dans le règlement d'une association commerciale dont elle ne faisait pas partie.

²²¹ Albert Van Den Berg, «Consolidated Commentary of Court Decisions on the New York Convention», (1996), *XXI Yearbook Commercial Arbitration*, p. 428. Différents autres cas de ce type sont analysés par ce même auteur.

²²² Paris, 20 janvier 1987, *Rev.Arb.*, 1987, 482.

²²³ V. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 51, p. 9, en citant comme exemple, l'affaire Bomar Oil.

be explicit, but can result from the absence of protest, the performance without reserve of the agreement or the reception without protest of such documents as letters, invoices, etc. containing the reference to the general conditions. Likewise, in another case of continuous business relations the arbitration clause was considered valid".²²⁴

Ainsi, le silence pourrait constituer un acquiescement dans certains cas. Toutefois, certains documents échangés entre les parties ne constituent pas automatiquement un acquiescement. C'est notamment le cas dans une affaire soumise à un tribunal suisse où le destinataire d'une offre, qui contenait une clause compromissoire, avait manifesté son acceptation seulement en émettant une lettre de crédit au profit de l'offrant. Le tribunal jugea qu'il n'y avait pas dans ce cas de «convention écrite, au sens que donne à cette expression l'article II(2) de la *Convention de New York*²²⁵.

Il est vrai que le silence peut parfois constituer un acquiescement, toutefois, dans certains domaines, tel le droit maritime, les tribunaux ont encore tendance à exiger concrètement une preuve écrite. L'auteur Cachard l'explique ainsi :

« Dans un système consensualiste, le silence circonstanciel peut constituer un mode d'expression du consentement. Il faut toutefois constater qu'en matière d'acceptation des clauses relatives à la compétence internationale figurant dans les connaissements, la jurisprudence ne manifeste pas la même faveur au silence du chargeur ou du destinataire. Elle exige au contraire que les parties expriment leur volonté. L'écrit conserve une valeur prépondérante: les tribunaux examinent encore la signature du chargeur ou les mentions manuscrites qu'il a portées sur le connaissement. [...] Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence rendue en matière maritime se caractérise par une moins grande souplesse que dans d'autres secteurs des affaires internationales. »²²⁶

Cette tendance semble suivre celle de certains droits nationaux. Le droit français, le droit Belge ou encore le droit anglais semblent rejeter la jurisprudence qui avait jusqu'alors admis que le silence d'une partie puisse valoir acceptation²²⁷.

²²⁴ *Id.*, 9.

²²⁵ Trib. Cantonal de Genève, 9 juin 1967, *Sem. jur.* 1968, 56 ; M. SHWARTZ, « la forme écrite de l'article II, al. 2 de la *Convention de New York* du 10 juin 1958 », *Rev. Suisse de jur.*, vol.64 (1968), 49.

²²⁶ O. CACHARD, *op. cit.*, note 50, paragraphe 134.

²²⁷ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, pp 203 et 284.

La clause compromissoire insérée dans des contrats reliés demande parfois une approbation spéciale et spécifique, dans le cas des rapports entre commerçants dans certains pays, dont notamment en Angleterre²²⁸, aux États-Unis²²⁹, en Allemagne²³⁰, en Finlande²³¹, en ex-U.R.S.S.²³², en Bulgarie²³³ ou encore en Tchécoslovaquie²³⁴. Toutefois, il semble que les conditions générales d'affaires doivent concerner de façon certaine la clause d'arbitrage. Comme le précise l'auteur David:

« Une solution similaire a été admise par la jurisprudence en Allemagne fédérale. Aux États-Unis, inspirés par la même idée, de nombreuses décisions peuvent être citées, qui établissent une distinction: le renvoi fait dans un contrat, sans autre précision, à des conditions générales d'affaires, est interprété comme une adhésion aux « règles de fond » qui dans ces conditions générales concernent l'aspect économique de l'opération commerciale, mais il ne suffit pas pour incorporer au contrat les « règles accessoires » qui peuvent figurer aux conditions générales, en particulier celles qui peuvent y prévoir le recours à l'arbitrage.»²³⁵

Toutefois, une référence au contrat dans son entier peut suffire, tel que l'explique l'auteur Alvarez:

« The agreement resulting from an exchange of written documents need not explicitly mention the arbitration clause; reference to the contract in its totality suffices. In Bomar Oil, the Court of Appeal of Versailles held that the New York Convention does not prevent parties from agreeing to arbitrate by reference to a separate document that contains an arbitration clause. [...] Swiss and French courts have rendered judgments that contribute to clarify the meaning of Article II(2) of the New York Convention on this point.»²³⁶

²²⁸ *Fehr (Frank) & Co. c. Kassen Jivnaja & CO., Ltd.* (1949) 112 *Lloyd's L.R.* 673.

²²⁹ *Level Export Corp. c. Wolz. Aiken & Co.* (1953) 305 N.Y. 82.

²³⁰ RG. dans J.W. 1922, 706.

²³¹ Cour suprême de Finlande, KKO: 1953, 1er octobre 1953, renversant sa jurisprudence antérieure.

²³² *Soiuzprometeksport c. Pratus* (1939), cité dans Ramzaitsev, 15.

²³³ *Décision No 56/66* de la Commission d'arbitrage bulgare, citée par Kojouharoff, 156.

²³⁴ *Décision No 114/69* de la Commission d'arbitrage, citée par Stastny, *Rev. arb.* 1973, 111.

²³⁵ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 270. En ce qui concerne la jurisprudence allemande, voir : *BGH*, 24 septembre 1952, *Rev. arb.* 1955. 44. Relativement à la jurisprudence américaine, voir l'analyse de cette jurisprudence dans 41 *American Law Reports*, 2d (1955), 879. La même distinction a été faite parfois en Italie: RIBOLZI, *Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turin, UTEC, 1974, p. 436.

²³⁶ H. C. ALVAREZ Henri C., *loc. cit.*, note 78, 4.

Une référence spécifique dans un contrat à des conditions générales séparées ne semble donc pas, selon l'auteur Alvarez, affecter la validité de la clause d'arbitrage. Toutefois, les opinions divergent lorsque la référence à la clause d'arbitrage est générale et non spécifique. Certains prétendent qu'une référence générale est insuffisante. D'autres l'acceptent en autant que les parties sont familières avec ces conditions générales.

À ce sujet, certains auteurs énoncent que l'article II(2) pourrait même s'appliquer à des situations plus larges:

« A "defined legal relationship" in Article II is not limited to contractual relationships. Thus, an arbitration clause drafted widely enough would allow for claims in tort or unjust enrichment to be covered. If, on the other hand, the drafting of the arbitration agreement too narrowly refers to such things as disputes "in relation to the contract" itself, these disputes would not be allowed. If the clause were drafted too widely, it might be challenged on the basis that there was no particular defined legal relationship that supported it, - although a court could read the provision down to ensure validity. »²³⁷

Ainsi, le lien juridique entre deux parties peut dépasser largement la relation contractuelle. Il est donc important de définir si l'exigence de forme doit s'élargir également.

Paragraphe 4 : « Télégrammes »

Avant de discuter de l'interprétation même de ce qui est considéré ou non comme un « télégramme » selon l'article II(2), il est essentiel de définir les différents termes de communication reliés à l'exigence de l'écrit. En ce qui concerne le terme « télégramme », le Petit Larousse²³⁸ le définit ainsi :

« Télégramme: Communication, message transmis par télégraphie »

²³⁷ Richard GARNETT, Henry GABRIEL, Jeff WAINCYMER et Judd EPSTEIN, *A Practical Guide to International Commercial Arbitration*, New York, Oceana Publications 2000, Paragraphe 4.2.14.

²³⁸ *Le Petit Larousse*, Les Éditions Françaises, Paris, 1994, 994.

Le terme « télégraphie » est quant à lui défini comme suit:

« Télégraphie: Système de télécommunication dans lequel les informations transmises sont destinées à être enregistrées à la réception sous forme de document graphique».

Cette définition semble à première vue, s'apparenter à la forme actuelle de ce qu'est une « télécopie ». Toutefois, cette dernière se distingue du télégramme en ce qu'elle comporte la notion de transposition d'image et non seulement de message ou de texte :

« Télécopie: Procédé de télécommunication, associant la téléphonie et la numérisation d'image, qui permet de transmettre un document graphique en fac-similé. »²³⁹

Par conséquent, la définition du terme « télégramme » n'inclut pas la télécopie. C'est donc seulement à travers une interprétation large, libérale et téléologique que nous pouvons l'inclure dans les exigences de l'article II(2) de la *Convention de New York*. En effet, l'article II(2) mentionne expressément que les télégrammes respectent l'exigence de forme prévue par cette disposition. De plus, à ce jour, il est admis que cette référence au terme « télégramme » dans la *Convention de New York* peut et même doit être interprétée de façon large afin d'inclure les formes modernes de communication tels que les télécopies ou les messages électroniques (courriels) lorsque qu'une confirmation d'envoi peut être extraite. À ce sujet, l'auteur Van Houtte énonce ce qui suit :

« It is accepted that the New York Convention's reference to telegrams can be interpreted broadly so as to cover more modern forms of communication, such as telefaxes. Faxes raise the specific problem, however, that the back of the original document is not automatically transmitted simultaneously with the recto-side. Even if the recto-side refers to the general conditions, including an arbitration clause, on the verso-side, the addressee of the fax may rightly claim that he was not

²³⁹ Quant à la définition de "fac-similé", le *Petit Larousse* indique ce qui suit: « Reproduction d'un écrit par procédé photographique. », id., 426.

advised of the arbitration clause and therefore could not possibly have accepted it. There are few, if any, precedents on this issue. »²⁴⁰

Certains problèmes peuvent toutefois survenir dans le cas de télégrammes ou de télécopies. Un exemple de « problèmes techniques » reliés à la télécopie est exposé dans une affaire, où une compagnie française a refusé d'admettre sa connaissance d'une clause d'arbitrage qui apparaissait sur le verso d'une confirmation de vente qui lui avait été transmise par télécopieur par la compagnie adverse, et ce après avoir renvoyé à cette dernière son acceptation à la confirmation de vente. La Cour a indiqué que malgré tout, la clause d'arbitrage devait être reconnue²⁴¹. Toutefois, nous pouvons argumenter que la compagnie française n'a pas vu le verso de la confirmation de vente. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincu qu'il y a eu consentement non équivoque de la compagnie française, et ce, malgré l'existence d'un écrit. Ceci est donc exemple de la nécessité de bien encadrer les nouveaux moyens de communication et donner des directives plus claires quant à l'interprétation de l'article II(2).

Par ailleurs, il faut admettre que les systèmes de communication évoluent de plus en plus rapidement. C'est dans cette optique qu'il faut interpréter le terme « télégramme » de l'article II(2). D'autant plus qu'en 1958, les rédacteurs de la *Convention de New York* ne connaissaient pas les termes « télécopieur » ou « courriel »²⁴². Par conséquent, ils n'auraient jamais pu, à cette époque, inclure ces termes dans l'alinéa 2 de l'article II. L'utilisation du terme « télégramme » indique toutefois le genre de communications que visaient les rédacteurs de la Convention. Ceci porte à conclure que la validité des versions modernes de ce type de communication pourraient être incluses dans les exigences de l'article II(2).

²⁴⁰ V. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 51, p. 4. Voir également l'affaire Obergericht Basel-Land, DIETF c. RFAG, sentence rendue le 5 juillet 1994, (1996) 21 *Yearbook of Commercial Arbitration*.

²⁴¹ Civ. 3^e, Mars 1992, *Rev.Arb.*1993.273, note Mayer.

²⁴² Pour une analyse de certaines causes relativement aux courriels, voir A. J. VAN DEN, « Consolidated Commentary of Court Decisions on the New York Convention », (1996) XXI *Yearbook Commercial Arbitration* 428.

Paragraphe 5: Les relations commerciales et les usages

Un autre aspect qui n'est toutefois pas mentionné explicitement à l'article II(2) mais qui doit être abordé dans l'analyse de cet article est le rapport commercial entre les parties et les usages commerciaux dans certains domaines et dans certains pays. Lorsqu'un nouveau contrat est conclu entre deux parties et ne comporte aucune clause compromissoire, pourrait-on considérer qu'une telle clause ait été tacitement incorporée au contrat car les relations commerciales antérieures entre les parties ou les usages le prévoient ainsi?

Relativement à la convention d'arbitrage, la question des usages survient dans le cas où une telle convention n'aurait pas fait l'objet d'un accord formel entre ces parties, mais qu'elle résulterait de la pratique habituelle des rapports d'affaires existant entre les parties²⁴³. Par conséquent, l'obligation de se soumettre à l'arbitrage peut-elle résulter du simple usage ? La jurisprudence n'est pas abondante à ce sujet²⁴⁴.

La coutume et les usages sont les piliers de l'interprétation des relations juridiques. La doctrine a défini d'une part, la coutume comme étant une règle juridique basée sur des usages anciens et répétés qui sont communément acceptés par la communauté²⁴⁵ et d'autre part, comme étant une pratique courante dans un milieu déterminé ou dans une profession à laquelle des personnes adhèrent sans que cette pratique ne repose sur des fondements juridiques²⁴⁶. Il est intéressant de rappeler que les usages ont été notamment codifiés à l'article 2 du Uniform Commercial Code²⁴⁷ américain et à l'article 1431 du C.c.Q., et ce, malgré les différentes interprétations

²⁴³ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 284.

²⁴⁴ R. DAVID, *Id.*, note 17, p.283.

²⁴⁵ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2001.

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Uniform Commercial Code*, en ligne : <<http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>> (consulté le 1er octobre 2005).

que la doctrine et la jurisprudence peuvent y accorder²⁴⁸. Concernant les usages, l'article 1434 C.c.Q. énonce ce qui suit :

« 1434. Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi ».

Cet article, qui traite de la force obligatoire et du contenu du contrat entre les parties reprend également le texte de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises²⁴⁹. En droit canadien, la doctrine en matière de preuve confirme que les usages font parties des sources de droit. Voici ce qu'écrit Jean-Claude Royer à ce sujet :

« Avant l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, les tribunaux ont toujours exigé que l'usage soit allégué et clairement établi sauf dans des circonstances rares et exceptionnelles. Par ailleurs, l'usage est une source de droit. Il peut être compris dans l'expression « droit en vigueur au Québec » énoncé au premier alinéa de l'article 2807 C.c.Q. Théoriquement, l'on peut soutenir que le Tribunal est tenu de prendre connaissance d'office de l'usage. En pratique, un juge ne peut connaître tous les usages susceptibles d'être invoqués pour interpellier ou compléter une convention. »²⁵⁰

Certaines difficultés peuvent également se présenter relativement à la force obligatoire des usages dans le contexte de l'exigence de forme de la convention d'arbitrage de la *Convention de New York* et ce, notamment lorsqu'on prend en compte la connaissance et la familiarité des parties relativement à un usage commercial spécifique dans le cadre duquel l'arbitrage est de coutume.

²⁴⁸ Relativement à la codification des usages, voir notamment, Lisa BERNSTEIN, « The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy : A Preliminary Study », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Conférence Certitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, 278 p. Pour une analyse de la codification en droit canadien, par exemple, Jean-Louis BEAUDOIN, op.cit, note 159 ou encore Louise ROLLAND, « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit », dans François Gény, *Mythes et réalités 1899-1999, Centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, 420 p.

²⁴⁹ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Nations Unies, New York, 11 avril 1980.

²⁵⁰ Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 2e éd., Yvon Blais, Cowansville, 1995.

Lorsque les tribunaux reconnaissent une convention d'arbitrage en se basant sur l'usage, ils semblent, à première vue, déroger à l'article II(2) de la *Convention de New York* qui exige une preuve écrite de la convention d'arbitrage tel que l'explique l'auteur Van Houtte:

« Trade usages can lead to the tacit conclusion of an arbitration agreement, as far as typical trade contracts of that trade are concerned and the parties involved are directly active in that particular trade». ²⁵¹

Tous les juristes s'entendent toutefois sur un point, il est difficile de déterminer et de s'entendre sur les usages selon les différents domaines, le degré de spécialisation dans ces domaines, les tendances à une période donnée et particulièrement la différence d'interprétation de ces usages d'un pays à un autre. L'auteur Coackley l'énonce ainsi:

« The difficulty with using industry custom as a basis for the formulation of international arbitration agreements is that the customs within and among countries differ. Several authors suggest that the international arbitration system is inherently biased against "non-western" countries. » ²⁵²

Tout en interprétant l'article II(2), certaines décisions prennent également en considération les « relations commerciales » établies entre les parties. Tout comme les usages, les "relations commerciales" entre les parties, concernent une pratique établie par ces parties. Mais contrairement aux usages, elles sont plus restreintes en ce qu'elles ne concernent que les parties elles-mêmes et peuvent, notamment être présumées à partir d'autres contrats ou ententes antérieures entre les parties. Tel que l'explique l'auteur David, il peut arriver que pour une majorité de parties en rapports d'affaires, la pratique se soit instaurée de régler leurs contestations par l'arbitrage ²⁵³.

²⁵¹ V. VAN HOUTTE, *op. cit.*, note 51, p. 5.

²⁵² C. COAKLEY, *loc. cit.*, note 105, 149.

²⁵³ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p.128.

Certains tribunaux ont accepté cette solution²⁵⁴ dont en Allemagne, en France avant le nouveau code de 1980²⁵⁵ ou en Pologne²⁵⁶.

Dans d'autres cas, les tribunaux ont indiqué qu'une référence implicite aux coutumes et usages du domaine des parties n'était pas suffisante pour conclure que les parties s'étaient entendues à soumettre leur litige à l'arbitrage²⁵⁷. De plus, dans d'autres cas, certains tribunaux²⁵⁸ ont reconnu la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage lorsque, outre les usages du domaine, la relation commerciale avait fait en sorte que dans un contrat antérieur entre les même deux parties mais relativement à un produit différent, les parties avait indiqué leur intention relativement à la convention d'arbitrage²⁵⁹. N'oublions pas qu'en France et dans d'autres pays, on a supprimé le doute en exigeant que la clause compromissoire soit stipulée par écrit²⁶⁰.

C'est peut-être dans cette optique que les rédacteurs de l'article II(2) n'ont pas explicitement mentionné les usages comme critère de reconnaissance de la convention d'arbitrage. Il ont ainsi clarifié la situation en exigeant un écrit, peu importe si cet écrit prouvait un usage ou une pratique commerciales suite aux « relations établies des parties ».

²⁵⁴ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 284.

²⁵⁵ Paris, 14 février 1970, *Rev. arb.* 1970, 148.

²⁵⁶ Voir affaire polonaise (Trib. de Varsovie) *Prawo c. Handlu Zagraniczny*, 1963, 88-97, Pisar 94.

²⁵⁷ Sentence rendue en 1993 sous les auspices de la CCI dans l'affaire no 7154, J.D.I. 4, 1993. Voir également A.J. VAN DEN BERG, *loc. cit.*, note 204, p. 421.

²⁵⁸ Décision du tribunal de Hamburg du 18 mars 1994, (1997) XXII *Yearbook Commercial Arbitration*, p.53.

²⁵⁹ V. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 51, p.6.

²⁶⁰ R. DAVID, *loc. cit.*, note 17, p. 203 et 283.

Sous-section 3 : L'interprétation littérale et téléologique

L'interprétation actuellement donnée à l'article II(2) diverge selon les droits nationaux, l'application qu'en font les tribunaux et selon les auteurs et les experts qui étudient la question.

Il est évident que la pratique actuelle en matière d'arbitrage diffère de ce qu'elle était en 1958, car l'arbitrage est aujourd'hui plus largement accepté et peut même être considéré parfois comme une pratique habituelle et non plus comme une exception. C'est notamment pour cette raison qu'il ne faut pas y appliquer une interprétation littérale mais plutôt téléologique.

Selon l'auteur Pierre-André Côté, l'interprétation littérale accordée à la formulation légale une importance prépondérante allant même jusqu'à exclure la considération de tout autre élément que le texte²⁶¹. Ce qui voudrait dire que selon cette interprétation, le terme « télégramme » de l'article II(2) ne permettrait aucun autre moyen de communication autre que le télégramme lui-même.

Toutefois, l'interprétation téléologique nous permet d'appliquer la *Convention de New York* conformément à la pratique actuelle dans le commerce international et ce d'autant plus que les tribunaux nationaux semblent adopter de plus en plus souvent une interprétation libérale de l'article II(2). C'est dans cet objectif que l'interprétation téléologique s'appuie sur l'objectif du texte législatif, tel que le précise l'auteur Pierre-André Côté :

« On peut supposer que chacune des dispositions d'un texte législatif possède une raison d'être, poursuit un objectif et que la réalisation de cet objectif concourt à l'atteinte des objectifs de l'ensemble des dispositions du texte. »²⁶²

²⁶¹ Pierre-André COTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1990, p.265.

²⁶² *Id.*, note 261, p. 355.

Tel que nous venons de le constater dans la sous-section précédente, cette méthode téléologique nous permet d'interpréter l'article II(2) comme englobant la télécopie et non seulement le télégramme. Cette même interprétation nous permet également d'aller plus loin en étendant l'application de l'article II(2) aux moyens de communications actuellement utilisés dans le commerce et les télécommunications électroniques.

SECTION 2 : L'article II(2) de la *Convention de New York* : problèmes et solutions

Sous-section 1 : Les travaux de la CNUDCI et du Groupe de travail II relativement à la réforme de l'exigence de la forme écrite

Dans le cadre de la CNUDCI²⁶³, un groupe de travail sur l'arbitrage intitulé « Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation » (ci après « Groupe de travail ») a été mis sur place. C'est ce Groupe de travail qui a ainsi reçu le mandat d'étudier les problèmes relatifs à l'exigence de l'écrit²⁶⁴ de l'article II(2) de la *Convention de New York*, et ce, en parallèle avec l'article 7 de la *Loi type* de la CNUDCI.

Le 10 juin 1998, la *Convention de New York* fêtait son quarantième anniversaire et en cette occasion, a été organisée la « Journée de la *Convention de New York* »²⁶⁵. Des exposés ont été présentés sur différentes questions²⁶⁶ dont notamment sur les problèmes pratiques reliés à l'exigence de la forme écrite selon l'article II(2)²⁶⁷. En fait, près de cinquante ans plus tard, la *Convention de New York* ne reflète pas nécessairement les besoins et réalités du commerce d'aujourd'hui et du droit qui l'encadre. L'auteur Gautrais explique cette approche historique comme suit :

« Cette approche historique est simple: il existe, en effet, une multitude de conventions ou dispositions nationales qui imposent l'écrit parce que ce mode de communication constituait, d'une part, la technique habituelle pour élaborer les documents en matière d'arbitrage, et, d'autre part, parce qu'à l'époque où lesdites dispositions furent édictées, il n'existait pas

²⁶³ CNUDCI, précitée, note 65.

²⁶⁴ *Règles uniformes sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation*, précité, note 190.

²⁶⁵ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 33e session, (Vienne, 20 novembre 2000), document [A/CN.9/485], par. 31.

²⁶⁶ *Rapport de l'Assemblée générale de sa cinquante-troisième session*, [A/53/1], Supplément no 17, par. 235. Voir également texts de la Journée de la *Convention de New York*, du Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Paris, 3 au 6 mai 1998, 1999, Kluwer Law International et d'autres conférences et réunions internationales, telles que la Conférence "Freshfields" de 1998. Voir également Gerald Herrmann, «Does the world need additional uniform legislation on arbitration? » *Arbitration International* vol. 15 (1999) no 3, p. 211.

²⁶⁷ NATIONS UNIES, L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la *Convention de New York*: Expériences et perspectives, New York, Publications des Nations Unies, 1999.

vraiment de modes alternatifs de communication. Tant les conventions internationales les plus récentes, que celles spécifiquement relatives à l'arbitrage, nous permettent donc de remarquer que, depuis les années 1980, une atténuation de l'exigence de l'écrit et de l'original se ressent, pour voir apparaître des formulations moins directement attachées au support.»²⁶⁸

C'est dans cet esprit que la CNUDCI a abordé l'étude d'une possible réforme qui viserait à adapter l'article II(2) aux réalités d'aujourd'hui. D'ailleurs, c'est plus précisément à sa trente et unième session tenue en 1998 que la CNUDCI, se référant aux discussions qui ont eu lieu lors de la Journée de la *Convention de New York*, a considéré qu'il serait utile et surtout nécessaire de débattre de l'interprétation et de l'application de l'article II(2) et de l'article 7 de la *Loi type*. À ce sujet et tel que l'indique le rapport de la 53^e session de l'Assemblée Générale²⁶⁹, un des conférenciers de cette journée a indiqué :

«The New York Convention reflects the realities of international arbitration of the 1950s. It is still a surprisingly modern instrument. The means of communication have drastically changed in the last 40 years. The definition of "agreement in writing" in article II(1) of the Convention was already out of fashion a few years later, as reflected in article 1(2)(a) of the European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva, 1961). However, article 7 of the UNCITRAL Model Law contains a definition, which is still up-to-date and satisfactory. Therefore, it would be advisable to provide in the new convention a definition of "agreement in writing" on the basis of an extensive interpretation of the definition in the Model Law and in any case make it clear that the term "in writing" covers all means of communication which can be evidenced by text, as in article 178 of the Swiss Private International Law, 1987.»²⁷⁰

Ce qui a été le plus souvent soulevé est le fait que la définition de la forme écrite de l'article II(2) ne soit pas alignée avec la pratique contractuelle internationale et soit conséquemment « préjudiciable à la sécurité juridique et à la prévisibilité des

²⁶⁸ V. GAUTRAIS et K. Benyekhlef, *loc. cit.*, note 215, 571

²⁶⁹ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième*, précité, note 66, paragraphe 2.

²⁷⁰ W. MELIS, «Considering the advisability of preparing an additional Convention, complementary to the New York Convention», dans le cadre de la Conférence des Nations Unies, *L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: Expérience et perspectives*, *loc. cit.*, note 267. Voir également l'article 178(1) de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse, *Infra*, note 125.

engagements contractés dans le cadre du commerce international », dû notamment à un manque d'uniformité entre les droits nationaux tel que l'explique l'auteur Garnett²⁷¹ :

« Because the express writing requirements in the Model Law and the New York Convention have not been consistently applied, there is a need to consider how the country of arbitration would view the requirements, how the country where a stay of legal proceedings might be sought would view them and finally how the country of enforcement would respond. In many cases the arbitration agreement was not found valid or enforceable because the agreement did not comply with the writing requirements. »²⁷²

Par conséquent, plusieurs réunions du Groupe de travail ont eu lieu de 1998 à ce jour afin d'étudier la possibilité de résoudre les problèmes soulevés par l'application de l'article II(2). Nous allons brièvement aborder ces problèmes soulevés par le Groupe de travail. Nous analyserons par la suite les solutions proposées par la CNUDCI et particulièrement celles qui ont reçu le plus d'appui des membres du Groupe de travail.

²⁷¹ Règles uniformes sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : *Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation*, précité, note 190, paragraphe 7.

²⁷² R. GARNETT, *op.cit.*, note 237, paragraphe 4.2.

Sous-section 2 : les situations problématiques identifiées par la CNUDCI²⁷³

Tous s'entendent à dire que les tribunaux nationaux ont de plus en plus tendance à adopter une interprétation libérale qui semble davantage conforme à la pratique internationale et aux attentes des parties dans le contexte de commerce international²⁷⁴. En effet, l'auteur Kaplan énonce ce qui suit :

« The New York Convention has served the international commercial community very well. Yet it has to be acknowledged that a lot of change has taken place since 1958. Many courts do not seem to be so jealous of their position as once they were thought to be, Both in England, the United States and in Hong Kong one can find judicial statements strongly supportive of arbitration. »²⁷⁵

Nous pouvons donc constater que l'approche des tribunaux nationaux est de plus en plus favorable à l'arbitrage, ce qui peut expliquer cette tendance vers une interprétation libérale des critères de ce qui constitue l'écrit. Toutefois, Richard Garnett énonce ce qui suit à cet égard [nos soulignements]:

« In looking at how courts might resolve ambiguities or challenges in favor of a valid arbitration obligation, it needs to be borne in mind that there is a real tension between two competing principles. Because arbitration is voluntary and jurisdiction depends upon clear agreement, a failure to satisfy various formal requirements raises a strong presumption against arbitration. On the other hand, in the face of a dispute, there is too much incentive for one party to take casuistic challenges to the form requirements. If these challenges are too readily upheld, the real substantive agreement of the parties in favor of arbitration could be subverted. There is as a result a tension facing an arbitrator seeking to honor a true agreement but also provide for an enforceable award and give appropriate consideration to the way both recognition and enforcement would be handled in various national court systems. »²⁷⁶

Toutefois, malgré la simplification que pourrait apporter une interprétation plus libérale, les tribunaux continuent à se heurter à des problèmes majeurs lorsqu'ils doivent juger s'il y a convention d'arbitrage ou non. Ainsi, le défi de s'assurer du

²⁷³ CNUDCI, *précité*, paragraphe 12.

²⁷⁴ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, *précité*, note 66, paragraphe 88.

²⁷⁵ N. KAPLAN, *op. cit.*, note 54, p. 10.

²⁷⁶ R. GARNETT, *op. cit.*, note 237, paragraphe 4.3.

consentement des parties tout en respectant le formalisme requis se retrouve au cœur de toutes les situations problématiques identifiées par la CNUDCI.

Les treize problèmes qui ont été identifiés par la CNUDCI et le Groupe de travail quant à l'application de l'article II(2) sont les suivants:

« a) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé par une partie qui l'envoie par écrit à l'autre partie. Cette dernière exécute ses obligations au titre du contrat mais sans le renvoyer ou sans qu'il y ait un autre "échange" écrit concernant les clauses dudit contrat;

b) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé sur la base d'un texte proposé par une partie, sans que celui-ci soit explicitement accepté par écrit par l'autre partie. Toutefois, cette autre partie fait référence par écrit à ce contrat dans un courrier, une facture ou une lettre de crédit ultérieurs en mentionnant, par exemple, sa date ou son numéro;

c) Un contrat est conclu par l'intermédiaire d'un courtier qui établit le texte constatant l'objet du contrat et contenant notamment la clause compromissoire, sans qu'il y ait de communications écrites directes entre les parties;

d) Référence est faite, dans une convention verbale, à un ensemble de clauses écrites, pouvant se présenter sous forme de contrat-type, comprenant une clause compromissoire;

e) Connaissements incorporant par référence les termes et conditions de la charte-partie sous-jacente;

f) Un des contrats d'une série de contrats conclus entre les mêmes parties au cours d'une opération n'a pas été attesté par un écrit signé ou n'a pas fait l'objet d'un échange d'écrits, alors que les contrats précédents comportaient des clauses compromissoires valides;

g) Le contrat original contient une clause compromissoire valablement conclue mais cette clause n'apparaît pas dans un additif, un accord de prorogation, de novation ou de transaction relatif au contrat (un tel contrat "subséquent" peut avoir été conclu verbalement ou par écrit);

h) Un connaissance contenant une clause compromissoire qui n'est pas signée par le chargeur ou par le porteur ultérieur;

i) Droits et obligations des tiers au titre des conventions d'arbitrage dans les contrats où une prestation est prévue à leur profit ou en cas de stipulation pour autrui;

j) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage à la suite de la cession ou de la novation du contrat sous-jacent au profit de ce tiers;

k) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage lorsque le tiers exerce des droits par subrogation;

l) Droits et obligations au titre des conventions d'arbitrage lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission d'entreprises entraînant la création d'une personne morale différente, les successeurs des parties font valoir leurs droits au titre des contrats;

m) Lorsqu'un requérant demande un arbitrage contre une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage, ou lorsqu'une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage demande à s'en prévaloir pour entamer un arbitrage en se fondant, par exemple, sur la théorie du "groupe de sociétés." ²⁷⁷

Les huit premiers (a à h) s'appliquent principalement au respect de la volonté des parties. En ce qui concerne les cas i) à l) relativement à la cession, à la subrogation, à l'incorporation par référence et au droit de tiers, il a été décidé qu'ils ne seraient pas, pour l'instant, traités par le Groupe de travail. Le Groupe de travail a également constaté que les cas a) et d) n'étaient pas problématiques dans certains États interprétant de manière plus restrictive l'exigence de l'écrit²⁷⁸.

Ces différentes approches peuvent avoir comme conséquence d'invalider une clause d'arbitrage selon l'interprétation d'un tribunal versus l'interprétation d'un autre. Ainsi, tel que nous l'avons vu dans les sections précédentes, les tribunaux peuvent rendre des décisions très différentes, traduisant souvent leur préférence quant à l'accessibilité même à l'arbitrage. En prenant en compte ces exemples d'applications problématiques, le Groupe de travail a, par conséquent, étudié et proposé plusieurs solutions.

²⁷⁷ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session*, précité, note 273, paragraphe 12.

²⁷⁸ *Règles uniformes sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation*, précité, note 190, paragraphe 6.

Sous-section 3: Les solutions possibles

Les solutions recherchées pour contrer les problèmes soulevés visent principalement deux objectifs selon le Groupe de travail : (1) permettre le respect du principe selon lequel le règlement d'un litige par arbitrage n'est possible que par convention des parties et (2) valider les pratiques contractuelles légitimes afin d'éviter les problèmes et les incertitudes dans la pratique de l'arbitrage²⁷⁹.

Au niveau du droit national, les États ont adressé le problème de différentes façons mais le plus souvent en élargissant la définition de l'écrit dans leur législation, tel que l'indique le Groupe de travail:

« C'est une façon de surmonter les difficultés qu'engendre le caractère obsolète de la condition de forme, mais c'est aussi en créer d'autres en raison de la disparité de ces lois qui offrent finalement des solutions différentes. Entre-temps, l'application d'une définition qui est demeurée inchangée dans les textes législatifs internationaux ainsi que dans de nombreuses lois nationales continue d'avoir des conséquences regrettables. Par ailleurs, les juridictions étatiques doivent, pour obtenir des résultats qu'elles jugent appropriés en l'espèce, interpréter avec une souplesse parfois extrême la définition de l'écrit. En outre, des difficultés peuvent surgir dans le cas de sentences rendues sur la base de lois donnant une définition plus large de l'écrit mais dont l'exécution est demandée dans un pays qui applique une définition plus étroite. »²⁸⁰

Une preuve suffisante du consentement des parties à recourir à l'arbitrage et donc d'exclure la compétence des tribunaux judiciaires est nécessaire²⁸¹. Il faut qu'il soit établi qu'il y a eu un accord à cet effet et qu'il existe une attestation écrite de cet accord²⁸². Le Groupe de travail a donc analysé plusieurs solutions.

Suite à la 43^e session du Groupe de travail qui s'est tenue à Vienne en octobre 2005, deux approches concrètes ont été retenues : (1) la première vise à élaborer une

²⁷⁹ *Id.*, note 278, paragraphe 9.

²⁸⁰ *Id.*, note 278, paragraphe 8.

²⁸¹ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphe 88.

²⁸² *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphes 99.

disposition législative type précisant le champ d'application de l'article 7(2) de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*²⁸³ et (2) la deuxième consiste à élaborer une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de l'article II(2) de la *Convention de New York*, reflétant une interprétation plus large des conditions de forme. Pour bien comprendre comment le Groupe de travail s'est rendu à suggérer les deux propositions précitées, il est intéressant de survoler les autres solutions qui ont également été abordées. À sa trente-neuvième session, la CNUDCI a adopté des législations sur la forme de la convention d'arbitrage et les mesures provisoires portant modification de la Loi type.

Paragraphe 1 : Solutions se basant sur les critères énoncés à l'Article 6 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*²⁸⁴

En ce qui concerne les nouvelles formes de communications électroniques, le groupe de travail IV de la CNUDCI sur le commerce électronique se concentre depuis 2004, sur un *Projet de Convention sur les communications électroniques dans les contrats internationaux* (aussi appelé la « Convention Contrats-e » ou « Projet de Convention »)²⁸⁵. Ce Projet de Convention a été présenté pour approbation à la session d'été 2005 de la CNUDCI²⁸⁶. Il vise à « éliminer les obstacles juridiques au commerce électronique, y compris ceux découlant d'autres instruments, sur la base de principes bien établis comme celui de l'équivalence fonctionnelle »²⁸⁷. Le Projet de Convention indique notamment à son article 9 que lorsqu'une loi exige la forme écrite pour un contrat, la forme électronique satisfait à cette exigence. D'ailleurs, il a été récemment décidé d'inclure la *Convention de New York* dans la liste des

²⁸³ Libellé inspiré du texte révisé de l'article 7. Une des propositions était d'énoncer que l'interprétation de l'article II(2) devait englober la définition du terme « convention écrite » du texte révisé de l'article 7 de la *Loi type*, précitée, note 13.

²⁸⁴ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, (adoptée le 16 décembre 1996), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, [A/51/628].

²⁸⁵ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa 44^e session (Vienne, 11 octobre 2004), document [A/CN.9/57]; Voir également CNUDCI, Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux - Note du secrétariat 28^e session (24 novembre 2004), document [A/CN.9/577] et [A/CN.9/571].

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ *Id.*

instruments internationaux auxquels s'appliquerait cette nouvelle Convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux. Nous verrons plus en détails les objectifs de ce Projet de Convention dans le deuxième chapitre.

Par ailleurs, le Règlement européen du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale²⁸⁸ apporte une nouveauté quant à l'exigence de la forme de la convention d'arbitrage²⁸⁹. En fait, il précise à son article 23.2 que :

« 23.2 Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

Plusieurs s'entendent pour dire que de nombreux traités régissant le commerce international ne tiennent pas suffisamment compte de la réalité du régime juridique établi en commerce international et ces nouvelles formes de communications.

Tel que nous l'avons vu dans les sections précédentes, il est généralement accepté que l'expression « contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes » de l'article II(2) puisse être interprétée comme englobant le télex ou la télécopie. Par quels moyens cette même interprétation pourrait-elle être étendue au commerce électronique? Il suffit d'appliquer l'interprétation téléologique qui indique qu'il faut adapter le régime de la *Convention de New York* aux besoins actuels sans devoir les modifier²⁹⁰. Cette approche correspond avec l'intention de la CNUDCI qui a adopté,

²⁸⁸ *Règlement du Conseil européen du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale*, 44/2001, signé le 22 décembre 2000, en vigueur depuis le 1er mars 2002. Ce règlement est applicable notamment en Belgique, en Allemagne et aux Pays-Bas.

²⁸⁹ La *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* est une convention européenne qui réglait jusqu'il y a peu ces questions (à l'exception des questions d'arbitrage). Elle vient d'être remplacée (depuis le 1er mars 2002) par le règlement du Conseil européen du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale. Ce règlement est applicable notamment en Belgique, en Allemagne et aux Pays-Bas.

²⁹⁰ *Infra*, note 261.

en 1996, une *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*²⁹¹ (ci-après « *Loi type sur le commerce électronique* ») et le *Guide d'interprétation*²⁹² (« *Guide* ») s'y rattachant.

C'est dans cette perspective, qu'une des solutions proposées par le Groupe de travail était de promouvoir l'application et l'adoption de la *Loi type sur le commerce électronique*, et particulièrement de son article 6, tout en tentant de solutionner le problème de l'article II(2). C'est également dans cet esprit que la CNUDCI a adopté, en 2001, la *Loi type de la CNUDCI sur la signature électronique*²⁹³ (ci-après « *Loi type sur la signature électronique* »).

Parallèlement, au niveau européen, la *Commission économique des Nations Unies pour l'Europe* a dressé l'inventaire de nouveaux moyens légaux de télécommunications et, en 1999, a adopté à l'unanimité une recommandation qui indiquait que les notions d'« écrit », de « signature » et de « document » devaient englober leurs équivalents électroniques²⁹⁴.

L'objectif qui ressort des travaux et des discussions du Groupe de travail est donc de trouver des moyens à ce que les dispositions de la *Convention de New York* soient interprétées de manière à y inclure les moyens électroniques de communication et ce, pour ne pas entraver la facilitation du commerce électronique.

Lorsque nous interprétons l'article II(2), pouvons-nous facilement nous baser sur la *Loi type sur le commerce électronique* qui définit les communications par des moyens électroniques et notamment du terme « message de données »? À son article 2, la *Loi type sur le commerce électronique* prévoit ce qui suit:

²⁹¹ *Id.*, note 284.

²⁹² *Guide d'interprétation de la Loi type sur le commerce électronique*, (adopté le 16 décembre 1996), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, [A/51/628].

²⁹³ *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, (adoptée le 5 juillet 2001), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, [A/56/588].

²⁹⁴ *Recommandations à la CNUDCI concernant l'application d'équivalents électroniques*, Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, 26 février 1999, [TRADE/CEFACT/1999/CRP.7].

« Article 2. Aux fins de la présente loi : a) Le terme “message de données” désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie. »

De plus, le *Guide d’interprétation*²⁹⁵ de cette *Loi type sur le commerce électronique* indique qu’elle visait notamment à préciser d’autres instruments internationaux dont la *Convention de New York*. En effet, le paragraphe 5 de ce *Guide* énonce ce qui suit [nos soulignements] :

«Paragraphe 5. En outre, au niveau international, la *Loi type* peut servir, dans certains cas, d’outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États parties à de tels instruments internationaux, l’adoption de la *Loi type* comme règle d’interprétation pourrait être un moyen de reconnaître le commerce électronique et permettrait d’éviter de devoir négocier un protocole à l’instrument international concerné. »

Nous pouvons donc en déduire que la *Loi type sur le commerce électronique* valide l’emploi de tout type de télécommunications, incluant la télécopie et l’utilisation de courrier électronique ou tout autre moyen d’échange de données informatisées²⁹⁶. Par conséquent, nous pouvons considérer que l’article II(2) englobe l’utilisation de moyens électroniques de communications tels que définis à l’article 2 de la *Loi type sur le commerce électronique*.

De plus, il est intéressant de constater que les définitions de l’écrit données par certaines lois nationales, et notamment aux États-Unis par le *Uniform Commercial Code* (« U.C.C. »)²⁹⁷ ainsi que les interprétations jurisprudentielles qui en découlent, sont tellement larges que le support électronique devient facilement intégré dans le concept d’écrit. En effet, l’article 1-201(43) du U.C.C. énonce ce qui suit :

²⁹⁵ Guide d’interprétation de la *Loi type sur le commerce électronique*, précité, note 292.

²⁹⁶ *Règles uniformes sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d’arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation*, précité, note 190, paragraphes 35 à 40.

²⁹⁷ *Uniform Commercial Code*, précité, note 247.

« 1-201(43) Written" or "writing" includes printing, typewriting or any intentional reduction to tangible form».

Tandis que les *Federal Rules of Evidence*²⁹⁸ américaines énoncent plus précisément à leur article 1001(1) ce qui suit:

« Writings and "recordings" consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation. »

L'adaptation de l'exigence de l'écrit de la convention d'arbitrage à ce nouveau contexte sont également étudiées par plusieurs auteurs et experts. L'auteur Gautrais énonce ce qui suit à ce sujet:

« La première approche possible est celle qui vise à adopter, comme nous l'évoquions précédemment, une vision extensive de la notion d'écrit (assimilation entre «écrit» et «documents informatisés»). Cette approche a parfois été retenue par la jurisprudence en matière d'arbitrage, mais surtout dans le domaine commercial en général. En ce qui concerne les différents droits nationaux, on constate des différences sensibles d'un pays à l'autre. »²⁹⁹

L'auteur poursuit en comparant les principes de certains droits nationaux avec le C.c.Q. :

« La « palme » de la contorsion de la notion d'écrit doit être décernée au droit américain où le concept n'est en aucun cas attaché au support papier. Cette vision est également suivie avec sans doute plus de retenue, dans la plupart des pays de common law. Par contre, on peut se demander si le C.c.Q. entend permettre cette extension entre les deux concepts. En effet, l'introduction d'un régime particulier pour les inscriptions informatisées, aux articles 2837 à 2839 C.c.Q., crée des règles propres qui empêchent une assimilation trop rapide. C'est d'ailleurs la même chose en droit français où la jurisprudence considère la notion d'écrit avec une certaine rigueur. Il est donc nécessaire de trouver d'autres solutions que la simple approche extensive. »³⁰⁰

²⁹⁸ *Federal Rules of Evidence*, LII 2004 ed.

²⁹⁹ V. GAUTRAIS et K. Benyekhlef, *loc. cit.*, note 215, 572.

³⁰⁰ V. GAUTRAIS et K. Benyekhlef, *loc. cit.*, note 215, 572.

Paragraphe 2 : Solutions se basant uniquement sur l'article II(2) de la Convention de New York

Une autre solution étudiée par le Groupe de travail serait tout simplement de rédiger un document qui viserait à clarifier l'article II(2). Ce document est le *Projet d'instrument interprétatif concernant l'article II(2) de la Convention de New York*³⁰¹. Une version du projet a été présentée à la 33^e session du Groupe de travail. Toutefois, à la session suivante, le Groupe de travail se posait de nouveau la question quant à la nécessité d'élaborer un instrument interprétatif ou d'amender la *Convention de New York*³⁰².

L'objectif d'un instrument interprétatif serait d'uniformiser l'interprétation de tous les États et ce, sans devoir amender la Convention. Toutefois, il ne s'agirait pas d'un instrument contraignant. Il ne sert qu'à refléter l'avis de la CNUDCI proposé aux États, aux juges ou aux arbitres chargés d'interpréter l'article II(2). Le texte du projet de déclaration adopté par le Groupe de travail, tel qu'il figure dans le rapport sur les travaux de sa trente-quatrième session, se lit ainsi:

« Déclaration relative à l'interprétation de l'article II(2) 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 la Commission couvre les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

[3] *Rappelant* la résolution 55/151 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, qui réaffirme que la Commission, en tant que principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit

³⁰¹ CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage - Note du secrétariat, 36^e session, (New York, 4 au 8 mars 2002), document [A/CN.9/WG.II/WP.118], paragraphes 25 et 26.

³⁰² CNUDCI, Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 34^e session (Vienne, 21 juin au 1er juillet 2001), document [A/CN.9/487], par.43.

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'uniformisation 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 l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution essentielle au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Notant* que la Convention a été élaborée compte tenu de pratiques commerciales internationales et de techniques de communication en usage à l'époque, [et que l'évolution de ces techniques dans le commerce international s'est faite parallèlement au développement du commerce électronique],

[7] *Notant également* que le recours à l'arbitrage international et son acceptation dans le commerce international se sont accrus et que, parallèlement à cette évolution, les attentes des participants au commerce international quant à la forme que peut prendre une convention d'arbitrage ont changé,

[8] *Notant en outre* l'article II-1 de la Convention, selon lequel " 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 ", ainsi que l'article II(2) de la Convention, selon lequel " 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 ",

[9] *Préoccupée* par les différences d'interprétation de l'article II(2) de la Convention,

[10] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, 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... "

[11] *Considérant* que le but de la Convention, tel qu'il est exprimé dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, à savoir faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé, exige que l'interprétation de la Convention [tienne compte des besoins de l'arbitrage commercial international] [tienne compte des transformations des techniques de communication et des pratiques commerciales],

[12] *Étant d'avis* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi dans le commerce international,

[13] *Tenant compte* du fait que les instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement, comme la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* et la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, reflètent l'opinion de la Commission et de la communauté

internationale selon laquelle la législation relative au commerce et à l'arbitrage devrait tenir compte des méthodes de communication et pratiques commerciales en évolution,

14] *Convaincue* que l'interprétation uniforme de l'expression "convention écrite" est nécessaire pour renforcer la des transactions commerciales internationales,

[15] *Recommande* aux gouvernements d'interpréter la définition d'une "convention écrite" figurant à l'article II(2) de la Convention comme désignant [...]»³⁰³

En 2003, le Groupe de travail n'était pas parvenu à un consensus à savoir s'il fallait élaborer un protocole modifiant la *Convention de New York* ou un instrument l'interprétant³⁰⁴. Il semblait toutefois y avoir un désavantage à modifier la *Convention de New York* tel que l'indique le Groupe de travail :

«En modifiant la *Convention de New York*, on risquerait d'aggraver le manque d'harmonie actuel. Il a été noté que la Convention avait été largement adoptée et fonctionnait extrêmement bien; qu'en envisageant de modifier la prescription de la forme écrite figurant dans la Convention, on risquerait d'inciter certains à suggérer de modifier d'autres dispositions qui devraient être laissées en l'état; et que l'adoption d'un protocole par un certain nombre de pays risquerait de prendre un nombre important d'années, ce qui, entre-temps, créerait davantage d'incertitudes, car deux régimes différents seraient applicables.»³⁰⁵

Mais quel serait l'organe compétent pour élaborer un tel instrument ?³⁰⁶ Le Groupe de travail n'a pas approfondi la question de savoir quels organes seraient éventuellement compétents pour élaborer un tel instrument. Toutefois, s'agissant de la compétence de la CNUDCI d'interpréter la *Convention de New York*, elle pourrait être fondée sur la *Résolution 2205 (XXI)* de l'Assemblée générale qui a institué la CNUDCI ayant pour

³⁰³ CNUDCI, précité, note 301, paragraphes 25 et 26.

³⁰⁴ CNUDCI, *Elaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires en vue de leur inclusion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, 39^e session (Vienne, 10 au 14 novembre 2003), document [A/CN.9/WG.II/WP.124], 9 et 13. La Commission avait estimé que les États devraient procéder à des consultations sur ces importantes questions. Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-sixième session* (New York, 4-8 mars 2002), document [A/CN.9/508], par. 15.

³⁰⁵ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphe 92.

³⁰⁶ CNUDCI, *Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation-Rapport du Secrétaire général*, (20 au 1^{er} décembre 2000), 33^e session, document [A/CN.9/WG.II/WP.110], paragraphes 42-26.

objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international³⁰⁷. Il a été noté que cet instrument interprétatif ne serait pas adopté en tant que Convention ni en tant que Traité par les États. Toutefois, il aurait sans doute une force de persuasion et pourrait être considéré comme contribuant à l'interprétation de la *Convention de New York*³⁰⁸. Il éviterait également de modifier directement l'article II(2) et éviter les différents désavantages que cela entraînerait, tel que le défi que faire ratifier cette modification par tous les États membres de la *Convention de New York*. C'est à sa session de juillet 2006 que la CNUDCI a finalement adopté la recommandation du Groupe de travail relativement à l'interprétation de l'article II(2)³⁰⁹.

Paragraphe 3 : Solutions se basant l'article 7 de la Loi-type³¹⁰ : Élaboration d'une disposition législative type fondée sur l'article 7 de la Loi type

Dans l'objectif de préciser et d'harmoniser l'exigence de la forme écrite, le Groupe de travail a également proposé un approche législative en élaborant un projet de disposition législative type modifiant l'article 7(2) de la Loi type sur l'arbitrage. Ce premier projet a initialement été présenté sous différentes versions pour finalement énoncer ce qui suit :

« Article 7.

1. Une 'convention d'arbitrage' est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'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. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

³⁰⁷ *Résolution 2205 (XXI)*, Assemblée générale, Nations Unies, article 1.

³⁰⁸ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphe 93. Une approche similaire avait été adoptée pour d'autres conventions, telles que la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980) et la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, La Haye, 1955.

³⁰⁹ CNUDCI, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de sa 39^e session (2006), Document (A/CN.9/589)

³¹⁰ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphes 91 et ss.

2. La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite. Le terme 'forme écrite' désigne toute forme, y compris, sans s'y limiter, un message de données, qui fournit une trace écrite de la convention d'arbitrage ou qui est d'une autre manière accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Le terme 'message de données' désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.

4. En outre, une convention d'arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5. Afin d'éviter tout doute, la référence dans un contrat ou dans une convention d'arbitrage séparée à un écrit contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ou de la convention d'arbitrage séparée, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite. Dans un tel cas, l'écrit contenant la clause compromissoire vaut la convention d'arbitrage aux fins de l'article 35. »³¹¹

C'est dans le cadre de la 32^e session du Groupe de travail, qu'il a été proposé d'élaborer cette disposition type afin de préciser l'interprétation de l'exigence d'un écrit. En effet, il ne faut pas oublier que l'article 7(2) de la *Loi type* constitue une norme internationale largement acceptée, sur la base de laquelle une pratique considérable s'est développée³¹². Ainsi, adopter cette disposition uniforme permettrait certainement de rejoindre plus facilement les juges étatiques et arbitres qui se basent déjà sur l'article 7(2) de la *Loi type*. Selon certains :

« Aucune nouvelle disposition n'était nécessaire, car l'article 7 de la *Loi type* suffisait à énoncer une norme moderne. En encourageant l'adoption et l'interprétation uniforme de la *Loi type*, on arriverait, en temps voulu, au niveau requis d'uniformité internationale.»³¹³

³¹¹ CNUDCI, précité note 19, paragraphe 4.

³¹² Il a été proposé que la disposition législative type s'inspire d'une approche plus générale, tel l'article 178(1) de la *Loi fédérale sur le droit international privé suisse*, *Infra*, note 126; l'article 1021 de la *Loi sur l'arbitrage* des Pays-Bas, ou de l'approche un peu plus détaillée retenue à l'article 1031 de la *Loi allemande sur l'arbitrage* de 1997, ou à l'article 5 du *Arbitration Act* anglais de 1996.

³¹³ *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, précité, note 66, paragraphe 91.

Toutefois, en juillet 2006, la CNUDCI a adopté, suite à la recommandation du groupe spécial, les dispositions législatives relativement à la forme écrite modifiant la Loi type ainsi que la recommandation quant à l'interprétation de l'article II(2) de la Convention de New York.

Paragraphe 4 : Suppression de la prescription de la forme écrite

Dans l'objectif de répondre à l'évolution passée et future de la pratique d'arbitrage, certains ont proposé qu'il serait souhaitable d'envisager simplement de supprimer l'exigence de la forme écrite et d'aligner l'encadrement de la convention d'arbitrage sur celles des contrats en général³¹⁴.

Dans l'objectif de favoriser l'arbitrage, on a assoupli les conditions de forme exigées relativement aux conventions d'arbitrage. L'arbitrage ne peut être soumis à un régime favorable que s'il repose sur une convention dont l'existence et la validité ne prêtent pas à contestation. Tout ceci peut être simplifié en se référant à un règlement d'arbitrage préétabli, mais on imagine mal comment tout pourrait être réglé sans un écrit³¹⁵, tel que l'auteur Coakley l'énonce :

« As demonstrated above, there are numerous drawbacks to enforcing customized arbitration agreements. Worst of all, these issues combine to form a very serious consequence. In fact, traditional arbitration is an excellent alternative to litigation. However, in order for arbitration to work on a global level, the system must engender feelings of confidence and trust. By imposing arbitration agreements against one party's free will, courts incite animosity, and thereby, destroy society's trust in the arbitration system as a whole.

[...]

Arbitration is an extremely useful alternative to litigation. Unfortunately, by using industry custom to dictate mutuality, U.S. and foreign courts are working against arbitral expansion. The results of compulsory arbitration will include resentment and anger. Because the basis of arbitration is

³¹⁴ Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vol. XXXI (2000), A/CN.9/SER.A/2000, New York, 2001, paragraphe 90.

³¹⁵ R. DAVID, *op. cit.*, note 17, p. 270.

agreement, these emotions will ultimately decrease willingness to enter into arbitration agreement.»³¹⁶

D'ailleurs, en vue de la quarante-troisième session du Groupe de travail qui avait lieu du 3 au 7 octobre 2005, le Mexique a déposé une proposition d'amendement du projet de texte révisé de l'article 7 afin de supprimer la prescription de la forme écrite³¹⁷. En effet, en expliquant que le Groupe de travail avait conclu qu'il n'était pas souhaitable de modifier la *Convention de New York* car cela risquerait de créer davantage et prendrait beaucoup de temps avant que tous les pays membres de la *Convention de New York* ne le ratifient ou n'y adhèrent, le Mexique a proposé de ne retenir aucune des autres solutions. En expliquant que l'exigence de forme était plus stricte pour une convention d'arbitrage que pour tout autre contrat commercial, le Mexique a indiqué ce qui suit :

«La prescription de forme est plus restrictive dans le cas d'une convention d'arbitrage que dans celui de contrats commerciaux: s'il est possible de conclure verbalement un contrat d'une valeur de 100 millions de dollars, la convention d'arbitrage relative à ce contrat devra, elle, se présenter sous forme écrite. Certains pays n'exigent déjà plus que la convention d'arbitrage se présente sous forme écrite¹. D'autres en donnent une définition si large que, de fait, cette exigence disparaît. Le Gouvernement mexicain propose par conséquent de supprimer de la *Loi type* la prescription de la forme écrite de la convention d'arbitrage. Si cette modification était adoptée, la question relative à la conclusion et au contenu de la convention d'arbitrage deviendrait une question de preuve.»³¹⁸

Le Mexique a donc basé sa proposition sur un courant qui existait déjà au sein du Groupe de travail. Toutefois, en modifiant uniquement la *Loi type* pour en supprimer l'exigence de l'écrit et en ne modifiant pas la *Convention de New York* qui, elle, continuerait de manquer de clarté quant à son article II, les problèmes d'application et d'interprétation ne seraient probablement pas réglés pour autant. C'est d'ailleurs pour

³¹⁶ C. COAKLEY, *loc. cit.*, note 105, 151.

³¹⁷ La proposition du Mexique est semblable à celle de la Belgique en 1958, lors de l'adoption initiale de l'article II(2). La proposition belge fût alors rejetée ; Voir note 204.

³¹⁸ Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, Proposition du Mexique, [A/CN.9/WG.II/WP.137], 43e session, Vienne, du 3 au 7 octobre 2005.

cette raison que, suite à la recommandation du Groupe spécial, la CNUDCI a adopté les deux approches en juillet 2006.

Paragraphe 5 : Résultats de la 43^e session du groupe de travail II d'octobre 2005

À la dernière rencontre du Groupe de travail II qui a eu lieu à Vienne du 3 au 7 octobre 2005, des pas importants ont été franchis relativement aux solutions proposées par le Groupe de travail³¹⁹. En effet, deux approches ont été principalement abordées dont (1) l'élaboration d'une disposition législative type reliée à l'article 7 de la *Loi type*³²⁰ et (2) l'élaboration d'un *Guide d'interprétation* de l'article II(2)³²¹ de la *Convention de New York*. Ces approches ont notamment été étudiées en prenant en compte la proposition du Mexique de supprimer la prescription de l'écrit à l'article 7 de la *Loi type*.

Cette proposition et sa justification vont dans le même sens que celle de la Belgique, au moment de la rédaction de l'article II(2) de la *Convention de New York*. Si l'exigence de l'écrit est supprimée, la reconnaissance de la convention d'arbitrage ne sera qu'une question de preuve. Également, en se basant sur l'article VII de la *Convention de New York* qui énonce le « principe de la loi la plus favorable »³²², il a été indiqué que ce nouvelle version de l'article 7 de la *Loi type* qui ne mentionnerait pas l'écrit établirait un régime plus favorable que celui de la *Convention de New York* et s'appliquerait donc en préséance à cette dernière. Le Groupe de travail a, par ailleurs, rappelé que la CNUDCI avait convenu d'inclure la *Convention de New York* dans la liste des instruments internationaux auxquels s'appliquerait notamment la

³¹⁹ Id.

³²⁰ Infra, note 310.

³²¹ Infra, note 301.

³²² L'article VII(1) de la *Convention de New York* indique ce qui suit : « 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. »

*Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*³²³.

Lors de cette dernière session, le groupe de travail a également étudié l'article 3c) de la *Convention d'élection de for* de 2005 en indiquant qu'il pourrait servir d'exemple vue son exigence très souple de l'écrit³²⁴.

Par conséquent, il a été suggéré de proposer à la CNUDCI deux variantes visant toutes les deux à assouplir l'exigence de forme. La première serait l'adoption d'un nouveau texte de l'article 7(2) de la *Loi type* qui n'inclurait pas l'exigence de l'écrit, tel que proposé par le Mexique. La deuxième viserait l'adoption du projet d'article 7 révisé tel quel. Toutefois, afin de concilier les deux propositions, le Groupe de travail a également indiqué qu'on pourrait considérer le projet de l'article 7 révisé en limitant l'exigence de forme au domaine de la preuve en indiquant simplement que « La convention d'arbitrage peut être constatée par écrit ». La Commission a effectivement adopté simultanément les deux solutions.

³²³ Précité, note 285.

³²⁴ *Infra*, note 110 pour voir le libellé de l'article 3c) de la *Convention d'élection de for*.

CONCLUSION

Les problèmes reliés à l'interprétation et à l'application de l'article II(2) de la *Convention de New York* vont-ils être réglés suite aux travaux de la CNUDCI qui garde le sujet à son ordre du jour depuis déjà près de sept ans? Ceci prouve qu'il n'est pas si simple de trouver la solution miracle si les plus grands experts internationaux en arbitrage n'arrivent pas à s'entendre sur une proposition unanime. La Loi type, non plus ne semble pas répondre adéquatement aux besoins actuels :

«As to the Model Law, I think on reflection it was a pity that it did not broaden the definition of writing so as to bring within the definition the sort of case to which I have made reference. One has to accept that business persons will often be haphazard in relation to the entering into, drafting and execution of contracts and the law should not be over zealous in nullifying their clear understandings and intentions.»³²⁵

Le droit doit s'adapter au changement social et économique de la société. Ces changements sont reliés au développement explosif des nouvelles technologies et des communications qui y sont reliées. Parallèlement, le recours à l'arbitrage commercial international s'est également accru.

Il est vrai que toute modification officielle de la *Convention de New York* entraînerait des difficultés pratiques considérables. En effet, il serait nécessaire d'obtenir le consensus des 137 États qui ont, à ce jour, ratifié la *Convention de New York*. Mais est-ce une raison pour ne pas essayer? Si tel est le choix de la CNUDCI, ce défi nécessiterait des efforts diplomatiques de toute la communauté internationale d'arbitrage.

³²⁵ N. KAPLAN, *op. cit.*, note 54, p.10.

Nous ne croyons pas que la solution de supprimer l'exigence de l'écrit que ce soit à l'article 7 de la Loi type ou dans les droits nationaux simplifierait l'interprétation quant à l'existence d'une convention d'arbitrage.

Une prescription de l'écrit est nécessaire afin d'assurer la stabilité juridique et de formaliser le consentement à la renonciation du droit fondamental, protégé notamment par la Charte québécoise, qu'est l'accès aux tribunaux étatiques. C'est donc dans la bonne veine que la CNUDCI s'est positionnée en adoptant les dispositions sur la forme écrite de l'article 7 de la Loi type et en adoptant la recommandation du groupe de travail quant à l'interprétation de l'article II(2).

Les deux conditions essentielles dans toute évaluation de ce que constitue l'écrit sont (1) la fiabilité du support écrit et (2) les moyens de preuve de la convention d'arbitrage et la possibilité d'y accéder ultérieurement. Le groupe de travail a notamment mentionné l'article 3c) de la convention sur les accords d'élection de for adoptée cet été comme exemple de ce que l'article 7 pourrait énoncer.

Depuis toujours, la notion de consentement est primordiale à l'égard de toute transaction juridique car la source de nombreux litiges au cours des époques est souvent venue suite à des problèmes de consentement. En effet, la notion de consentement à l'arbitrage est de telle importance car nul ne désire avoir consenti à ce qu'il ne veut pas. Il faut donc élargir la notion de consentement ce qui n'équivaut pas à brimer les droits des contractants mais plutôt de permettre à l'intention des parties de prédominer en tout temps.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCTRINE

A) TRAITÉS ET MONOGRAPHIES

ANTAKI, N.N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

BAUDOIN J.-L., *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 1217 p.

BÉGUIN, J., *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, 271 p.

CACHARD, O., *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements : consensualisme ou formalisme?* Mémoire de DEA, Paris, Université Panthéon, septembre 1997.

CARBONNIER, J., *Droit civil, Les obligations*, t.4, Paris, Éditions Thémis, 1992

CHATILLON, S., *Le droit du commerce international*, Paris, Éditions Vuibert, 1999, 108 p.

COTÉ P.-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1990, 766 p.

DAVID, R., *L'arbitrage dans le Commerce International*, Coll. « Études Juridiques Comparatives », Paris, Éditions Economica, 1982, 613 p.

DEMOLOMBE, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.1, Paris, Éditions Hachette, 752 p.

FOUCHARD, P., *L'arbitrage commercial international*, Paris, Éditions Dalloz, 1965, 401 p.

FOUCHARD, P., E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Éditions Litec, 1996, 1225 p.

GARNETT, R., H. GABRIEL, J. WAINCYMER et J. EPSTEIN, *A Practical Guide to International Commercial Arbitration*, New York, Éditions Oceana Publications, 2000, 216 p.

GAUTRAIS, V., *Le contrat électronique international : Encadrement juridique*, Louvain-le-Neuve, Bruylant-Académia, 2002, 427 p.

GHESTIN, J., *Les obligations : le contrat: formation*, Paris, Éditions L.G.D.J., 1988, 217 p.

HOLTZMANN, H. et J. HEUHAUS, *Guide to the UNCITRAL Model Law*, New York, Éditions Kluwer, 1989, 258 p.

JARROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, Paris, Éditions L.G.D.J., 1987, 407 p.

KLEIN, F.-E., *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé : Précis d'une étude de législation, de doctrine et de jurisprudence comparées en la matière*, Bâle, Éditions Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 320.

KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L., *Commercial and civil Law Arbitration in Canada*, Ottawa, Éditions University of Ottawa Press, 1978, 140 p.

LALIVE P., J.-F. POUDRET, C. REYMOND, *Le Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, ad. art. 39 du Concordat, 226 p.

MAYRAND, A., *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, 312 p.

MCARDLE FROISSARD, B., *Exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours contre la sentence rendue*, mémoire, Aix-en-provence, Faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille, 1999, 142 p.

MIGNAULT, P.-B. *Droit civil canadien*, t.5, Montréal, Éditions Théoret, 1901, 433 p.

OPPETIT, B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Éditions P.U.F., 1998, 127 p.

PLATON, *Les Lois*, livre VI, dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1950.

PRUJINER, A., *Traité et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1992, 395 p.

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2001

RÉMILLARD, G. *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, Québec, Les Publications du Québec, 1993

TANCELIN, M., *Sources des obligations : l'acte juridique légitime*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1993, 291 p.

THUILLEAUX, S., *L'arbitrage commercial au Québec, Droit interne-Droit international privé*, Montréal, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1991, 314 p.

TRUDEL P., G. LEFEBVRE et S. PARISIEN, *la preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, 166 p.

ROYER, J-C., *La preuve civile*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, 705 p.

VAN DEN BERG, A., *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, Éditions Kluwer, 1981, 466 p.

B) ARTICLES DE REVUE ET ÉTUDES DE RECUEILS

ANTAKI, N.N. « L'arbitrage commercial : concept et définitions », (1987) C.P. du N. 485

ALVAREZ, G. A., « Article II(2) of the New York Convention and the Courts », (1998) 9 67 ICCA 7

ALVAREZ, H. C., « Arbitration Under the North American Free Trade Agreement », (2000) 16 Arb. Int. 393

BACHAND, F., « Arbitrage commercial international : une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l'interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution ? », (2001) 35 R.J.T. 789

BACHAND, F., « L'intervention du juge canadien avant et drrant un arbitrage commercial international, Thèse, Université de Montréal et Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004

BACHAND R., « Les Mécanismes de règlement des différends : l'ALÉNA comme modèle? » Évolutions récentes et perspectives d'avenir, Groupe de recherche sur l'intégration continentale Université du Québec à Montréal, Montréal, Cahier de recherche 2000-2003, février 2000, en ligne :http://www.dandurand.uqam.ca/download/gres/bachand_mecanismes-investissement-alena.pdf (consulté le 15 octobre 2005)

BERNARDINI, P., « Communications : Adaptation of Contracts », dans Pieter SANDERS (dir.), *New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions*, Deventer, Éditions Kluwer, 1983, p. 211

BERNSTEIN, L., « The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy : A Preliminary Study », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Conférence Certitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p.278

BRIERLEY, J.E.C., « La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle certaine en droit québécois? », (1975) *Rev. Arb.* 154

COAKLEY, C., « The Growing Role of Customized Consent in International Commercial Arbitration », (2000) *29 Ga.J. Int'l & Comp.L.* 151

COHEN, M., « Arbitration Agreements in Writing : Notes in the Margin of the Sixth Goff Lecture », 1997, *13(3) Arbitration International* 273

DIESSE, F., « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », (1999) *R.D.A.I.* 737

DUSSAULT, F.R., « L'utilisation de l'échange de documents informatisés pour le crédit documentaire: l'apport du projet de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », (1995) *36 C. de D.* 653

EISEMANN, F., « La clause d'arbitrage pathologique », *Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turin, Éditions UTEC, 1974, p.129-161

FERLAND, P., « La controverse au sujet de la validité de la promesse d'arbitrage, appelée clause compromissoire », (1973) *33 R. du B.* 136

FOUCHARD, P., « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », dans A.-M. Frison-Roche (dir.), *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p.381

FOUCHARD, P., « Où va l'arbitrage international ? », (1989) *34 R.D.McGill* 435

GAUTHIER, D.F., « Survol de l'ensemble du processus d'arbitrage en matière civile et commerciale », *Développements récents en arbitrage civil et commercial* (1997), Cowansville, Editions Yvon Blais, 1997, 183 p.

GAUTRAIS, V. et K. BENYEKHLEF, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », (1999) *33 R.J.T.* 536

GAUTRAIS, V., G. LEFEBVRE et K. BENYEKHFLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables: la notion de *lex electronica* », (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 547

GRAHAM, W.C., « The New-York Convention of 1958 : A Canadian Perspective », *L'Arbitrage Commercial International, Actes du 1^{er} Colloque*, Université Laval, Québec, Éditions Wilson Lafleur, 1986, p.186

GREENBLATT, J. L. and GRIFFIN, P., « Towards the Harmonization of International Arbitration Rules : Comparative Analysis of the Rules of the ICC, AAA, LCIA and CIETAC », (2001) 17(1) *Arbitration International* 101

GUSY, M. F., « The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention : Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99) », (2002) *J. of Int. Law* 363

HANOTIAU, B., « Arbitration and Bank Guarantees : An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes » (1999) 16(2) *Journal of International Arbitration* 1

HERMANN, H., « Does the world need addition and uniform legislation on arbitration? », (1999) 15(3) *Arbitration International* 211

JACQUES, E., « Should the Key Terms Awards, Commercial and Binding be defined in the New York Convention ? », (1989) *J. of Int. Law* 161

JAROSSON, C., « Les frontières de l'arbitrage », (2001) *Rev.arb* 5

KAHN, P., « À propos des sources du droit du commerce international », dans A.-M. Frison-Roche (dir.), *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p.381

KAPLAN, N., « Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? », (1996) 12(1) *Arb.int.* 27

KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L., « International Commercial Arbitration Laws in Canada: Adaptation of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration », (1988), 5 *Journal of International Arbitration* 43

LADOUCEUR, A., « Enclenchement et préalables », *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 67

MANN, F.A., « An agreement in writing to arbitrate », (1987) 2 *Arb. Int* 171

MARQUIS, L., « La convention d'arbitrage : actualités et perspectives », *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1997, 167

MARQUIS, L., « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 McGill L.J. 448

MELIS, W., « Considering the advisability of preparing an additional Convention, complementary to the New York Convention », dans le cadre de la Conférence des Nations Unies, *L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: Expérience et perspectives*, New York, Publications des Nations Unies, 1999

MEYER, J. et T. W. SEITZ, « Recognizing and Understanding Consent Issues in Arbitration », Mai (2000) Michigan Bar Journal, 514

NEUHAUS, J. E. and H. HOLTZMANN, « A guide to the Uncitral model law on international commercial arbitration : Legislative history and commentary », *International Commercial Arbitration : A transitional perspective*, Minnesota, American Casebook Series, 1999, p.150

O'CONNOR, J. G., « Maritime Arbitration Without Consent Vouching, Consolidation and Self-Execution – Will the New York Practice Migrate to Canada? » (1993) Jour. of Int. Arb. 10

OPPETIT, B., « La clause arbitrale par référence », (1990) Rev.Arb. 551

PAULSSON, J., « *May* or *Must* Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics », (1998) 14 Arb. Int 227

ROLLAND, L., « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit », François Gény (dir.), *Mythes et réalités 1899-1999, Centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, p.420

STERN, B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : Que disent les travaux préparatoires? », *Mélanges en l'honneur de Phillippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux*, Paris, Litec, 2000, p.223

SURVEYER, E.-F., « Réformes proposées au Code de procédure civile » (1924) 2 R. du D. 351

THOUMYRE, L., « L'Échange des consentements dans le commerce électronique », (1999) 5 Lex Electronica, en ligne: <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm> (consulté le 1er octobre 2005)

TREMBLAY, R., «Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage», (1988) 90 R. du N. 394

THUILLEAUX S. et M. PROCTOR, «l'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale », (1992) 37 McGill L.J. 470

SHWARTZ, M., « la forme écrite de l'article II, al. 2 de la Convention de New York du 10 juin 1958 », (1968) 64 Rev. Suisse de jur. 49

VAN DEN BERG A., « Consolidated Commentary of Court Decisions on the New York Convention », (1996), XXI Yearbook Commercial Arbitration 428

VAN HOUTTE, V., « Consent to Arbitration Through Agreement to Printed contracts: The Continental Experience », (2000) 16(1) Arbitration International 18

II. LÉGISLATION ET RÉGLEMENTATION

A) DOCUMENTS INTERNATIONAUX

Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Société des Nations, 122 R.T.N.U. 346, le 29 juillet 1927

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958, Nations Unies, 330 R.T.N.U. 330

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Nations Unies, New York, 11 avril 1980

Convention interaméricaine d'arbitrage du commerce international, Panama, 30 janvier 1975

Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, CIRDI, 575 R.T.N.U. 169, 1965

Convention sur les accords d'élection de for, Conférence de la Haye en droit international privé, 30 juin 2005.

Guide d'interprétation de cette Loi type sur le commerce électronique, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, [A/51/628], 16 décembre 1996

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, [A/40/17], 21 juin 1985

Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, [A/51/628], 16 décembre 1996

Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, [A/56/588], 5 juillet 2001

Mémoire d'accord sur le règlement de différends de l'Organisation Mondiale du Commerce, Organisation mondiale du commerce, Acte final d'Uruguay, (Annexe 1). 1996

Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage, CIRDI, 1985

Règlement d'arbitrage de la CCI, CCI, 28 I.L.M. 231, 1^{er} juillet 1921

Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, (15 décembre 1976), Rés. AG 31/98 (1976), 31e session, document [A/31/17]

Règlement du Conseil européen concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, en ligne : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0689.pdf (consulté le 15 septembre 2005)

Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, 117 R.T.N.U. 394, 28 juillet 1924

B) INSTRUMENTS NATIONAUX

1. Canada

Loi concernant l'arbitrage commercial, L.C. 1986, c.22

Loi de mise en œuvre de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, L.C. 1986, c. 21

2. Provinces canadiennes

Charte québécoise des droits et liberté de la personne, L.R.Q., chapitre C-12

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

International Commercial Arbitration Act (Alberta), R.S.A. 1986, c. 1-6.6

International Commercial Arbitration Act (Île-du Prince-Édouard), R.S.P.E.I. 1988, c. 1-5

International Commercial Arbitration Act (Saskatchewan), S.S. 1988-89, c. 1-10.2

International Commercial Arbitration Act (Terre-Neuve), S.N. 1986, c. 45

International Commercial Arbitration Act (Colombie-Britannique), S.B.C. 1986, c. 14

International Commercial Arbitration Act (Nouvelle-Écosse), S.N.S. 1986, c. 12

Loi sur l'arbitrage commercial international (Manitoba), S.M. 1986-87, c. 32

Loi sur l'arbitrage commercial international (Nouveau-Brunswick), L.N.-B. 1986, c. 1-12.2

Loi sur l'arbitrage commercial international (Ontario), L.R.O. 1990, c. 1.9

Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage, L.R.Q., 1986, c.73

C) INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE DROIT INTERNE

Arbitration Act, Angleterre, (1996) chapitre 23

Federal Rules of Evidence (États-Unis), LII 2004 ed.

La Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 27 septembre 1968

Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RO 1988 1776 (Suisse)

Loi sur l'arbitrage (Allemagne), 1997

Loi sur l'arbitrage (Pays-Bas)

Nouveau Code de procédure civile français (N.C.P.C.), Livre quatrième : La conciliation, la médiation et l'arbitrage

Règlement d'arbitrage international de la Chambre de Commerce de Zurich, 1989

Rules and procedures, American Arbitration Association, 1er novembre 2001

Uniform Commercial Code, American Law institute, National Conference of Commissioners on Uniform States Laws, en ligne : <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html> (consulté le 1er octobre 2005).

III. JURISPRUDENCE

A) SENTENCES ARBITRALES INTERNATIONALES

Basler Juristische Mitteilungen, sentence rendue en 1979, (1979) 8 *Yearbook commercial Arbitration* 309

Bundesgerichtshof, sentence rendue en 1977, (1977) 6 *Yearbook commercial Arbitration* 242

Bundesgerichtshof, sentence rendue par le tribunal allemand le 12 février 1976, (1978) *Yearbook commercial Arbitration* 12

Compagnie de Navigation et Transports c. Mediteranean Shipping Company, Sentence rendue le 16 janvier 1995 par le Tribunal Fédéral, (1996) 21 *Yearbook Commercial Arbitration*, 697

Corte di Cassazione, sentence rendue en 1979, (1979) 8 *Yearbook Commercial Arbitration* 296

Corte di Apollo di Firenze, sentence rendu en 1979, (1979) 8 *Yearbook Commercial Arbitration* 289

Décision No 56/66 de la Commission d'arbitrage bulgare, citée par Kojouharoff, 156

Décision No 114/69 de la Commission d'arbitrage, citée par Stastny, *Rev. arb.* 1973, p. 111-122, Stastny (M.)

Hilmarton, Cass. Civ. 1ère, 23 mars 1994, *Rev. arb.* 1327

Israel Chemicals Phosphates Ltd. c. N.V. Algemene Oliehandel rondisernentsrechtbank, sentence rendue en le 8 juin 1976 par le Tribunal cantonal de Genève, (1976) 1 *Yearbook commercial Arbitration* 195

Landgericht Zweibruecken, sentence rendue en 1979, (1979) 8 *Yearbook commercial Arbitration* 262

Obergericht Basel-Land, DIETF c. RF AG, sentence rendue le 5 juillet 1994, (1996) 21 *Yearbook Commercial Arbitration*, 686

Oberster Gerichtshof, sentence rendue le 17 novembre 1971, (1976) 1 *Yearbook commercial Arbitration* 182

Prawo c. Handlu Zagraniczny, 1963, Pisar 94 (Trib. De Varsovie)

S.A. c. Sudan Oil Seeds Company, sentence rendue le 5 novembre 1985 par le Tribunal fédéral suisse, (1987) 12 *Yearbook Commercial Arbitration* 511

Sentence rendue en 1971 par la Cour de cassation italienne (1976) *Yearbook commercial Arbitration* 3620/1971

Sentence rendue en 1967 par le Tribunal Cantonal de Genève (1968) *Yearbook commercial Arbitration* 56

Sentence rendue en 1976 par la Cour de cassation italienne, no 1887, (1978) III *Yearbook commercial arbitration*, 17

Sentence rendue le 21 mars 1985 par le Tribunal Fédéral (1987) *Yearbook commercial Arbitration* 511

Sentence rendue en 1993 sous les auspices de la CCI dans l'affaire no 7154, J.D.I. 4, 1993

Sentence rendue en 1996 (1996) *Yearbook commercial Arbitration* 428

Sentence rendue en le 18 mars 1994 par le tribunal de Hamburg (1997) 22 *Yearbook commercial Arbitration* 53

B) DÉCISIONS JUDICIAIRES INTERNATIONALES

Abdullah M. Fahem c. Mareb Yemen Insurance and Tomen, Queen's Branch Reports [1997], 2 Lloyd's Rep, 738, (1998) *Yearbook of Commercial Arbitration*, 789

BGH, 24 septembre 1952, *Rev. arb.* 1955. 44

Civ., 3 mars 1992, *Rev.Arb.* 1993.273, note Mayer

Coastal Trading Inc. c. Zenith Navigation S.A., 446 F. Supp. 330 (S.D.N. Y. 1977)

Cour suprême de Finlande, KKO : 1953, 1^{er} octobre 1953

Fehr (Frank) & Co. c. Kassen Jivnaj & CO., (1949) 112 Lloyd's L.R.673

Ferrara S.p.A. c. United Grain Growers Ltd., 441 F. Supp. 778 (S.D.N.Y 1977)

H. Small Limited c. Goldroyce Garment Limited, [1994] 2 HKC 526

Heyman c. Darwins Ltd, (1942) 1 All E.R. 337 (H.L.)

In re Hines (192/1) 222 App. Div. 543.226 N.Y.S. 562

Level Export Corp. c. Wolz. Aiken & Co. (1953) 305 N.Y.82

Mauritius Sugar Syndicate c. Black Lion Shipping Co. S.A, 1 Lloyd's Law Rep. 545, (Q.B. 1978) 95

Paris, 14 février 1970, *Rev. arb.* 1970. 148

RG. dans JW 1922, 706

RIBOLZI, *Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turin, UTEC, 1974

Société Bomar Oil c. Entreprises Tunisienne d'Activités Pétrolières (ETAP), (Cour d'Appel), Paris, 20 janvier 1987, *Rev.Arb.*, 1987, 482, note Kessedjian

Soiouzprometeksport c. Pratus, (1939), cité dans Ramzaitsev, 15

Zambia Steel c. James Clark (Cour d'appel), [1986], 2 Lloyd's Rep. 225

C) DÉCISIONS JUDICIAIRES CANADIENNES

Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée., [2001] R.J.Q. 173 (C.S.)

Bélangier c. 2846-7405 Québec inc., J.E. 91-1064 (C.S.)

Bridgepoint International (Canada) Inc. c. Ericsson Canada Inc., J.E. 2001-1233 (C.S.)

Centre communautaire juridique de Québec c. Deschênes, J.E. 95-667 (C.S.)

Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Les Constructions Serge Sauvé ltée, [1990] R.J.Q. 2784 (C.A.)

Construction Stam inc. c. A. & J.L. Bourgeois ltée, J.E. 98-1620 (C.S.)

Desbois c. Industries c. Davie inc., J.E. 90-994 (C.A.)

Entreprises modernes Daveluyville inc. c. Industries Leclerc inc., J.E. 96-416 (C.S.)

GreCon Dimter c. J.R.Normand inc, C.S.C., no 30217, 22 juillet 2005, j. LeBel, par. 37 (2005-CSC-46)

Guns n' Roses Missouri Storm Inc. c. Productions musicales Donald K. Donald inc., [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.)

Lamothe c. Lamothe, J.E. 2001-1068 (C.S.)

Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc., J.E. 90-278 (C.S.)

Montgrain c. St-Germain, [1992] R.J.Q. 1864 (C.S.)

Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.), J.E. 94-1591 (C.S.)

Néron c. Néron, J.E. 97-552 (C.S.)

Poinsot c. Abaziou, J.E. 91-491 (C.A.), [1991] R.D.J. 145 (C.A.)

Québec Combustion inc. c. Fidelity Insurance company of Canada, [1980] C.S. 803

Re-Max Idéal Idéal c. Deschamps, Montréal, J.E. 89-1550 (C.A.)

Robitaille c. Centre Rail-control inc., J.E. 2001-1153 (C.S.)

Romiga inc. c. Centre du pilote V.I.P. inc., A.E./P.C. 2002-1846 (C.Q.)

Société immobilière 3000 Inc. c. Harvey, [1985] C.A. 594

Sport Maska Inc. c. Zitter, [1988] 1 R.C.S. 564

Standard Life c. Boulianne, [1999] R.L. 341 (C.A.)

World LLC c. Parenteau & Parenteau Int'l Inc. A.J.Q./P.C. 1998-632 (C.S.)

Zodiak International Productions c. The Polish People's Republic, [1983] 1 R.C.S. 529

2860-8826 Québec inc. c. 160059 Canada ltée, J.E. 96-1707 (C.S.)

D) AUTRES DOCUMENTS

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 16 juin 1986, Québec, p. 2975

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 30 octobre 1986, Québec, p. 3671

BANQUE MONDIALE, *Document de réflexion sur les consultations et le Règlement des différends entre les membres du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement de l'OMC*, [WT/WGTI/W/141], 11 septembre 2002, en ligne: <www.worldbank.org/icsid/> (consulté le 30 octobre 2005)

COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'EUROPE, *Recommandation à la CNUDCI concernant l'application d'équivalents électroniques*, [TRADE/CEFACT/1999/CRP.7], 26 février 1999

CONGRÈS DU CONSEIL INTERNATIONAL POUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (3 au 6 mai 1998)*, Paris, Kluwer Law International, 1999

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE, *Rapport de la cinquante et unième session du Groupe de travail des pratiques juridiques et commerciales internationales (WP.5) (17 au 19 novembre 2003)*, document [TRADE/WP.5/2003/10]

CIRDI, *Document de réflexion sur les consultations et le Règlement des différends entre les membres du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement de l'OMC*, 11 septembre 2002, [WT/WGTI/W/141], en ligne: www.worldbank.org/icsid/ (consulté le 1 octobre 2005)

Le Petit Larousse, Paris, Les Éditions Françaises, 1994

NATIONS UNIES, *L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: Expérience et perspectives*, New York, Publications des Nations Unies, 1999

OMC, *Le commerce international, tendances et statistiques*, New York, Publications de l'Organisation mondiale du commerce, 1995

E) DOCUMENTS DE LA CNUDCI

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session*, Vienne, 20 novembre au 1^{er} décembre 2000, document A/CN.9/485

CNUDCI, *Étude du Secrétariat sur la Convention de New York*, New York, Publications des Nations Unies, 1979, A/CN.9/168

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session*, New York, 14-25 février 2000, document A/CN.9/467

CNUDCI, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de sa 18^e session*, 1985, document A/40/17, supp.17, en ligne : <<http://www.uncitral.org>> (consulté le 1 octobre 2005)

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 43^e session*, Vienne, 3 au 7 octobre 2005, document A/CN.9/589

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 34^e session*, Vienne, 21 juin au 1^{er} juillet 2001, document A/CN.9/487

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa 44^e session* Vienne, 11 octobre 2004, document A/CN.9/57

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 36^e session* New York, 4-8 mars 2002, document A/CN.9/508

CNUDCI, *Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires en vue de leur inclusion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, 39^e session Vienne, 10 au 14 novembre 2003, document A/CN.9/WG.II/WP.124

CNUDCI, *Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux - Note du secrétariat* 28^e session 24 novembre 2004, document A/CN.9/577

CNUDCI, *Règles uniformes sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation-Rapport du Secrétaire général*, 20 au 31 mars 2000, 32^e session, document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1

CNUDCI, *Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions*

uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation-Rapport du Secrétaire général, 20 au 1^{er} décembre 2000, 33^e session, document A/CN.9/WG.II/WP.110

CNDUCI, Règlement des litiges commerciaux - Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation 34^e session, New York, 21 mai 2001, document A/CN.9/WG.II/WP.113

CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage - Note du secrétariat, 36^e session, New York, 4 au 8 mars 2002, document A/CN.9/WG.II/WP.118

CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux : Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage -Note du secrétariat 43^e session, Vienne 3 au 7 octobre 2005, document A/CN.9/WG.II/WP.136

ANNEXE 1

**Convention pour la reconnaissance et l' exécution des sentences arbitrales
étrangères
(New York, 10 juin 1958)**

Article I

La présente convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées ,et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

On entend par " sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par les arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

Au moment de signer ou de ratifier la la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d' extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur a base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

Article II

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

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.

Le tribunal d'un État 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 la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Article III

Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de condition sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

Article IV

Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande :

(a) l'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité

(b) l'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

Article V

La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

(a) que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicables, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou

(b) que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou

(c) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou

(d) que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou

(e) que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

(a) que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou

(b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Article VI

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, e) l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence ; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution, de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Article VII

Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité Des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères

cesseront de produire leurs effets entre les Etats contractants du jour, et dans la mesure où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

Article VIII

La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout État Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre État qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article IX

Tous les Etats visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article X

Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la notification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces ces territoires.

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux Etats fédératifs ou non unitaires :

(a) en ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral

seront les mêmes que celles des Etats contractants qui ne sont pas des Etats fédératifs ;

(b) en ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des Etats ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des Etats ou provinces constituants ;

(c) un Etat fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre Etat contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

Article XII

1 - La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des Etats qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion

Article XIII

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.

Tout Etat qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que la Convention cessera d'appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.

La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

Article XIV

Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention.

Article XV

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII:

- (a) les signatures et ratifications visées à l'article VIII ;
- (b) les adhésions visées à l'article IX ;
- (c) les déclarations et notifications visées aux articles I, X et XI ;
- (d) la date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII;
- (e) les dénonciations et notifications visées à l'article XIII ;

Article XVI

La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

ANNEXE 2

Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

Chapitre 1 - Dispositions générales

Article 1 - [Champ d'application]

1. La présente loi s'applique à l'arbitrage commercial international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État.
2. Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État.
3. Un arbitrage est international si:
 - a) les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou
 - b) un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:
 - i) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;
 - ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou
 - c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.
4. Aux fins du paragraphe 3 du présent article,
 - a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage,
 - b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.
5. La présente loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente loi.

Article 2 - [Définitions et règle d'interprétation]

Aux fins de la présente loi:

1. Le terme « arbitrage » désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage;
2. L'expression « tribunal arbitral » désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;
3. Le terme « tribunal » désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un État;

4. Lorsqu'une disposition de la présente loi, à l'exception de l'article 28, laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;

5. Lorsqu'une disposition de la présente loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à un convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;

6. Lorsqu'une disposition de la présente loi, autre que celles du paragraphe a) de l'article 25 et de l'alinéa 2 a) de l'article 32, se réfère à une demande, cette disposition s'applique également à une demande reconventionnelle et lorsqu'elle se réfère à des conclusions en défense, elle s'applique également à des conclusions en défense sur une demande reconventionnelle.

Article 3 - [Réception de communications écrites]

1. Sauf convention contraire des parties,

a) toute communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale; si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, une communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen attestant la tentative de remise;

b) la communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux communications échangées dans le cadre de procédures judiciaires.

Article 4 - [Renonciation au droit de faire objection]

Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai.

Article 5 - [Domaine de l'intervention des tribunaux]

Pour toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

Article 6 - [Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage]

Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées... (Chaque État adoptant la loi-type précise le tribunal, les tribunaux ou,

lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.)

Chapitre II - Convention d'arbitrage

Article 7 - [Définition et forme de la convention d'arbitrage]

1. Une « convention d'arbitrage » est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'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, d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de toute autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Article 8 - [Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal]

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

Article 9 - [Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal]

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

Chapitre III - Composition du tribunal arbitral

Article 10 - [Nombre d'arbitres]

1. Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

2. Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

Article 11 - [Nomination de l'arbitre ou des arbitres]

1. Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

2. Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

3. Faute d'une telle convention,

a) en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6;

b) en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visés à l'article 6.

4. Lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties,

a) une partie n'agit pas conformément à ladite procédure, ou

b) les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure, ou

c) un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visés à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

5. La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visés à l'article 6, conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article, n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Article 12 - [Motifs de récusation]

1. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

2. Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-

ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

Article 13 - [Procédure de récusation]

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.
2. Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12. 2. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.
3. Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de trente jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le tribunal ou autre autorité visés à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence.

Article 14 - [Carence ou incapacité d'un arbitre]

1. Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou, pour d'autres raisons, ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visés à l'article 6 de prendre une décision, qui ne sera pas susceptible de recours, sur la cessation du mandat.
2. Le fait qu'en application du présent article ou de l'article 13.2, un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés à l'article 12.2 ou dans le présent article.

Article 15 - [Nomination d'un arbitre remplaçant]

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.

Chapitre IV - Compétence du tribunal arbitral

Article 16 - [Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence]

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu'il statue sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

Article 17 - [Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires]

Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée.

Chapitre V - Conduite de la procédure arbitrale

Article 18 - [Égalité de traitement des parties]

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Article 19 - [Détermination des règles de procédure]

1. Sous réserve des dispositions de la présente loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

2. Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

Article 20 - [Lieu de l'arbitrage]

1. Les parties sont libres de décider du lieu de lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection des marchandises d'autres biens ou de pièces.

Article 21 - [Début de la procédure arbitrale]

Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé débute à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur.

Article 22 - [Langue]

1. Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

Article 23 - [Conclusions en demande et en défense]

1. Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2. Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé.

Article 24 - [Procédure orale et procédure écrite]

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. Cependant, à moins que les parties n'aient convenu qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.
2. Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.
3. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

Article 25 - [Défaut d'une partie]

- Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime,
- a) le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23.1, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale;
 - b) le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23.1, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur;
 - c) l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Article 26 - [Expert nommé par le tribunal arbitral]

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral
 - a) peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;
 - b) peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.
2. Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert, après présentation de son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses.

Article 27 - [Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves]

Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.

Chapitre VI - Prononcé de la sentence et clôture de la procédure

Article 28 - [Règles applicables au fond du différend]

1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.
2. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.
3. Le tribunal arbitral statue « ex aequo et bono » ou en qualité d'amiable compositeur, uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.
4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

Article 29 - [Prises de décisions par plusieurs arbitres]

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les questions de procédure peuvent être tranchées par un arbitre-président, si ce dernier y est autorisé par les parties ou par tous les membres du tribunal arbitral.

Article 30 - [Règlement par accord des parties]

1. Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.
2. La sentence d'accord-parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

Article 31 - [Forme et contenu de la sentence]

1. La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.
2. La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas, ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3. La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20-1. La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.
4. Après le prononcé de la sentence, une copie signée par l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Article 32 - [Clôture de la procédure]

1. La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par une ordonnance rendue par le par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.
2. Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque:
 - a) le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;
 - b) les parties conviennent de clore la procédure;
 - c) le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.
3. Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve de dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34.

Article 33 - [Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle]

1. Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai,
 - a) une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;
 - b) si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.
2. Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.
3. Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis de la sentence. S'il juge la demande justifiée, le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours.

4. Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5. Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation la sentence ou à la sentence additionnelle.

Chapitre VII - Recours contre la sentence

Article 34 - [La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale]

1. Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2. La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si

a) la partie en faisant la demande apporte la preuve:

i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent État; ou

ii) qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) que la sentence porte sur un différend non visé par le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou

iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente loi; ou

b) le tribunal constate:

i) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou

ii) que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État.

3. Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4. Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal, peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période

dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

Chapitre VIII - Reconnaissance et exécution des sentences

Article 35 - [Reconnaissance et exécution]

1. La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

2. La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue (3).

Article 36 - [Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution]

1. La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que:

a) sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve:

i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

ii) que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

v) que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou

b) si le tribunal constate que

i) l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou que

ii) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent État.

2. Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au sous-alinéa 1 a) v) du présent article, le tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie