

JANA DOMINIQUE JAEGER

**L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE DES POUVOIRS DE L'ARBITRE EN  
COMMERCE INTERNATIONAL**

Mémoire  
Présenté  
à la Faculté des études supérieures  
de l'Université Laval  
pour l'obtention  
du grade de maître en droit (LL.M.)

FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ LAVAL

AVRIL 1998

© Jana Dominique Jaeger, avril 1998



National Library  
of Canada

Bibliothèque nationale  
du Canada

Acquisitions and  
Bibliographic Services

Acquisitions et  
services bibliographiques

395 Wellington Street  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

395, rue Wellington  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

*Your file Votre référence*

*Our file Notre référence*

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-31736-6

Canada

## RÉSUMÉ

L'essor considérable de l'arbitrage commercial international au cours de cinq derniers décennies a accru l'importance de la question du caractère exécutoire des sentences rendues et donc du rôle des juridictions étatiques à cet égard. Les fondements de la matière sont fournis par la Convention de New York de 1958, qui délimite les motifs du contrôle judiciaire des pouvoirs exercés par les arbitres. Après avoir identifié ces motifs, nous tenons d'établir comment les tribunaux étatiques les contrôlent effectivement à l'aide d'une analyse comparée de la jurisprudence au Canada, en France, aux États-Unis et en Angleterre. Nous essayons alors d'évaluer si ces tribunaux sont parvenus à un juste équilibre entre la nécessité d'assurer la légalité de la sentence et l'obligation du respect de l'autonomie de l'arbitre. Ce faisant, nous tiendrons aussi compte des exigences d'uniformité et de prévisibilité des conditions d'application des sentences internationales.

signature de l'étudiante

signature du directeur

*À mes parents*

## ***REMERCIEMENTS***

Ainsi s'achève un défi personnel et une expérience très marquante pour moi. Une expérience qui n'aurait pas été possible sans la générosité de mes parents que je tiens à remercier tout d'abord, non seulement pour leur support financier mais surtout pour leur support électr@nique par lequel ils m'ont beaucoup encouragée.

De même, je veux remercier mon grand-père pour ses nombreuses lettres par la voie traditionnelle et que j'ai fortement appréciées.

Un très gros merci, tout particulier, à mon «lecteur personnel», Pierre Noël, qui s'est mis, avec une patience infinie à la tâche de corriger mes fautes de français. Je tiens aussi à le remercier pour son appui et les discussions échangées et qui m'ont inspirées et clarifiées l'esprit. Vielen Dank, Pierre.

Évidemment, je remercie mon directeur de recherche, Alain Prujiner, pour avoir accepté de me diriger et pour sa grande coopération et disponibilité.

Je veux remercier également mes colocataires, Marie, Anne-Marie et Gary, qui m'ont fait découvrir le Québec dans toutes ses couleurs, le bleu, le rouge et les couleurs de l'été indien...., ce qui a grandement contribué à me faire vivre une expérience d'immersion québécoise incomparable. Merci de m'avoir toujours encouragée.

*Last but not least*, c'est mon copain Heiko auquel je veux dire merci pour m'avoir distraite et aidée, toujours au bon moment.

# TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	1
PREMIER CHAPITRE.....	9
La Convention de New York .....	9
I. L'influence de la Convention sur l'arbitrage international .....	9
A. Contexte historique .....	10
1. Le Protocole de Genève de 1923 .....	10
2. La Convention de Genève de 1927 .....	11
B. Le mécanisme de contrôle de la Convention de New York.....	12
C. Cadre d'application .....	16
1. Les sentences étrangères .....	16
2. Les sentences "non considérées comme domestique" (internes).....	17
3. Les sentences a-nationales .....	17
D. Principes directeurs.....	20
1. Exclusivité des motifs de refus d'exécution .....	21
a) Discretion.....	21
(1) Refus d'exécution sans motif.....	22
(2) Exécution malgré la présence d'un motif de refus .....	25
b) Le principe de l'estoppel .....	26
2. Absence de révision sur le fond de la sentence.....	28
3. Le fardeau de la preuve à la charge du défendeur .....	30
4. Pro-enforcement bias .....	31
E. Particularité: Absence de voies de recours .....	32
1. Approche traditionnelle .....	33
2. Approche moderne.....	34
a) L'affaire Chromalloy .....	34
b) L'affaire Hilmarton .....	38
c) Analyse .....	41
II. Conclusion .....	42

DEUXIÈME CHAPITRE .....	44
Analyse des décisions rendues sous la Convention de New York .....	44
III. Les motifs de refus d'exécution .....	44
A. Art. V (1)(b) - Due process .....	44
B. Art. V (1)(c) - Excès de pouvoir .....	46
1. Interprétation de la mission de l'arbitre.....	48
a) Hall c. Superior Court.....	48
b) Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.....	50
c) Co. Maritima Villa Nova c. Northern Sales.....	52
2. Le principe de l'estoppel .....	53
3. Amiable Composition et lex mercatoria .....	55
a) Mines, Minerais et Métaux (MMM) c. Mechema Ltd.....	55
b) Compagnie Financière Mocupia c. Société Inveko France .....	58
c) Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Société anonyme Norsolor.....	59
d) Analyse .....	62
4. Réparation du préjudice .....	62
a) Mission de l'arbitre définie très large.....	63
b) Mission délimitée.....	66
c) Analyse .....	69
C. Art. V (2) (a) - Ordre public.....	70
1. Interprétation restrictive.....	70
2. Différence entre l'ordre public interne et international .....	71
3. Défaut de motivation de la sentence .....	74
4. Partialité de l'arbitre .....	78
a) Fertilizer Corporation of India et al. c. IDI Management, Inc.....	78
b) Marc Rich & Co. A.G. c. Andros Compania Maritima S.A.....	79
c) Analyse .....	80
5. Fraude .....	81
6. Principe de la contradiction – Estoppel .....	82
a) Société ISEC c/ Société Bidas.....	82
b) La Doctrine .....	86

---

7. Ordre Public et erreur de droit .....	87
a) Les Etats-Unis et le «Manifest Disregard of the Law» .....	88
b) Le Canada et l'Angleterre .....	90
c) The Nema Test.....	92
d) La France .....	93
CONCLUSION.....	94

## INTRODUCTION

Le développement de l'arbitrage commercial privé international<sup>1</sup> a connu un essor impressionnant au cours des cinq dernières décennies. Avec la révolution industrielle et la spécialisation accrue du commerce interne et international, l'arbitrage est devenu la règle plutôt que l'exception pour résoudre un litige transnational<sup>2</sup>. Constituant un moyen efficace, moins coûteux et plus confidentiel que les procédures traditionnelles, l'arbitrage offre aux entreprises, impliquées dans les transactions commerciales internationales, un régime attrayant et adapté à leurs besoins d'efficacité. Un trait essentiel de ce système privé de résolution des litiges est l'autonomie de la volonté des parties<sup>3</sup> concernant le déroulement de la procédure arbitrale qui a pour conséquence qu'elles peuvent, par exemple, déterminer les règles de droit et le lieu de l'arbitrage. Les parties peuvent choisir leurs propres arbitres<sup>4</sup> et les instruire avec une très grande flexibilité en ce qui concerne l'étendue de leur pouvoir et les règles procédurales à appliquer. Souvent elles en profitent pour choisir un homme

---

<sup>1</sup> Ce travail traite uniquement l'arbitrage en droit privé, laissant de côté l'arbitrage entre États ainsi que l'arbitrage en droit de travail. Cependant, s'il y a lieu, les interprétations du droit de travail seront prises en considération.

<sup>2</sup> W.L. Craig, «Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration» (1995) 30 *Tex. Int'l L.J.* 1 [ci-après «Trends and Developments»]; L. Marquis, «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois» (1992) 37 *McGill L.J.* 448 à la p. 451; W.M. Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown & Repair*, Durham, Duke University Press, 1992 à la p. 5 [ci-après *Systems of Control*].

<sup>3</sup> K.R. Davis, «When Ignorance of the Law Is No Excuse: Judicial Review of Arbitration Awards» (1997) 45 *Buffalo L.R.* 49 à la p. 51; C.M. Schmitthoff, «Finality of arbitral awards and judicial review» dans J. Lew, dir., *Contemporary problems in international arbitration*, London, Centre for commercial Law Studies, 1986 à la p. 230.

<sup>4</sup> N. Antaki, «Arbitrage ad hoc ou selon le Règlement du CACNIQ?» Journée Jean Robert, 13 janvier 1989, Le centre d'arbitrage commercial national et international du Québec.

d'affaire, un professionnel, qui connaît bien le domaine au cœur du litige et qui est familier avec les coutumes applicables<sup>5</sup>.

Cependant, il faut toujours entrevoir la possibilité qu'une partie refuse d'accepter la sentence comme décision finale et de s'y soumettre. Finalement le succès d'une procédure arbitrale dépend en grande partie de la coopération et de la bonne foi des parties<sup>6</sup>. L'occurrence d'un tel refus fait ressortir un grand point de faiblesse de l'arbitrage, à savoir que l'arbitrage n'est pas un système autonome. Le tribunal arbitral ayant des pouvoirs suffisants pour résoudre un litige ne dispose pas des pouvoirs de coercition pour forcer l'exécution de la décision rendue<sup>7</sup>. Le refus de la partie perdante de se soumettre à la sentence entraîne donc l'obligation de la partie gagnante de recourir aux juridictions des États qui détiennent le monopole légal de la force d'exécution<sup>8</sup>. Cette force est une prérogative de l'État<sup>9</sup> qu'il est peu disposé à déléguer aux tribunaux privés. Par conséquent, il faut déclencher une deuxième procédure après celle de l'arbitrage, car les juridictions de l'État ne prêtent pas leur *imperium* pour l'exécution d'une sentence arbitrale sans un certain contrôle afin de vérifier si la sentence n'enfreint pas les principes généraux de droit, ainsi que l'intégrité de la procédure et l'application des garanties procédurales fondamentales, comme *audi alteram partem*.

Il va de soi qu'un contrôle limité pour garantir les exigences fondamentales concernant la légalité d'une sentence est nécessaire, voire indispensable. Par contre, un contrôle démesuré peut bouleverser toute la procédure de l'arbitrage et cela dans chaque

---

<sup>5</sup> C. Hausmaninger, «Droits et obligations de l'arbitre à l'égard des parties et de l'institution arbitrale» dans Bulletin de la Cour internationale de la CCI, *Le statut de l'arbitre, Supplément spécial*, Décembre 1995, p.37 à la p.38.

<sup>6</sup> W.L. Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards» (1988) 4 *Arbitration International* 174 à la p. 181 [ci-après «Uses and Abuses»].

<sup>7</sup> M.H. Strub, «Resisting Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V(1) (e) and Article VI of the New York Convention: A Proposal for Effective Guidelines» (1990) 68 *Tex. L.R.* 1031 à la p. 1038.

<sup>8</sup> Ce point de faiblesse s'oppose à ce qui est considéré comme un de plus grands avantages de l'arbitrage, c'est-à-dire que le juge est remplacé par un homme de commerce. Le fait que la position de l'arbitre soit remplie par une personne connue et respectée dans un certain secteur d'activité commerciale engendre une forme de pression chez les participants au litige et surtout sur la partie perdante. En effet, les membres d'un tel secteur de commerce ou d'un groupe commercial se sentent moralement obligés d'accepter et d'exécuter une sentence rendue par l'un d'eux.

<sup>9</sup> A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., London, Sweet & Maxwell, 1991 à la p.454. [ci-après *International Commercial Arbitration*].

direction. Un contrôle faible qui laisse trop d'autonomie et trop de liberté à l'arbitre risque de permettre des abus dans la procédure arbitrale. L'exécution forcée d'une sentence impartiale, malhonnête ou contraire au droit aux dépens d'une partie pourrait fortement discréditer le processus d'arbitrage et entraîner une perte de confiance des parties en cette procédure. Par contre, un contrôle judiciaire trop fort va résulter dans un transfert du pouvoir de décision du tribunal arbitral à une juridiction étatique. Pourtant, l'arbitrage privé est marqué par sa nature contractuelle<sup>10</sup> et les parties ont choisi le tribunal arbitral pour sa neutralité et probablement pour son expertise dans le domaine en question. Si les tribunaux exercent un contrôle tellement fort que la décision des arbitres est finalement remplacée par la décision des juges, il ne vaudrait plus la peine d'aller en arbitrage car les parties se retrouveraient, ni plus ni moins, dans la même situation que si elles avaient choisi directement une procédure devant les juridictions étatiques. Afin de préserver l'efficacité et la particularité de l'arbitrage, il faudrait donc établir un juste équilibre entre l'autonomie de l'arbitre et le contrôle nécessaire pour garantir la légalité de la sentence.

Concernant l'étendue du contrôle judiciaire, une autre conséquence s'ajoute au niveau international: l'intensité d'un tel contrôle dépend de la loi interne d'arbitrage en vigueur dans le pays où l'exécution est demandée. Ces lois peuvent différer, et, de fait, elles varient d'un pays à l'autre. Si chaque juridiction contrôle alors les sentences en fonction des particularités de sa propre loi, ou encore si les tribunaux essaient d'imposer leur propre interprétation de la loi aux dépens de celle faite par l'arbitre, il pourra arriver, au niveau international, que la sentence soit exécutée dans un pays, mais que cette exécution soit refusée dans un autre. Exercé de cette manière non uniforme, le contrôle judiciaire risque de rendre le sort des sentences imprévisible, et de laisser la partie gagnante dans une situation d'incertitude quant à la finalité de la sentence, ce qui est particulièrement important dans le cadre de l'arbitrage international<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> K.R. Davis, «When Ignorance of The Law is No Excuse: Judicial Review of Arbitration Awards» (1997) 45 Buffalo L.R. 49 à la p.52.

<sup>11</sup> Voir W. M. Reisman, *Systems of Control*, voir *supra* note 2. Selon Reisman ces intérêts rivalisants sont reflétés par un adage romain, disant que «*interesse rei publicae ut sit finis litium*» et la citation suivante de Abraham Lincoln: «Nothing is final until it's right». *Id.*

L'étendue du pouvoir des juges nationaux à l'égard du contrôle judiciaire des sentences est une question essentielle pour les participants à l'arbitrage commercial international, car c'est cette étendue qui détermine d'abord le caractère exécutoire d'une sentence arbitrale. Une autre question assez essentielle et liée à la première est de savoir comment les juges exercent ce pouvoir, de savoir quand ils refusent l'exécution d'une sentence et quand ils l'acceptent. Dans le présent mémoire, nous nous intéresserons à ces aspects de contrôle au niveau international. En analysant le contrôle des sentences internationales par les tribunaux nationaux, nous tenterons d'établir si ces derniers sont parvenus à un juste équilibre entre le contrôle nécessaire et l'autonomie de l'arbitre ou s'ils essaient d'imposer leur propre conception juridique aux parties. De même les questions de l'uniformité et de la prévisibilité des sentences internationales seront étudiées.

Pour ce faire il convient, tout d'abord, de présenter brièvement, le fonctionnement du système de contrôle judiciaire en arbitrage international qui est lié à sa nature mixte ainsi qu'à l'absence d'institutions de contrôle comparables à celles du niveau national.

Le contrôle en arbitrage privé peut s'exercer sur deux niveaux: le premier est exercé par les parties en limitant le pouvoir de l'arbitre et le second par la juridiction étatique en examinant les sentences rendues par cet arbitre. Ce double niveau de contrôle illustre très bien la nature mixte de l'arbitrage privé, c'est-à-dire sa nature contractuelle ainsi que judiciaire<sup>12</sup>.

Par nature contractuelle, on entend que la source du pouvoir de l'arbitre se trouve dans le contrat de nomination (*receptum arbitri*), conclu entre les parties et l'arbitre et dans lequel les parties déterminent "la mission de l'arbitre"<sup>13</sup>, c'est-à-dire, elles déterminent quelles sont les questions devant être traitées par celui-ci. Ce dernier ne peut pas rendre de décisions pour lesquelles les parties ne lui ont pas délégué de pouvoirs<sup>14</sup>, comme, en revanche, il ne peut pas rendre de décisions en omettant des questions qui lui ont été

---

<sup>12</sup> B.G. Poznanski, «The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration» [1987] 4 J. of Int'l Arb. 71 à la p. 72.

<sup>13</sup> *Société Farhat Trading Company c. Société Daewoo*, Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 6 mars 1996, [1997] Rev. arb. 69.

<sup>14</sup> Décision *ultra petita*.

soumises par les parties<sup>15</sup>. Selon la formule classique de Justinien: *Arbiter nihil extra compromissum facere potest*<sup>16</sup>. Cette idée de distribution de pouvoir se retrouve dans la doctrine de «l'excès de pouvoir» qui exige qu'une sentence, ayant été rendue soit *ultra* soit *infra petita*, puisse être annulée sur demande. Sans ce mécanisme de contrôle, l'arbitre deviendrait un juge avec discrétion absolue sans avoir l'obligation de justifier sa décision. La doctrine d'excès de pouvoir est donc la base du contrôle au niveau contractuel<sup>17</sup>, et cela tant au niveau interne qu'international. Cela dit, au niveau contractuel, le contrôle s'exerce de la même façon en arbitrage interne et international: c'est la doctrine d'excès de pouvoir qui s'applique.

D'autre part, par nature judiciaire de l'arbitrage, on entend qu'il appartient aux tribunaux d'examiner si les allégations d'excès de pouvoir par les parties sont fondées et de décider de la nullité d'une sentence s'ils constatent une telle faute. Nous tenons à faire remarquer l'interdépendance qui existe entre ces deux niveaux de contrôle: c'est le deuxième niveau de contrôle qui rend le premier effectif. Si la mission de l'arbitre n'a pas été bien et clairement définie au premier niveau les tribunaux ne reconnaîtront probablement pas que l'arbitre a outrepassé sa mission. Dans ce sens, ce sont les tribunaux nationaux qui décident finalement des limites de la mission de l'arbitre.

En arbitrage interne, ce sont les tribunaux nationaux qui assument cette fonction. Ce contrôle fonctionne assez bien dans un système juridique qui est organisé d'une manière hiérarchique, et où une juridiction impartiale contrôle les allégations des parties concernant le comportement et les décisions des arbitres. Exercé d'une manière stable, le contrôle par la juridiction étatique rend les sentences plus prévisibles et, ainsi, s'ajoute comme un avantage supplémentaire à l'arbitrage.

---

<sup>15</sup> Décision *infra petita*.

<sup>16</sup> Digest de Justinien 4, 8 - 332 - 21.

<sup>17</sup> W.M. Reisman, *Systems of Control*, voir supra note 2, à la p. 6.

Or, au plan de l'arbitrage international il n'existe pas d'institutions de contrôle comparables à celles au niveau du droit interne<sup>18</sup>. La conséquence d'un tel fait est considérable: en absence de contrôle central, le résultat de l'arbitrage peut varier suivant l'influence de considérations juridiques, sociologiques et culturelles du système de droit qui s'applique au contrôle de la sentence<sup>19</sup>. Si le contrôle par les tribunaux étatiques en arbitrage international est exercé d'une façon nationale, c'est-à-dire basé sur les idées propres du système du droit du pays dont on demande le contrôle, les parties se retrouvent ni plus ni moins dans la même situation que si elles avaient choisies de soumettre leur litige directement devant la juridiction de cet état.

C'est exactement cette situation que les parties voulaient fuir en choisissant l'arbitrage. La comparution devant un tribunal étranger peut, en effet, représenter un environnement hostile pour un commerçant, étant donné que ce dernier n'est pas familier avec le système de droit, les lois à appliquer ou même la mentalité des juges<sup>20</sup>. En fait, la loi nationale, imprévisible et inconnue, ne s'applique pas pendant le litige, mais après le litige par le biais du contrôle exercé sur la sentence. Un tel contrôle, qui diffère d'un pays à l'autre, rendrait le respect des sentences imprévisible et pourrait ainsi ternir sérieusement à l'image de l'arbitrage international et mener à un *forum shopping*.

Pour éviter telles conséquences et pour promouvoir le traitement uniforme des sentences arbitrales internationales, il a été déjà proposé de créer une instance internationale ayant la juridiction exclusive pour l'annulation de telles sentences<sup>21</sup>. Mais, comme un auteur l'a remarqué récemment, il faut se rendre compte, que «le temps, où on

---

<sup>18</sup> *Ibid.*; A.J. van den Berg, «Commentary Cases Reported in Vol. IX» (depuis 1982 par A.J. van den Berg), dans *Yearbook Commercial Arbitration*, publié par l'International Council for Commercial Arbitration (ICCA) en coopération avec le T.M.C. Asser Institute for International Law, Cambridge, Kluwer Law International, *Yearbook* Vol. IX (1984) à la p. 383 [ci-après *Yearbook* avec renvois aux volumes].

<sup>19</sup> L. Marquis, «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois» (1992) 37 McGill L.J. 448 à la p. 451.

<sup>20</sup> W.W. Park, «The relative reliability of arbitration agreements and court selection clauses» dans J.L. Goldsmith, dir., *International dispute resolution: The regulation of forum selection*, 14<sup>th</sup> Sokol Colloquium, Irvington, Transnational Publishers, Inc., 1996 à la p.4; W.L. Craig, «Trends and Developments», *supra* note 2, aux pp. 2, 3.

<sup>21</sup> H. Holtzmann, *A Task for the 21<sup>st</sup> Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards* dans *The Internationalization of International Arbitration*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995.

aura une institution comme une cour de commerce mondiale ayant juridiction coercitive, est encore loin»<sup>22</sup>.

Même s'il ne faut pas sous-estimer le succès de l'arbitrage international – la majorité des litiges est réglée sans intervention des juridictions étatiques<sup>23</sup> et la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) estime que 90 % de ses sentences sont exécutées volontairement<sup>24</sup> – tant qu'une institution telle que mentionnée n'existe pas encore, le contrôle des sentences arbitrales internationales reste nécessairement soumis aux juridictions nationales, avec tous les désavantages qui s'en suivent. Pour que un tel contrôle des sentences internationales ne détruise pas entièrement l'intégrité du processus de l'arbitrage, il convient de trouver un juste équilibre entre le contrôle nécessaire et la manière adéquate et uniforme de l'exercer.

Dans notre mémoire nous présenterons d'abord la Convention de New York de 1958 et les principes qui la soutiennent. Cette Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères constitue, au niveau international, le traité dominant pour l'arbitrage. Visant la limitation et l'uniformisation du contrôle d'arbitrage international, elle a considérablement contribué au développement impressionnant de cette méthode par l'établissement d'une liste des motifs de refus qui se veut exclusif.

Ensuite, nous procéderons à une analyse comparée de la jurisprudence au Canada, en France, aux États-Unis et en Angleterre, ainsi que des législations pertinentes. Partant des motifs de refus établis sous la Convention de New York, nous étudierons comment les juridictions nationales ont réalisé les idées de la Convention et dans quelle mesure elles

---

<sup>22</sup> J. Paulsson, «Rediscovering the New York Convention: Further Reflections on Chromalloy» (1997) 12 *Mealey's Int'l Arb. Report* # 4, 20 à la p. 28 [ci-après «Rediscovering the New York Convention»].

<sup>23</sup> *Ibid.* à la p.3; M.H. Strub, voir *supra* note 7, à la p. 1038; G. Goldberg, *A Lawyer's Guide to Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., New York, American Law Institute - American Bar Association, 1983 à la p. 59; G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) 47 *R. du B.* 435 à la p. 438.

<sup>24</sup> P. Lalive, «Enforcing Awards» dans ICC Int'l Court of Arbitration, 1984, *Sixty Years of ICC Arbitration: A Look at the Future*, p. 67 aux pp. 318, 319.

sont parvenues à un contrôle mesuré et uniforme. Parce que les décisions de justice portant sur le refus d'exécution des sentences arbitrales sont beaucoup trop nombreuses pour qu'une analyse complète de tous les motifs de refus prévus à l'art. V de la Convention soit possible, nous ne nous intéresserons qu'aux motifs par lesquels l'exécution du pouvoir de l'arbitre est contrôlée, laissant de côté les motifs purement formels et procéduraux. Plus précisément, les motifs de refus mentionnés sous l'art. V (1)(b)<sup>25</sup>, l'art. V (1)(c)<sup>26</sup>, et sous l'art. V (2)(b)<sup>27</sup> seront traités.

Parallèlement, nous étudierons quels dangers ont été relevés au plan doctrinal concernant l'application de ces motifs et comment le développement de l'harmonisation des standards de contrôle est jugé.

---

<sup>25</sup> L'art. V (1) se lit comme suit: «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: [...] (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 [...]».

<sup>26</sup> [...] (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; [...]

<sup>27</sup> «2. 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:[...] (b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays».

## PREMIER CHAPITRE

### La Convention de New York

#### I. L'influence de la Convention sur l'arbitrage international

La Convention de New York de 1958<sup>28</sup> est la Convention la plus importante en arbitrage commercial international. En 1996, le nombre des États adhérant à cette Convention s'élevait à 109<sup>29</sup>. Avec la mise en œuvre de la Convention de New York on a essayé d'établir un mécanisme qui puisse garantir que le contrôle nécessaire soit entrepris d'une manière uniforme et qu'ainsi les avantages de l'arbitrage puissent prendre effet sans limite au niveau international<sup>30</sup>. Le buts poursuivis par la Convention de New York sont l'accroissement de la prévisibilité et de la promptitude de l'arbitrage international par l'établissement d'un système harmonisé de recours limités à l'encontre des sentences et leur exécution<sup>31</sup>. Pour résumer ces buts, certains tribunaux ont utilisé l'expression "*pro-*

---

<sup>28</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 21 U.S.T. 2518, 330 R.T.N.U. 38, [ci-après *Convention ou Convention de New York*].

<sup>29</sup> Les sentences rendues sous la Convention de New York ainsi qu'une liste des Étatss adhérants sont rapportées le, *Yearbook*, voir *supra* note 18, voir par ex. *Yearbook Volume XXI* (1996) aux pp. 385 et s.

<sup>30</sup> La France a adhéré la Convention de New York comme un des premiers pays le 26 juin 1959. Au contraire, Canada l'a seulement ratifié le 12 mai 1986, les États-Unis le 30 septembre 1970, et l'Angleterre le 24 septembre 1975.

<sup>31</sup> G. Gaja, dir., *International Commercial Arbitration, New York Convention*, t.1, Partie III, Booklet 4, *Travaux Préparatoires*, New York, Oceana Publications, Inc., janvier 1978 [ci-après *Travaux Préparatoires*]; J.A. Pietrowski, «Enforcing International Commercial Arbitration Agreements-Post *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*» (1986-1987) 36 *Am. U.L. Rev.* 57 à la p. 67.

*enforcement bias*<sup>32</sup>, ou, pour le dire en latin *praesumptio juris tantum*<sup>33</sup>. L'influence de la Convention sur l'arbitrage apparaît dans toute sa clarté au regard de son contexte historique.

## **A. Contexte historique**

La Convention de New York a deux prédécesseurs, le Protocole de Genève de 1923<sup>34</sup> et la Convention de Genève de 1927<sup>35</sup>. Tous les deux ont été relégués à l'histoire avec la mise en oeuvre de la Convention de New York. En effet, à l'art. VII (2) de cette dernière il est prévu qu'elle prévaut dans le cas où des pays seraient membres de deux Conventions, ou encore de la Convention de New York et du Protocole de Genève<sup>36</sup>.

### ***1. Le Protocole de Genève de 1923***

Le Protocole de Genève poursuivait deux buts. En premier lieu, il tentait de rendre les conventions d'arbitrage, et notamment les clauses compromissoires<sup>37</sup>, exécutoires au niveau international, afin que les parties soient obligées d'aller en arbitrage plutôt qu'avoir recours aux tribunaux étatiques. En second lieu, il voulait que des sentences rendues sous ces clauses compromissoires soient exécutoires<sup>38</sup>. Cependant, la réalisation de ces buts sous le Protocole de Genève était très limitée. Concernant l'exécution des clauses compromissoires, le Protocole était applicable seulement si la clause était conclue entre parties venant de juridictions différentes<sup>39</sup>. Quant à l'exécution des sentences, chaque état signataire assurait leur exécution seulement sous ses propres lois et seulement concernant

---

<sup>32</sup> Voir par ex. *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. c. Société Générale de l'industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974).

<sup>33</sup> Cette expression fut utilisée par une cour italienne, Corte di Appello di Naples, 20 février 1975, *Carters (Merchants) Ltd. c. Francesco Ferraro*, rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), voir *supra* note 18, aux pp. 275 et s..

<sup>34</sup> *Protocole de Genève de 1923*, L.N.T.S. (1924) Vol. XXVII p.158.

<sup>35</sup> *La Convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 1927, L.N.T.S. (1929-30), Vol. XCII, p. 302.

<sup>36</sup> G.Gaja, dir., *International commercial arbitration: New York Convention*, t. 1, Partie I. A. 2, New York, Oceana Publications, Inc., février 1984 [ci-après *New York Convention*].

<sup>37</sup> Concernant l'acceptation et le respect des conventions, la Convention de New York ne fait plus de différence entre "compromis" et "clause compromissoire".

<sup>38</sup> En fin de compte, ces deux buts se retrouvent aussi dans la Convention de New York.

<sup>39</sup> *Protocole de Genève de 1923*, Art. 1, voir *supra* note 34.

des sentences rendues sur son territoire suite à une clause compromissoire valable dans le cadre du Protocole de Genève<sup>40</sup>.

## 2. La Convention de Genève de 1927<sup>41</sup>

La Convention de Genève a élargi le cadre d'application du Protocole de Genève en tant qu'elle prévoyait l'exécution des sentences non seulement sur le territoire du pays où elles étaient rendues, mais dans tous les pays membres de la Convention. En outre, elle posait plusieurs conditions pour l'exécution d'une sentence, conditions dont l'application a souvent posé problème. Par conséquent, on les a abolies sous la Convention de New York. Une différence éclatante entre la Convention de Genève et la Convention de New York est que, sous la première, c'était la partie gagnante qui devait établir le respect des conditions de validité de la sentence, alors que selon la Convention de New York le fardeau de preuve contraire repose sur l'intimé. La partie gagnante doit seulement produire la convention d'arbitrage conclue entre les parties ainsi que la sentence<sup>42</sup>, ce qui fait preuve *prima facie* de son droit de faire exécuter la sentence. De plus, la Convention de Genève demandait «[q]ue la sentence soit devenue finale dans le pays où elle a été rendue[...]»<sup>43</sup>. Cette condition a causé le problème du "double *exequatur*" parce que, dans certains pays, une sentence n'est pas considérée comme finale avant que la cour n'ait ordonné *l'exequatur*. Pour prouver que la sentence était finale, il fallait donc que la partie gagnante obtienne d'abord un *exequatur* dans le pays où la sentence avait été rendue, et, ensuite, qu'elle obtienne un *exequatur* dans le pays où la partie voulait l'exécuter<sup>44</sup>. Dans la Convention de New York, cette condition a été abandonnée en remplaçant le mot "final" par le mot "obligatoire"<sup>45</sup>. Cette notion n'est

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, Art. 3.

<sup>41</sup> *Convention pour l'exécution des Sentences Arbitrales Étrangères de 1927* [ci-après *Convention de Genève*].

<sup>42</sup> Art. IV de la Convention de New York: 1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédente, 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 [...]; (b) l'original de la convention visée à l'article 2 [...].

<sup>43</sup> Art. 1 d) de la Convention de Genève.

<sup>44</sup> A. Redfern et M. Hunter, *International Commercial Arbitration*, voir *supra* note 9, à la p. 62.

<sup>45</sup> G. Gaja, dir., *Travaux Préparatoires*, voir *supra* note 31.

pas définie par la Convention<sup>46</sup> mais il est accepté à l'unanimité<sup>47</sup> qu'elle exige que la sentence rendue ait force exécutoire entre les parties<sup>48</sup>. En général c'est le cas si les voies de recours ordinaires ne sont plus recevables alors que la possibilité d'un moyen extraordinaire n'empêche pas la qualification de la sentence comme obligatoire. Un tel moyen extraordinaire se présente, par exemple, si l'arbitrage a été soumis au règlement d'une institution d'arbitrage international que prévoit une révision à l'intérieur de l'institution<sup>49</sup>. Par rapport à la situation sous les traités de Genève, les circonstances, concernant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence internationale, ont donc été considérablement améliorées avec la mise en œuvre de la Convention de New York.

## **B. Le mécanisme de contrôle de la Convention de New York**

Concernant le contrôle des sentences internationales, la Convention de New York énumère dans son art. V les motifs exclusifs sur la base desquels une partie peut demander que l'exécution d'une sentence soit refusée:

« 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

- (a) que les parties à la convention visée à l'article 2 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, 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; 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

---

<sup>46</sup> W.L. Craig, «Uses and Abuses», voir *supra* note 6, à la p. 187.

<sup>47</sup> Voir par ex. G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) 47 R. du B. 435 aux pp. 446, 458; S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec*, à la p. 183.

<sup>48</sup> Cette interprétation a été reprise par la nouvelle loi anglaise, *Loi de 1996 sur l'arbitrage*, dans sa section III traitant «Reconnaissance et exécution de certaines sentences étrangères». A l'art. 103 f), qui est comparable à l'art. V de la Convention de New York il est prévu que «[l]a reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne seront refusées que [si] la sentence n'a pas encore l'autorité de la chose jugée entre les parties [...]», traduit sans valeur officielle dans [1997] Rev. arb. 93 et s..

<sup>49</sup> W.L. Craig, «Uses and Abuses», voir *supra* note 6, à la p. 187.

- (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 ;a 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.
2. 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.

Les motifs de l'art. V (1) doivent être prouvés par la partie qui veut que l'exécution de la sentence soit refusée, alors que les motifs de l'art. V (2) peuvent être invoqués par les cours *ex officio*. Dans ce sens, les motifs de l'art. V (2) de la Convention fonctionnent comme soupape de sécurité pour les juridiction nationales prévoyant que ces dernières ne sont pas obligées d'exécuter une sentence qu'elles considèrent contraire à leur ordre public. Ces soupapes de sécurité ont facilité l'adhésion à la Convention et ont, en effet, renforcé les attentes quant à l'exécution des sentences<sup>50</sup>. Destinée à faciliter et uniformiser l'exécution des sentences au niveau international, la Convention de New York a contribué à l'établissement des "conditions transnationales", en déterminant les motifs de refus d'exécution pour les sentences internationales de manière exclusive<sup>51</sup> et, ainsi, l'étendue du pouvoir de contrôle du juge national. A cause de cette énumération limitative, chaque juge national a recours aux mêmes conditions pour contrôler s'il est adéquat de refuser l'exécution de la sentence. Pour qu'un tel système de "conditions transnationales" fonctionne, il est primordial que leur interprétation soit uniforme.

Le régime de contrôle établi à l'art. V de la Convention a servi comme modèle pour la plupart des traités multilatéraux ou des lois. Les motifs qu'il établit ont été repris dans d'autres traités multilatéraux<sup>52</sup>, comme *l'Inter-American Convention on International*

---

<sup>50</sup> M.W. Reisman, *Systems of Control*, voir *supra* note 17, à la p. 111.

<sup>51</sup> Art. V Convention de New York.

<sup>52</sup> D.P. Stewart, «National Enforcement of Arbitral Awards under Treaties and Conventions» dans *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century: "Judicialization" and Uniformity ?*, R.B. Lillich et C. N. Brower, dir., Irvington, Transnational Publishers, Inc., 1994, p. 163 à la p. 164.

*Commercial Arbitration de 1975*<sup>53</sup> ou la *Convention Européenne en Arbitrage International Commercial de 1961*<sup>54</sup>. Ils ont aussi été repris par la *Loi Type de la CNUDCI*<sup>55</sup> en soulignant expressément qu'on ne voulait pas élargir le cadre des motifs de refus comparé à celui de la Convention pour ne pas contrevenir à une interprétation uniforme au niveau international. L'importance de cette Convention pour l'arbitrage international commercial rend l'interprétation uniforme de ses motifs d'autant primordiale.

La mise en œuvre de la Convention a aussi laissé des traces au niveau national. En fait, elle a contribué massivement au développement rapide de l'arbitrage comme méthode alternative pour résoudre des litiges au niveau international<sup>56</sup> et a initié le développement des législations en faveur de l'arbitrage. Ayant réalisé l'importance et l'utilisation accrue de l'arbitrage par le commerce international, beaucoup de pays ont adopté des nouvelles lois adaptées à l'interdépendance des relations commerciales internationales<sup>57</sup>. A cause des grands intérêts financiers qui y sont impliqués, il s'est carrément développé une sorte de compétition entre législations pour créer le for disposant du cadre juridique le plus favorable et attrayant pour encourager les entreprises à mener leurs litiges dans cette juridiction<sup>58</sup>.

L'évolution du Canada à ce chapitre est assez remarquable, ayant été décrite comme une "transformation significative". Après avoir hésité longtemps avant d'accéder à la Convention de New York, le Canada fut un des premiers pays à adopter la Loi Type en 1986, tout cela en quelques mois seulement<sup>59</sup>. Au Canada la Convention de New York a été

---

<sup>53</sup> 30 janvier 1975, Publié dans *Yearbook* Vol. III (1978), voir *supra* note 18, p. 15.

<sup>54</sup> 21 avril 1961, 484 U.N.T.S. 364; il faut noter que cette Convention a seulement repris les quatre premiers motifs de la Convention de New York, laissant de côté l'art. V (1)(e) et l'art. V (2).

<sup>55</sup> *Loi Type sur l'arbitrage commercial international*, adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international, Doc. Off. CNUDCI, 18 sess., Supp. N. 17, Doc. NU A/40/17 (1985); art. 36 (1) est presque identique avec la Convention de New York.

<sup>56</sup> A. Redfern et M. Hunter, *International Commercial Arbitration*, voir *supra* note 9, à la p. 7.

<sup>57</sup> Voir pour Canada: *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, S.C. 1986, c. 21; *Commercial Arbitration Act*, S.C. 1986, c. 22; pour la France: Décret n° 81-500 du 12 mai 1981, J.O., 14 mai 1981, 1380; modifiant le *Nouveau Code de Procédure Civile*; pour les États-Unis: *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. §§ 201 - 208; pour Angleterre: *The Arbitration Act (Commencement N°1) Order*, 1996, 1996 n°3146 (C.96), reproduit en Français dans [1997] Rev. arb. 154.

<sup>58</sup> W.C. Graham, «The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction» (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 2 à la p. 4.

<sup>59</sup> *Ibid.* à la p. 5.

mise en vigueur le 10 août 1986<sup>60</sup>. Toutes les provinces du Canada de même que le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest ont adopté une législation uniforme visant à donner effet à la Convention<sup>61</sup>. La *Uniform Law Conference* a aussi adopté le *Uniform International Commercial Arbitration Act* qui a inclus la Convention de New York et la *Loi Type de la CNUDCI* comme appendices<sup>62</sup>. Au Québec, la Convention n'a pas été incorporée directement dans la loi, mais l'essentiel de l'art. V de la Convention de New York a été repris par les art. 948 à 951.2 C.P.C.<sup>63</sup>, dont l'art. 948 C.P.C. prévoit explicitement qu'il faut en vue d'interprétation «[tenir] compte, s'il y a lieu, de la Convention [de New York]». Les dispositions mentionnées traitent de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec et leur interprétation. Suivant cette logique la Convention de New York s'applique tant aux sentences rendues dans une autre province canadienne, ou dans un des deux territoires, qu'aux sentences rendues hors du Canada<sup>64</sup>.

Aux États-Unis la Convention de New York a été incorporée totalement dans la loi fédérale, formant le chapitre II du *Federal Arbitration Act (FAA)*<sup>65</sup>. Concernant l'interprétation de la Convention, le *FAA* prévoit au chapitre I que ses dispositions s'appliquent aussi aux sentences internationales si une telle application n'entre pas en conflit avec les dispositions de la Convention de New York.

La France ayant adoptée la Convention de New York comme un des premiers pays en 1958, dispose d'une loi interne très progressiste<sup>66</sup> qui a déjà été qualifiée "d'excessivement libérale"<sup>67</sup>. De l'avis unanime des commentateurs, la législation française a largement atteint son objectif qui était de clarifier et de simplifier le régime des voies de

---

<sup>60</sup> *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, R.S.C. 1985, c. 16 (2<sup>nd</sup> Supp.).

<sup>61</sup> *Northern Sales Company Limited c. Compania Maritima Villa Nova S.A.*, [1992] 1 F.C. 550 à la p. 554.

<sup>62</sup> 1986 ULCC Proc. aux pp. 54-80. Uniform Law Conference of Canada, *Proceedings of the Sixty-Eight Annual Meeting* (1986) aux pp. 54-80.

<sup>63</sup> J.E.C. Brierley, «Québec's New (1986) Arbitration Law» (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 58 à la p. 66.

<sup>64</sup> M. Lalonde, «Canada» dans P. Sanders et A.J. van den Berg, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, Volume I, Suppl. 16, The Hague, Kluwer Law International, 1993 à la p. 3.

<sup>65</sup> 9 U.S.C. §§ 201-208.

<sup>66</sup> Décret No. 81-500 du 12 mai 1981, Nouveau Code de Procédure civile J.O., 1403; voir aussi Ph. Fouchard, «L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981» (109) 1982 J.D.I. 374.

<sup>67</sup> H.G. Gharavi, «Enforcing set aside arbitral awards: France's controversial steps beyond the New York Convention» [1996] J. Transnational L. & Policy 93 à la p. 95 [ci après «Enforcing set aside arbitral awards»].

recours ouvertes contre la sentence<sup>68</sup>. Les motifs de refus prévus par la Convention de New York apparaissent dans cette loi, mais, comme dans la Convention Européenne<sup>69</sup>, l'art. V (1)(e) ne fait pas partie des motifs de refus.

La législation la plus récente se retrouve en Angleterre où le *Arbitration Act* date de 1996<sup>70</sup>. L'Angleterre a songé à adopter la *Loi type de la CNUDCI* de 1985<sup>71</sup>, mais a finalement décidé de préparer une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage qui suivait, dans la mesure du possible, la structure et la terminologie de la *Loi type*<sup>72</sup>. Cette loi réactualise la législation sur l'arbitrage qui s'appuie sur les lois de 1950, 1975 et 1979 et codifie en même temps les principes les plus importants développés par le *common law*.

### C. Cadre d'application

#### *1. Les sentences étrangères*

En vertu de l'art. I (1), la Convention de New York «[...] s'applique à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées [...]». Prise à la lettre, la Convention s'applique alors à toutes les sentences rendues dans un pays étranger sous le régime d'un système juridique étranger. Toutefois, chaque État adhérent a la possibilité de limiter ce champ d'application en soumettant l'application de la Convention de New York à une ou deux conditions. La première condition est celle de "réciprocité". Selon cette condition, la Convention s'applique seulement aux sentences qui ont été rendues dans d'autres États ayant adhéré à la Convention. D'après la deuxième condition, l'application de

---

<sup>68</sup> J. Robert, «L'arbitrage en matière internationale» [1981] D. chr. 209; Ph. Fouchard, «L'arbitrage en France, après le décret du 12 mai 1981» [1982] J.D.I. 374.

<sup>69</sup> Voir *supra* note 54.

<sup>70</sup> 1996 n°3146 (C.96), reproduit en Français dans [1997] Rev. arb. 93.

<sup>71</sup> Voir *supra* note 55.

<sup>72</sup> V.V. Veeder QC, «La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: la naissance d'un magnifique éléphant (1)» [1997] Rev. arb. 3 à la p. 5.

la Convention de New York est limitée à des transactions qui sont de nature commerciale<sup>73</sup>.

## 2. Les sentences "non considérées comme domestique" (internes)

En vertu de l'art. I, la Convention de New York s'applique «[...] également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées». Aucune définition des "sentences considérées comme n'étant pas nationales" est contenue dans la Convention. Cependant, il est accepté comme règle générale que la nationalité d'une sentence arbitrale est celle du pays dont la loi régit la procédure qui a précédé son prononcé. Le plus souvent, cela sera la loi procédurale de l'endroit où la sentence a été rendue si les parties n'ont pas déclaré un autre droit applicable<sup>74</sup>.

## 3. Les sentences a-nationales

Avec la globalisation des relations commerciales, il se pose la question à savoir si des sentences *a-nationales*<sup>75</sup> sont aussi comprises dans le champ d'application de la Convention et si elles peuvent être exécutées en vertu de ce règlement. De telles sentences relèvent d'une procédure arbitrale qui a été détachée d'une loi nationale d'arbitrage par la volonté des parties<sup>76</sup>, ayant soumis l'arbitrage, en vertu d'un accord particulier, au règlement

---

<sup>73</sup> Dans sa déclaration d'adhésion le gouvernement canadien a précisé, qu'il appliquerait la Convention uniquement aux litiges qui découlent des rapports contractuels ou non contractuels qui sont de nature commerciale selon le droit canadien. La condition de réciprocité n'a pas été adoptée. La province de Québec a ni entré la condition de commercialité ni celle de réciprocité dans sa loi d'arbitrage, voir List of Contracting States dans *Yearbook* Vol. XXI (1996), voir *supra* note 18, p. 389 à la p. 390.

<sup>74</sup> A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, à la p. 40 [ci-après *The New York Arbitration Convention*].

<sup>75</sup> Les sentences *a-nationales* sont aussi nommées transnationales, apatrides ou flottantes.

<sup>76</sup> Subcommittee of the Law Committee of the American Arbitration Association, «Report on Delocalized Arbitration» (1984) 39 *The Arbitration Journal* 58; Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, no. 508 et s.; L'existence même des sentences *a-nationales* est niée par C.M. Schmitthoff, «Finality of arbitral awards and judicial review» dans J. Lew, dir., *Contemporary problems in international arbitration*, London, Centre for Commercial Law Studies, 1986 à la p. 232. D'après cet auteur, même en arbitrage transnational, il y a toujours un lien avec une loi nationale qui serait pertinente pour des questions qui n'ont pas été réglées par les parties.

d'une des institutions de l'arbitrage international<sup>77</sup>. Des positions divergentes sont représentées par la doctrine et la jurisprudence quant au traitement de ces sentences et, jusqu'à maintenant, la question n'a pas été réglée.

Selon l'approche traditionnelle, les sentences *a-nationales* ne peuvent pas être exécutées en vertu de la Convention de New York<sup>78</sup>. L'histoire législative, ainsi que le système et le texte de la Convention, iraient à l'encontre d'une telle interprétation. Considérant l'art. V (1)(a)<sup>79</sup> et notamment l'art. V (1)(e)<sup>80</sup>, il serait clair que la Convention prend pour acquis que les sentences sont régies par une loi d'arbitrage nationale, l'annulation d'une sentence appartenant exclusivement à la juridiction du pays sous le droit duquel la sentence a été rendue<sup>81</sup>. La "dénationalisation" de la procédure d'arbitrage par l'exclusion de l'application d'une loi nationale empêcherait, par le fait même, le contrôle judiciaire d'une juridiction nationale<sup>82</sup>. Les dangers susceptibles de découler de l'acceptation du concept des sentences *a-nationales* sont perceptibles dans la décision *Götaverken*<sup>83</sup>. Dans cette décision marquante pour le sujet en question, la Cour avait déclaré irrecevable l'appel en nullité en démontrant que la sentence n'était pas française, bien qu'ayant été rendue en France. Les parties avaient soumis leur litige au règlement de la Chambre de Commerce International (C.C.I.)<sup>84</sup> et avaient laissé la tâche de désigner la loi

---

<sup>77</sup> Parmi les grandes Institutions d'arbitrage international, on compte *La Chambre de Commerce International (CCI)* à Paris, *The American Arbitration Association (AAA)* à New York, *the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* à Washington et *la Cour d'Arbitrage International (ICA)* à Londres.

<sup>78</sup> F.A. Mann, «Lex Facit Arbitrum» dans P. Sanders, dir., *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, p. 159; A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 37.

<sup>79</sup> L'art. V (1)(a) parle d'une sentence «pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue;».

<sup>80</sup> L'art. V (1)(e) parle d'une sentence annulée par un tribunal «du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue».

<sup>81</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 29; G. Gaja, *New York Convention*, voir *supra* note 36, Partie I, Introduction, I.A.3.; C. Bülow, «Zwischenstaatliche Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem UN-Übereinkommen vom 10. Juni 1958» (1961) 83 *Juristische Blätter* 305.

<sup>82</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p.29; D.P. Stewart, voir *supra* note 52, à la p. 174; J. Paulsson, «Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin» (1981) 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 358 à la p. 360; et J. Paulsson, «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters» (1983) 32 *Int'l & Comp. L.Q.* 53.

<sup>83</sup> Paris, 21 février 1980, [1980] *J.D.I.* 660 (note Ph. Fouchard).

<sup>84</sup> *Chambre de Commerce International*, Publication N° 447-3, Paris, ICC Publishing S.A., 1993.

procédurale applicable aux arbitres qui n'avaient pas procédé à une telle désignation. La Cour d'appel a donc décidé qu'il s'agissait d'une sentence *a-nationale* qui «[...] ne se rattach[ait] en aucune manière à l'ordre juridique français et ne p[ourrait pas] être considérée comme française». Elle a ajouté que le lieu du déroulement du processus n'indiquait pas le contraire, puisque «le lieu des opérations d'arbitrage, uniquement choisi pour assurer leur neutralité, n'est pas significatif et ne peut être considéré comme une manifestation de volonté implicite des parties de se soumettre, ne serait-ce qu'à titre subsidiaire, à la loi procédurale française»<sup>85</sup>. Par la suite, elle s'est déclarée non compétente et a écarté l'application de la Convention de New York<sup>86</sup>. La sentence détachée de toute loi nationale n'était donc pas révisable par les tribunaux nationaux. Cette dernière conséquence a conduit les représentants de l'approche traditionnelle à la conclusion que les sentences *a-nationales* ne sont pas exécutoires en application de la Convention de New York car le contrôle judiciaire serait essentiel pour garantir la justesse de la procédure arbitrale. En outre ils ont averti qu'il ne serait pas juste que la partie perdante, confrontée avec une sentence irrégulière, soit forcée de prouver l'invalidité de la sentence chaque fois que l'exécution en sera demandée<sup>87</sup>.

La position contraire est notamment soutenue par Ph. Fouchard<sup>88</sup>. Il interprète la lettre de l'art. I (1) d'une façon très large incluant aussi des sentences *a-nationales*<sup>89</sup>. L'auteur rappelle que la Convention de New York est destinée à faciliter l'exécution des sentences étrangères et que ses promoteurs voulaient donner un statut véritablement international aux sentences<sup>90</sup>. Même si le qualificatif international a été abandonné, le fait que la Convention vise les sentences étrangères montre, à l'avis de l'auteur, la tendance à vouloir détacher l'arbitrage des lois nationales. Faisant référence à l'art. V (1)(d) de la Convention qui confère une grande importance à l'autonomie de la volonté des parties, il

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, à la p.668; ce constat a été critiqué par A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 40.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> W.W. Park et J. Paulsson, «The Binding Force of International Arbitral Awards» (1983) 23 *Virginia Journal of International Law* 253 à la p. 265.

<sup>88</sup> Ph. Fouchard, note sous Paris, 21 février 1980, (1980) 107 *J.D.I.* 660 à la p. 673.

<sup>89</sup> Cette position a aussi été prise par le tribunal dans *Société Européenne d'Études et d'Entreprises c. République Socialiste Fédérative de Yougoslavie*, La Haye, 8 septembre 1972, [1974] *Rev. arb.* 311.

<sup>90</sup> Voir G. Gaja, *Travaux Préparatoires*, voir *supra* note 36, Partie III.A.1.2.C.

souligne que les parties devraient avoir la possibilité d'organiser la procédure arbitrale en choisissant la loi applicable, y compris la possibilité de ne pas choisir une loi nationale. En effet, un tel choix n'empêcherait pas les tribunaux d'exercer un contrôle judiciaire pour garantir la légalité d'une sentence. Cette possibilité existe toujours en vertu de l'art. V (2) de la Convention de sorte qu'aucun État ne serait obligé d'exécuter une sentence violant les principes fondamentaux de droit ou le *due process*<sup>91</sup>. Aussi Ph. Fouchard souligne que l'autonomie de la volonté des parties ne devrait pas résulter dans un manque de protection des parties. Il critique la décision *Götaverken* en disant qu'il serait dangereux de laisser aux parties la désignation de la loi procédurale applicable et de refuser ensuite un contrôle de la régularité de la sentence par le juge du lieu où la sentence a été rendue<sup>92</sup>.

Cependant, il convient de remarquer que les craintes provoquées par la décision de la Cour d'appel dans *Götaverken* sont désormais effacées, parce que la nouvelle législation française de 1981 prévoit que les sentences arbitrales internationales rendues en France peuvent toujours y être annulées<sup>93</sup>. Pour réaliser les buts poursuivis par la Convention de New York et pour respecter l'autonomie de la volonté des parties, la soumission des sentences *a-nationales* à la Convention et leur exécution devrait être acceptée.

#### D. Principes directeurs

Le chapitre V de la Convention de New York repose sur trois traits essentiels<sup>94</sup>: l'exclusivité des motifs de refus d'exécution, l'absence de révision sur le fond de la sentence, le fardeau de la preuve porté par le défendeur. Comme principe de base, il convient aussi de mentionner le "*pro-enforcement-bias*".

---

<sup>91</sup> Voir aussi Subcommittee of the Law Committee of the American Arbitration Association, «Report on Delocalized Arbitration» (1984) 39 The Arbitration Journal 58 à la p. 60.

<sup>92</sup> Ph. Fouchard, note sous Paris, 21 février 1980, (107) 1980 J.D.I. 660 à la p. 676.

<sup>93</sup> Art. 1504 *Nouveau Code de Procédure civile*.

<sup>94</sup> G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada de sentences arbitrales étrangères» (1987) R. du B. 435 à la p. 444.

### 1. *Exclusivité des motifs de refus d'exécution*

Le principe le plus important à la base de la Convention de New York est l'exclusivité des motifs pour refuser l'exécution d'une sentence internationale. Ce principe découle du texte de l'art. V de la Convention de New York, selon lequel «l'exécution de la sentence ne ser[a] refusée [...], que si [et seulement si]» la partie qui s'oppose à l'exécution peut prouver la présence d'un des motifs prévus dans l'art. V (1) ou si «l'autorité compétente [...] constate» la présence d'un des motifs de l'art. V (2). Ce principe a été reconnu presque à l'unanimité par les tribunaux étatiques<sup>95</sup> qui ont étayé cette position avec l'histoire législative de la Convention et la forte politique existante en faveur de l'arbitrage international<sup>96</sup>. Le besoin de prévisibilité et de certitude concernant l'étendue du contrôle judiciaire, exercé par les tribunaux du for, est évident dans le champ du commerce international. Il est donc essentiel que les parties puissent accéder à une information fiable à ce sujet ceci interdisant par le fait même, que les tribunaux développent d'autres motifs de refus d'exécution *praeter legem*<sup>97</sup>.

#### a) Discretion

Il est intéressant de voir comment les tribunaux nationaux traitent leur propre discrétion relativement à l'exécution d'une sentence alors qu'il y a présence d'un motif de refus, ou encore, plus important, concernant la possibilité de refuser l'exécution sans qu'il existe un motif de refus. Considérons d'abord le dernier cas.

---

<sup>95</sup> *Northern Sales Company Limited c. Compania Maritima Villa Nova S.A.*, [1992] 1 F.C. 550 aux pp. 557, 558; *Vento & C snc c. E.D. & F. Man Ltd.*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XVII (1992), voir *supra* note 18, à la p. 547 sous 7 (Italie N°114); *Président du Rechtsbank*, The Hague, 26 avril 1973, *Yearbook* Vol. IV (1979), *Ibid.*, p. 306 sous 2 (Netherlands N° 3); *Renault Jacquinet c. Sicea*, 32 II Foro Padano (1977), cols. 129 - 135 rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), *Ibid.*, p. 284; *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. c. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974); *Geotech Lizenz AG c. Evergreen Systems, Inc.*, 697 F.Supp. 1248 à la p. 1252 (E.D.N.Y. 1988); *Brandeis Intsel Ltd. c. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F.Supp. 160 à la p. 163 (S.D.N.Y. 1987).

<sup>96</sup> Voir seulement *Parsons*, *Ibid.*.

<sup>97</sup> *Brandeis Intsel Ltd. c. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F.Supp. 160 à la p. 163 (S.D.N.Y. 1987); K.P. Berger, «International Economic Arbitration», Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1993 dans la série *Studies in Transnational Economic Law*, Vol.9, N. Horn et R.M. Buxbaum, dir., à la p. 662.

(1) Refus d'exécution sans motif

L'arbitrage avait longtemps été considéré avec méfiance et comme une menace aux procédures juridiques traditionnelles. La principale critique émise à l'égard de l'arbitrage vise le respect du droit et des garanties procédurales, dont certains craignent le déclin dans cette procédure<sup>98</sup>. Pour eux, la résolution des litiges par des non-juristes et, au surcroît, parfois en application des principes d'équité, est une source permanente d'inquiétude<sup>99</sup>, ce qui explique que l'arbitrage a longtemps été confronté à une certaine hostilité de la part des tribunaux<sup>100</sup>. Les lois d'arbitrage prévoyaient alors un très grand pouvoir discrétionnaire des tribunaux nationaux pour surveiller et contrôler les arbitres. Par exemple, au Canada et en Angleterre<sup>101</sup>, les tribunaux étatiques pouvaient annuler une sentence pour «mauvaise conduite» de l'arbitre. La jurisprudence considérait comme «mauvaise conduite» chaque erreur concernant l'interprétation du droit ou des faits. Par conséquent, un juge pouvait intervenir simplement parce qu'il croyait qu'il aurait lui-même donné une meilleure interprétation du droit. De plus, les tribunaux pouvaient refuser d'exécuter une sentence et pouvaient se déclarer compétents pour chaque cas concernant une question intéressante en droit (*stated case procedure*)<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Ph. Fouchard parle dans ce contexte des «déviances processuelles» dont souffrait parfois l'arbitrage, voir «Où va l'arbitrage international» (1989) 34 McGill L.J. 435; E. Brunet, «Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution» (1987) 62 Tul. L. Rev. 1 à la p. 55; O. Fiss, «Out of Eden» (1985) 94 Yale L. J. 1669 à la p. 1673; M.H. Schwartz, «From Star to Supernova to Dark, Cold Neutron Star: The Early Life, the Explosion and the Collapse of Arbitration» (1994) 22 W. St. U.L. Rev. 1 à la p. 2.

<sup>99</sup> Ce sentiment est bien exprimé dans les remarques du juge Surveyer, formulées en 1924: «je n'aime pas [...] ces mots d'arbitre et d'arbitrage, qui comportent substitution du compromis au jugement, de l'utilité pratique à la vérité, du bon sens - ou de ce qu'on voudrait faire passer pour tel - à la loi», «Réformes proposées au Code de procédure civile» (1924) 2 R. du D. 351 à la p. 352.

<sup>100</sup> *Vinette Construction c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *National Gypsum c. Northern Sales*, [1964] R.C.S. 144; *Stroh Container Co. c. Delphi Ind., Inc.*, 783 F.2d 743 à la p. 751 (8<sup>th</sup> Cir. 1986).

<sup>101</sup> Dans les provinces sous le *common law*, le droit d'arbitrage du Canada était, jusqu'à 1986, essentiellement basé sur le droit anglais, voir W.H. Hurlburt, «A New Bottle for Renewed Wine: The Arbitration Act, 1991» (1995) 34 Alta L. Rev. 86.

<sup>102</sup> J.J. Chapman, «Judicial Scrutiny of Domestic Commercial Arbitral Awards» (1995) 74 Can. Bar. Rev. 401 à la p. 404.

Cependant, depuis les années quatre-vingt, l'attitude envers l'arbitrage interne et international est devenue plus favorable<sup>103</sup>. La forte politique en faveur de l'arbitrage qui s'est développée au cours des dernières années est désormais reflétée dans les lois nationales et les Conventions internationales par la limitation de l'intervention des tribunaux nationaux dans la procédure arbitrale. L'idée même d'un refus d'exécuter une sentence basé sur la seule discrétion du juge sans qu'il y ait un motif de refus va directement à l'encontre de l'intention de la Convention de New York de limiter les motifs de refus pour renforcer l'effectivité du processus arbitral. On ne devrait donc pas s'attendre à l'occurrence d'un tel cas. Mais, en fait, il y en a.

Dans l'affaire *Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell*<sup>104</sup> un tribunal australien a soutenu posséder une discrétion telle, qu'il pourrait refuser l'exécution sans qu'il y ait un motif de refus présent<sup>105</sup>. Pour justifier cette discrétion, il s'est référé à la décision *Dworkin c. Avraham*<sup>106</sup> rendue aux États-Unis et dans laquelle il avait été décidé que les motifs énumérés sous l'art. V de la Convention de New York ne sont pas exclusifs<sup>107</sup>. Il en tirait la conclusion qu'il pourrait alors avoir recours à la loi d'arbitrage australienne sous laquelle l'exécution de la sentence dépend de la discrétion du juge<sup>108</sup>.

Dans la décision *Dworkin c. Avraham* le tribunal avait refusé la demande de confirmation de la sentence faite par *Avraham* et avait renvoyé la sentence pour précision aux arbitres, parce qu'il la jugeait ambiguë. Le tribunal a tiré le pouvoir pour ce renvoi

---

<sup>103</sup> *UHDE GmbH c. BWV Investments Ltd. et al.*, (1994), 119 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 (C.A.S.); *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1993), 12 B.L.R. (2d) 113, 110 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 390 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), inf. par 12 B.L.R. (2d) 132 à la p. 144, 113 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 449 (Ont. C.A.); *Automatic Systems Inc. c. E.S. Fox Ltd.* (1993), 12 B.L.R. (2d) 125 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), inf. par 12 B.L.R. (2d) 148, 13 C.L.R. (2d) 165 (Ont. C.A.); *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219, 50 B.C.L.R. (2d) 207, 23 A.C.W.S. (3d) 541 (C.A. B.C.); *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.); *Dean Witter Reynolds Inc. c. Byrd*, 470 U.S. 213 (1985) à la p.219.

<sup>104</sup> (1994), 118 Australian Law Reports 657 et s.; (1994) 9 N°4 Mealey's Int'l Arb. Rep. A1; G. Gaja, dir., *International Commercial Arbitration: The New York Convention*, Oceana Publications, Inc., 1994, V.438.

<sup>105</sup> G. Gaja, *Ibid.* à la p. 438.20.

<sup>106</sup> *Dworkin-Cosell Interair Courier Services Inc. c. Avraham*, 728 F.Supp. 156 (S.D.N.Y. 1989).

<sup>107</sup> *Ibid.*, à la p. 161.

<sup>108</sup> *Halsbury's Laws of Australia*, vol 1, Sydney, Butterworths, 1 juin 1994, section 25 à [25.540].

d'une disposition de la loi fédérale américaine, le *Federal Arbitration Act (FAA)*<sup>109</sup>, qui permet au tribunal d'annuler une sentence si les arbitres «ont excédé leur pouvoir ou qu'ils l'ont exécuté d'une façon tellement mauvaise et incorrecte qu'une sentence finale, réciproque et définitive n'a pas été rendue». Il a justifié l'application de ce motif en invoquant que la sentence n'était pas finale, et qu'il faudrait distinguer l'affaire en question des précédents qui avaient expressément souligné l'exclusivité des motifs de l'art. V de la Convention<sup>110</sup>, parce que dans ces cas il n'était pas question de la finalité ou de l'ambiguïté de la sentence. Le tribunal a ensuite appliqué l'art V (1)(e) de la Convention et, faisant référence aux précédents qui ont traité la finalité<sup>111</sup>, a trouvé que cette disposition exige que la sentence soit finale et obligatoire<sup>112</sup>.

Cette décision doit être rejetée sous plusieurs aspects. Nous en retenons seulement deux. Premièrement, une des grandes conquêtes de la Convention de New York était d'avoir remédié à la situation de double *exequatur* qui existait sous la Convention de Genève de 1927, en remplaçant le mot "final" par le mot "obligatoire"<sup>113</sup>. Dans ce sens il n'est donc pas acceptable que cette condition soit réintroduite dans la Convention de New York en se basant sur une loi nationale. Cela nous amène au deuxième aspect. Le but de la Convention est, en effet, d'uniformiser les motifs de refus. Il appert donc que l'introduction des motifs nationaux contrevient au principe même d'exclusivité de la Convention<sup>114</sup>. L'hypothèse d'une discrétion du juge pour refuser l'exécution d'une sentence internationale sans l'existence d'un des motifs prévus à l'art. V de la Convention doit être clairement rejetée.

---

<sup>109</sup> 9 U.S.C. s.10; soulevant que les dispositions prévues dans la s. 10 du FAA et celles prévues dans l'art. V de la Convention de New York étaient «dans le fond équivalentes», il a renoncé à décider par quel règlement l'espèce était régie.

<sup>110</sup> *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. c. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974); *Geotech Lizenz AG c. Evergreen Systems, Inc.*, 697 F.Supp. 1248 à la p. 1252 (E.D.N.Y. 1988); *Brandeis Intsel Ltd. c. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F.Supp. 160 à la p. 163 (S.D.N.Y. 1987).

<sup>111</sup> *Ipitrade International, S.A. c. Federal Republic of Nigeria*, 465 F.Supp. 824 (D.D.C. 1978); *Fertilizer Corp. of India c. Management, Inc.*, 517 F.Supp. 948 aux pp. 955-957 (S.D. Ohio 1981).

<sup>112</sup> *Dworkin*, voir *supra* note 106, à la p. 161.

<sup>113</sup> Voir *supra* note 45.

<sup>114</sup> *Kersa Holding Company c. Infancourtage, Famajuk & Isny*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XXI (1996), voir *supra* note 18, à la p. 623 sub.13: "il ne faut pas inventer des motifs pour élargir des possibilités de refus" (Luxembourg N°1); A.J. van den Berg, «Consolidated Commentary» dans *Yearbook* Vol. XXI (1996), voir *supra* note 18, à la p. 480.

(2) Exécution malgré la présence d'un motif de refus

Il en est autrement concernant la discrétion des juridictions nationales d'exécuter une sentence malgré la présence d'un motif de refus. Conformément au but de la Convention de New York de faciliter et d'encourager l'exécution des sentences internationales, les tribunaux nationaux semblent se garder une certaine discrétion qui leur permet d'ordonner l'exécution d'une sentence, même si la présence d'un motif de refus a été prouvée<sup>115</sup>. Les tribunaux tiennent à souligner à quel point il est important qu'ils disposent de cette discrétion pour pouvoir appliquer les motifs de refus d'une façon flexible en réalisant le *pro-enforcement-bias* de la Convention<sup>116</sup>. Cependant, la question de savoir si cette discrétion s'applique aussi aux motifs de l'art. V (2) qui doivent être pris en considération d'office par le tribunal -ce qui indique, par le fait même, leur importance-, n'est pas tout à fait clair. Dans *Paklito c. Klockner*<sup>117</sup>, le tribunal a constaté «qu'il est entendu que cette discrétion ne s'applique pas dans tous les cas où un motif pour le refus est invoqué; par exemple, il n'y a pas de discrétion en cas de violation de l'ordre public». Une réponse affirmative à cette question a cependant été donnée par le juge Feldman dans la décision canadienne *Schreter c. Gasmac*<sup>118</sup> qui ne voit pas de différence entre les motifs de refus à prouver par les parties et ceux à invoquer par les tribunaux d'office. Entre ces deux positions extrêmes figure la jurisprudence allemande<sup>119</sup> avec une approche pragmatique prenant en considération le résultat de l'arbitrage. En l'espèce une lettre avait été retenue par l'arbitre et l'*American Arbitration Association* de sorte que le défendeur était empêché de donner son opinion. Selon le tribunal, une telle violation de l'ordre public ne peut pas être ignorée tant que persiste la possibilité qu'une solution plus favorable aurait pu avoir été rendue en absence de cette violation. Ceci implique que l'exécution de la sentence reste

---

<sup>115</sup> *Schreter c. Gasmac Inc.*, [1992] 7 O.R. (3d) 608 (Ont. C. Gen. Div.); *China Nanhai Oil c. Gee Tai Holdings*, rapportés dans *Yearbook* Vol. XX (1995), voir *supra* note 29, à la p. 677 sous [19] (Hong Kong N° 8); *Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company, et al. c. Million Basic Company Limited*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XIX (1994), voir *supra* note 18, p. 675 (Hong Kong N° 7): il est noté en passant que la cour se garde une discrétion d'exécuter la sentence, même en présence d'un des motifs; A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, p. 265.

<sup>116</sup> Kaplan, J., dans *China Nanhai Oil c. Gee Tai Holdings*, voir *supra* note 115, à la p. 679 sous [29].

<sup>117</sup> Rapporté dans *Yearbook* Vol. XIX (1994), voir *supra* note 18, à la p. 672 (Hong Kong N° 6).

<sup>118</sup> Voir *supra* note 115, à la p. 614.

<sup>119</sup> Oberlandesgericht Hamburg, 3 avril 1975, rapporté dans le *Yearbook* Vol. II (1977), voir *supra* note 18, à la p. 241.

possible s'il peut être exclu que le point de vue du défendeur aurait changé le résultat<sup>120</sup>. Il est cependant relevé par A.J. van den Berg que le fait de découvrir cette identité entre les solutions possibles peut facilement glisser dans une révision sur le fond de la sentence<sup>121</sup>.

b) Le principe de l'estoppel

C'est dans le cadre de l'art. II de la Convention de New York que l'exécution d'une sentence, malgré la présence d'un motif de refus, est rapportée la première fois. Le président d'une cour néerlandaise avait ordonné l'exécution d'une sentence, bien que la convention d'arbitrage, conclue entre les parties, n'était pas valable ce qui constitue le motif de refus des art. V (1)(a) et II (2) de la Convention de New York<sup>122</sup>. La partie n'avait jamais invoqué l'invalidité de la clause compromissoire pendant la procédure arbitrale, mais elle l'a fait seulement au stade de l'exécution. Le tribunal, se basant sur la langue permissive de la Convention de New York<sup>123</sup>, a jugé que la partie était empêchée d'utiliser son droit d'invoquer ce motif, car, pendant deux ans, elle n'avait jamais émis d'objections quant à la validité de la convention. Il a donc appliqué le principe de l'*estoppel* selon lequel une partie ne peut agir contre son propre comportement.

Ce cas a provoqué un débat plus large à savoir celui d'établir si une partie peut être empêchée d'invoquer des dispositions prévues dans la Convention de New York, donc si le principe de l'*estoppel* peut y être appliqué en général. Il y a plusieurs interprétations possibles quant à l'application de ce principe<sup>124</sup>.

Une première possibilité serait de considérer les règles formelles (de l'art. II de la Convention de New York) comme des conditions obligatoires qui doivent être respectées

---

<sup>120</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, p. 302.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *President of Rechtbank, The Hague, avril 26, 1973*, rapporté dans le *Yearbook* Vol. IV (1979), voir *supra* note 18, p. 305 (Netherlands N°3).

<sup>123</sup> «...the recognition and enforcement *may* be refused (emphasis by the president)...», *Ibid.*, sous 2.

<sup>124</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 182.

dans tous les cas. Il faudrait alors rejeter l'application de l'*estoppel*, l'exécution de la sentence étant impossible en l'absence de ces conditions<sup>125</sup>.

D'autre part, on pourrait exclure cette question du cadre de l'application de la Convention de New York et s'en remettre aux tribunaux et à leurs droits nationaux. L'application du principe d'*estoppel* dépendrait alors du droit du for, la Convention resterait applicable<sup>126</sup>.

Et finalement, en interprétant le principe d'*estoppel* comme un principe fondamental de bonne foi, plus fort que les exigences formelles de la Convention de New York, son application serait possible. Cette solution peut être justifiée en référant au langage permissif de l'art. V (1) de la Convention de New York<sup>127</sup>, et aux lois plus modernes de l'arbitrage qui tendent à accepter l'application du principe d'*estoppel*<sup>128</sup>.

Les cours semblent préférer la troisième solution<sup>129</sup>. Cela permet d'éviter la conséquence de la deuxième solution qui oblige à appliquer la loi nationale, ce qui ne serait pas conforme au but d'uniformisation de la Convention de New York. La troisième solution permet en plus une approche cas par cas, au lieu d'une application très rigide, conséquence de la première solution, avec laquelle on arriverait parfois à des solutions inadéquates. Le problème avec l'application du principe de l'*estoppel* est que cela rend le contrôle des sentences plus imprévisible. Il est évident que les cours ont opté pour la troisième solution parce que cela leur donne plus de liberté en appliquant la Convention de New York. Même si le principe est utilisé dans le sens de la Convention, c'est-à-dire pour empêcher des parties d'arriver à un refus d'exécution de la sentence en invoquant des motifs non

---

<sup>125</sup> Dans ce sens: Oberlandesgericht Duesseldorf, November 8, 1971 (F.R. Germany N°8; Corte di Cassazione (Sey. Un.) September 19, 1978, no. 4167, Butera v. Pagnan (Italy N°33).

<sup>126</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, aux pp. 181, 182.

<sup>127</sup> «*The courts may refuse...*»

<sup>128</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 185.

<sup>129</sup> *Chrome Resources S.A. c. Léopold Lazarus Ltd.*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XI (1986), voir *supra* note 18, pp. 538-542 (Switzerland N°10); *Tribunal Supremo*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XI (1986), *ibid.*, pp. 523-525 (Spain N°6); *Court of Appeal of Athens, Decision no. 4458 of 1984*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XIV (1989), *ibid.*, pp. 638-640 (Grèce N°10).

pertinents, il reste une certaine incertitude pour les parties, parce que son application peut varier d'un tribunal à l'autre<sup>130</sup>.

Les dispositions de la Convention concernant l'excès du pouvoir par l'arbitre, art. V (1)(c) ou le déroulement de la procédure ainsi que l'ordre public, art. V (1)(b) et art. V (1)(c), pourraient aussi soulever une question d'*estoppel*. Nous reviendrons sur cette question dans la discussion de ces articles.

## 2. *Absence de révision sur le fond de la sentence*

Les motifs de refus sont marqués par l'interdiction de réviser le contenu matériel de la sentence. Ce principe procède du premier, l'exclusivité des motifs de refus. Une révision sur le fond de la sentence supposerait l'examen de la sentence pour une erreur par rapport au droit ou aux faits commise par l'arbitre. Or la liste des motifs de l'art. V de la Convention de New York n'en contient aucun qui permet une telle révision. L'interdiction de réviser une sentence sur le fond est aussi liée au principe du droit national et international, selon lequel les tribunaux nationaux ne devraient pas s'immiscer au fond de la décision rendue par un tribunal arbitral. Comme l'avait exprimé le juge dans l'affaire *J.H. Dupuis Ltée. c. Résidence Jean de la Lande Inc.*<sup>131</sup>: «[p]ermettre que le tribunal de droit commun examine à nouveau et se prononce sur le mérite du litige, qu'il porte sur une question de fait ou de droit, serait allé [*sic*] à l'encontre de l'intention des parties présidant au recours à l'arbitrage et à l'encontre même du texte de l'art. 950 C.p.c. [...]»<sup>132</sup>.

Dans l'affaire *Ridley Terminals Inc. c. Minette Bay Ship Docking Ltd.*<sup>133</sup>, *Ridley* s'opposait à la sentence rendue par le tribunal arbitral en faveur de *Minette Bay Ship Docking Ltd.* Il soulevait que la décision du tribunal arbitral n'était pas acceptable, parce que la sentence aurait du avoir été rendue en sa faveur, c'est-à-dire en faveur du vrai

---

<sup>130</sup> Voir par exemple le droit allemand: concernant la demande en annulation d'une sentence, le Code de procédure civile allemande (Zivilprozessordnung) prévoit au § 1043 al.1 qu'une telle demande n'est recevable que si la partie peut démontrer (glaubhaft machen) qu'elle ne pouvait pas invoquer le motif pendant la procédure arbitrale sans que cela aurait été de sa faute.

<sup>131</sup> (11 mars 1981), Montréal 500-05-025942-770, J.E. 81-500 (C.S.).

<sup>132</sup> *Ibid.*, à la p. 5.

<sup>133</sup> [1989] B.C.J. No. 1882 (S.C. B.C.).

gagnant de l'arbitrage. Le juge a statué que sa tâche ne consistait pas à réviser qui avait gagné en arbitrage, parce qu'une telle révision demanderait de réévaluer la décision des arbitres par rapport aux faits. Comme la sentence était justifiée par les faits, il rejeta la demande de *Ridley*.

Le tribunal de première instance de Naples a aussi appliqué ce principe dans *Società La Naviera Granebaco S.A. c. Ditta Italgrani*<sup>134</sup>. En l'espèce, il a refusé de considérer des documents offerts par la partie défenderesse *Granebaco* pour prouver que la sentence contenait une erreur par rapport aux faits tels qu'interprétés par l'arbitre. Le tribunal napolitain a constaté qu'une telle révision menait à une révision sur le fond de la décision arbitrale ce qui n'est pas permis par la Convention de New York. Bien qu'en vertu du droit italien (Art. 798 CCP) la révision sur le fond est permise à certaines conditions, le tribunal a tenu à souligner qu'il faut respecter la limitation des motifs indiqués par la Convention de New York<sup>135</sup>.

Dans les cas mentionnés, l'application de ce principe semble simple et précis. Toutefois, il existe d'autres cas où la situation est moins claire. En effet, bien que les tribunaux ne peuvent pas examiner une sentence sur le fond, ils peuvent toujours examiner si la sentence porte sur un différend non visé par la clause compromissoire ou si la reconnaissance de la sentence viole l'ordre public, lorsque la partie intimée invoque un de ces motifs d'opposition. Un tel examen n'est pas sans soulever des problèmes de délimitation<sup>136</sup>. Prenons, par exemple, le motif d'excès de pouvoir, art. V (1)(c)<sup>137</sup>. On pourrait se demander si une erreur grave par rapport au droit ou aux faits ne constitue pas en même temps un excès de pouvoir. Ou encore, prenons l'art. V (2)(b) de la Convention de

---

<sup>134</sup> 13 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* aux pp. 861-868 (1977) cité dans *Yearbook* Vol. IV (1979), voir *supra* note 18, p. 277 et s. (Italie N°22).

<sup>135</sup> Les cours italiennes ont, sans exception, accepté que l'art.798 de leur Code de procédure civile soit remplacé par l'art. V de la Convention de New York; la Cour suprême d'Italie a été plus prudente en disant que l'art. 798 CCP, en général, n'était pas applicable aux sentences étrangères; voir *Eugenio Menaguale c. Intercommerce*, rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), voir *supra* note 18, p. 282 et s. (Italie N°25).

<sup>136</sup> *General Organization of Commerce & Industrialisation of Cereals of the Arab Republic of Syria (GOCIC) c. SIMER*, 21 *Rassegna dell'Arbitrato* (1981) pp. 145-158, rapporté dans *Yearbook* Vol. VIII (1983), voir *supra* note 18, p. 386 aux pp. 387, 388 (Italie N°53).

<sup>137</sup> Voir *supra* note 26.

New York<sup>138</sup> qui permet le refus d'exécution d'une sentence si celle-ci est contraire à l'ordre public. Est-ce qu'une sentence, basée sur une interprétation totalement erronée de la loi, ne présente pas une violation de l'ordre public? De quelle latitude le tribunal dispose lorsqu'une sentence arbitrale contient des erreurs manifestes de droit, des contradictions flagrantes ou lorsque les arbitres n'ont pas tenu compte du droit en rendant la sentence<sup>139</sup>?

Par une analyse des sentences internationales rendues sous la Convention de New York nous essaierons de montrer dans quelle mesure ce principe est clair et si son application est sans problème comme semble vouloir le faire croire la Cour du district de New York en appelant ce principe "*le concept universel d'arbitrage international*"<sup>140</sup>:

"L'essentiel de l'arbitrage est que le fond du litige ne soit pas révisé par les tribunaux étatiques, où que ceux-ci se situent. De plus, ce principe est si profondément ancré dans la doctrine américaine et spécialement la doctrine fédérale, qu'aucun autre examen de la jurisprudence n'est nécessaire. Que ce principe soit le principe fondamental de la Convention, que les tribunaux peuvent contrôler l'arbitrage pour vérifier la régularité procédurale mais doivent également résister à approfondir de façon substantielle le fond du litige, apparaît clairement dans les notes sur ce sujet du Secrétaire Général des Nations Unies"<sup>141</sup>.

### 3. *Le fardeau de la preuve à la charge du défendeur*

Finalement, le fardeau de la preuve est toujours porté par le défendeur<sup>142</sup>. Ce troisième principe est le plus clair. C'était une des améliorations de la Convention de New York vis-à-vis la *Convention de Genève*<sup>143</sup>. Le but poursuivi est d'empêcher une partie mécontente de bloquer le déroulement du processus arbitral sans avoir une raison

<sup>138</sup> Voir *supra* note 27.

<sup>139</sup> G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) R. du B. 435 à la p. 445.

<sup>140</sup> *Société ISEC c. Société Bidas*, 745 F.Supp. 172 (SDNY 1990); [1994] Rev. arb. 739.

<sup>141</sup> *Ibid.*; dans ce sens aussi: *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 aux pp. 227, 228, 50 B.C.L.R. (2d) 207, 23 A.C.W.S. (3d) 541 (C.A. B.C.), parlant d'une tendance mondiale de réduire le contrôle judiciaire concernant des sentences arbitrales internationales. Au Canada ce principe est même inscrit dans la loi, par ex. dans la province Québec, art. 951.1 C.P.C. prévoit: «Le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale ne peut examiner le fond du différend».

<sup>142</sup> *Imperial Ethiopian Government c. Baruch-Foster Corp.*, 535 F.2d 334 à la p. 336(5<sup>th</sup> Cir. 1976); *Al Haddad Bros. Enterprises, Inc. c. M/S Agapi*, 635 F.Supp. 205 à la p. 209 (D.Del 1986), conf. sans motifs par, 813 F.2d 396 (3d Cir. 1987).

<sup>143</sup> Voir *supra* note 35.

essentielle. C'est donc la partie contre qui l'exécution est demandée qui doit prouver la présence d'un motif de refus<sup>144</sup>.

#### 4. *Pro-enforcement bias*

Basé sur le but principal de la Convention de New York, la facilitation de l'exécution des sentences internationales, les cours interprètent les motifs de refus, en général, d'une manière très restrictive<sup>145</sup>. Selon cette interprétation, les motifs de refus de l'art. V (1) ne devraient être admis que dans les cas sérieux. La tentative d'une partie mécontente de menacer le déroulement régulier du processus arbitral en invoquant des motifs non pertinents, doit alors être rejetée par les juges. A l'égard des motifs de l'art. V (2), que la cour peut invoquer d'office, leur intervention ne doit être confirmée que dans les cas extrêmes.

L'application de la Convention de New York par les tribunaux étatiques est, en général, conforme à ces principes. Cependant, quelques tribunaux semblent avoir des problèmes à respecter un autre principe de la Convention de New York, soit que l'art. V remplace le droit interne si l'exécution des sentences étrangères est régie par la Convention<sup>146</sup>. Souvent, les tribunaux étatiques réfèrent à un motif de refus pour des sentences étrangères relevant de leur droit national, pour ensuite confirmer ce motif avec un motif correspondant relevant de l'art. V de la Convention de New York. Cette application, même si elle ne change pas le résultat, n'est, d'un point de vue théorique, pas correcte. L'exécution des sentences étrangères, régies par la Convention de New York, peut être

---

<sup>144</sup> La Cour suprême d'Italie a souligné qu'il ne suffit pas d'alléguer le motif, mais qu'il faut le prouver, YB XVIII (1993), voir *supra* note 18, sub. 14-16 (Italy N°122).

<sup>145</sup> *Food Services of America, Inc. (Amerifresh) c. Pan Pacific Specialties Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 1921 sous [35]; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219, 50 B.C.L.R. (2d) 207, 23 A.C.W.S. (3d) 541 (C.A. B.C.); *Copal Co. Ltd. c. Fotochrome Inc.*, 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975); *Parsons & Whittemore Overseas*, voir *supra* note 32; *Biotronik Mess- und Therapiegeraete GmbH & Co. c. Medford Medical Instrument & Co.*, 415 F.Supp. 133 (D.N.J. 1976).

<sup>146</sup> Ce principe, que l'art. V de la Convention de New York remplace les motifs de refus de l'exécution du droit interne quant aux sentences étrangères, a été constaté par un cas allemand, *Entreprise roumaine c. Entreprise allemande*, BGH, 12 février 1976, rapporté dans *Yearbook* Vol. II (1977), voir *supra* note 18, p.242 sous a (Germany N°12).

refusée en appliquant exclusivement les motifs mentionnés dans l'art. V. Le recours au droit national est considéré non seulement superflu, mais faux<sup>147</sup>.

Un autre problème d'application est que les tribunaux étatiques souvent n'indiquent pas exactement sur quel motif ils ont basé leur décision, mais appliquent la Convention de New York implicitement. Pour les parties, une telle application n'est pas très satisfaisante, car le manque de transparence d'une telle décision les empêche de comprendre la motivation des juges<sup>148</sup>.

### **E. Particularité: Absence de voies de recours**

Même si le titre de la Convention de New York ne réfère qu'à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, les juges nationaux doivent respecter les limites que leur assigne la Convention de New York dans son art. V, non seulement lorsqu'ils sont saisis d'une demande en exécution, mais aussi chaque fois qu'un recours est exercé devant eux contre une sentence régie par la Convention de New York. Il importe de noter que les voies de recours classiques qui mènent à l'annulation d'une sentence ne sont pas évoquées dans la Convention de New York. Dans son art. V, la Convention prévoit seulement des motifs en vertu desquels «l'autorité compétente du pays où [...] l'exécution [est]demandée[...]» peut refuser d'exécuter une sentence. Cette solution a été justifiée par la compétence exclusive du pays d'origine d'annuler la sentence qui a gagné force sous sa juridiction<sup>149</sup>. On a aussi essayé de l'expliquer par la différence des conséquences qui découlent de l'annulation par rapport à un refus d'exécution d'une sentence.

---

<sup>147</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 268. Cependant il convient de remarquer que Berg se base sur le cas Germany N° 12, *Ibid.* Dans ce cas, la Cour avait en effet exprimé que l'art. V serait *lex specialis* envers la loi interne. Cependant, ce point a été infirmé par la Cour suprême en invoquant l'art. VII qui prévoit que chaque partie a le droit de recourir à une loi nationale plus favorable à l'exécution que la Convention de New York. En vertu de l'art. VII c'est donc la loi nationale qui s'applique.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> A.J. van den Berg, «The New York Convention: Summary of Court Decisions» dans Marc Bléssing, éd., *The New York Convention of 1958*, Association suisse de l'arbitrage, Special Series N° 9, août 1996, p. 1 à la p. 44, [ci-après «Summary of Court Decisions»].

Quant aux conséquences découlant de la décision de refuser l'exécution d'une sentence sous la Convention, il est affirmé à l'unanimité qu'elle ne touche que la juridiction qui l'a rendue, alors que les juridictions des autres pays ne sont pas liées par cette décision de refus, mais peuvent décider à leur tour si elles veulent exécuter la sentence ou non<sup>150</sup>. Suivant cette logique, une partie, dont la demande d'exécution a été refusée dans un pays, n'est pas empêchée de demander l'exécution de la même sentence dans un ou plusieurs autres pays où se trouve des actifs de l'autre partie.

Par contre, l'effet de l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine pour l'application postérieure de cette sentence en vertu de la Convention de New York est très contesté.

### *1. Approche traditionnelle*

Selon l'approche traditionnelle, une sentence reçoit sa validité du système légal sous lequel elle a été rendue. Par conséquent, l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine lui retire cette validité, tant dans son pays d'origine que dans les autres pays<sup>151</sup>, de sorte qu'elle est nulle et non exécutoire partout. Un tel effet extra-territorial de l'annulation a été critiqué au plan doctrinal<sup>152</sup>, parce qu'il empêcherait la reconnaissance et l'exécution d'une sentence internationale dans d'autres pays.

---

<sup>150</sup> Voir par ex. W.L.Craig, «Uses and Abuses», voir *supra* note 6, à la p. 176.

<sup>151</sup> Ainsi: A.J van den Berg, «Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XVIII-XIX», dans *Yearbook XIX* (1994), voir *supra* note 18, à la p. 590; A.J. van den Berg, «The New York Convention: Summary of Court Decisions» dans Marc Bléssing, éd., *The New York Convention of 1958*, Association suisse de l'arbitrage, Special Series N° 9, August 1996, p. 1 à la p. 44; Ph. Fouchard, « Note: Arbitrage International», (1980) *J. D. I.* 660, à la p. 672; mais plus prudemment: W.L. Craig, «Uses and Abuses», voir *supra* note 6, à la p. 177.

<sup>152</sup> J. Paulsson, «Rediscovering the New York Convention», voir *supra* note 22, à la p. 24; G. H. Sampliner, «Enforcement of foreign arbitral awards after annulment in their country of origin» (1996) 11 N°9 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* 22; W.W Park, «The Lex Loci Arbitri and International commercial Arbitration» (1983) 32 *Int'l Comp. L. Q.* 21.

## 2. Approche moderne

Le débat principal tourne autour de l'art. V (1)(e)<sup>153</sup> qui est une des dispositions la plus controversée de la Convention de New York<sup>154</sup>. Cette disposition donne au juge, qui est saisi d'une demande en reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue dans un autre État, le droit de «surseoir à statuer ou de refuser de reconnaître une sentence annulée par une juridiction du lieu où la sentence a été rendue ou de celui dont la loi est applicable». Concernant l'interprétation de cet article, on a soulevé la question de savoir si un tribunal, à qui on demande en application de la Convention d'exécuter une sentence internationale, annulée par la juridiction de l'État ou l'arbitrage a eu lieu, est lié par cette annulation<sup>155</sup>; ou s'il dispose d'une discrétion pour exécuter une telle sentence quand même<sup>156</sup>.

### a) L'affaire Chromalloy

Jusqu'à la décision *Chromalloy*<sup>157</sup>, seulement la France<sup>158</sup> et la Belgique<sup>159</sup> avaient passé outre à la disposition de l'art. V (1)(e) et exécuté des sentences internationales annulées dans leur pays d'origine<sup>160</sup>. Avec l'affaire de *Chromalloy*, c'est la première fois

<sup>153</sup> L'art. V (1)(e) se lit comme suit : «1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : [...] (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».

<sup>154</sup> H.G. Gharavi, «Enforcing set aside arbitral awards: France's controversial steps beyond the New York Convention» [1996] J. Transnational L. & Policy 93 à la p. 95 [ci après «Enforcing set aside arbitral awards»].

<sup>155</sup> Ainsi A.J. van den Berg, «Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XVIII-XIX», dans *Yearbook XIX* (1994), voir *supra* note 18, p. 590.

<sup>156</sup> Ainsi expressément *Schreter c. Gasmac Inc.*, [1992] 7 O.R. (3d) 608 (Ont. C. Gen. Div.) à la p. 618; J. Paulsson, «Rediscovering the New York Convention», voir *supra* note 22.

<sup>157</sup> *Chromalloy Aeroservices Inc. c. The Arab Republic of Egypt*, Civ. N° 94-2339 (31 juillet 1996), publié dans (1996) 11 n°8 Mealey's Int'l Arb. Rep. C-54.

<sup>158</sup> *SEEE c. Yugoslavia*, [1985] Rev. Arb. 115; *Pabalk Ticaret Sirketi c. Norsolor S.A.* (1985) 112 J.D.I. 679; *Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Versailles, 29 juin 1995 (2 arrêts), [1995] Rev. Arb. 639.

<sup>159</sup> *Sonatrach c. Ford, Bacon and Davis Inc.*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XV (1990), voir *supra* note 18, p. 370.

<sup>160</sup> Au Canada, la Cour dans *Schreter c. Gasmac Inc.*, voir *supra* note 156, a présenté comme un fait non contesté que le juge a la discrétion d'exécuter une sentence annulée et s'en est servi pour débouter de l'argumentation de la partie recourante dans un autre contexte. Mais la situation ici en question, d'exécuter une sentence annulée dans son pays d'origine, n'est pas encore arrivée *in concreto* au Canada à la connaissance de l'auteur.

qu'une cour américaine se trouva confrontée à cette question. Il convient donc de revoir brièvement les faits de l'espèce pour savoir comment l'art. V (1)(e) de la Convention de New York est interprété par la juridiction américaine.

*Chromalloy*, une entreprise américaine, avait signé un contrat pour des services d'entretien des hélicoptères de l'armée de l'air de la République Arabe d'Égypte "ARE". Se référant à la clause compromissoire dans ce contrat, *Chromalloy* initia une procédure en arbitrage, exigeant des réparations pour la rupture du contrat par ARE. Le tribunal arbitral, constitué de trois membres, rendit à majorité une sentence en faveur de *Chromalloy*, qui en demanda ensuite l'exécution. Ayant participé au processus arbitral sans émettre d'objections, le gouvernement égyptien s'opposa à cette demande d'exécution et demanda l'annulation de la sentence devant la Cour d'appel du Caire. Cette dernière, constatant que le tribunal arbitral avait appliqué le droit civil au lieu du droit administratif tel qu'il était prévu par les parties dans la clause compromissoire, a annulé la sentence. En dépit de cette annulation, le tribunal américain a déclaré la sentence exécutoire aux États-Unis. Pour justifier cette ordonnance d'*exequatur*, il s'est référé au principe de l'application de la règle la plus favorable<sup>161</sup>, à savoir l'art. VII de la Convention de New York. Selon cet article, «[l]es dispositions de la présente Convention [de New York] [...] 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 [...] où la sentence est invoquée». Invoquant ensuite que l'art. V n'interdisait pas expressément l'exécution d'une sentence annulée<sup>162</sup>, le tribunal s'est tourné vers l'art. VII, concluant que celui-ci contiendrait une obligation d'ordonner l'*exequatur* si, en vertu du droit interne, la sentence aurait pu être exécutée. Ainsi le tribunal procéda à l'examen de la sentence selon le droit d'arbitrage

---

<sup>161</sup> Voir A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, p. 82 et s.; G.H. Sampliner, voir *supra* note 152, à la p. 24.

<sup>162</sup> La cour se réfère à la version anglaise, qui prévoit que la cour "*may refuse*" et en tirait l'argument que "*may*" implique aussi "*may not*". Il convient de faire remarquer que la version française de la Convention ne donne pas une telle discrétion, car elle prévoit que «[l]a reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées [...] que si[...]». Concernant l'argument du tribunal, invoquant le fait que la version française n'était pas celle ratifiée par le congrès américain, il faut mentionner l'art. XVI de la Convention qui se réfère à «[l]a 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». La version française fait donc tant autorité que la version anglaise.

interne, le *Federal Arbitration Act (FAA)*, et en arriva à la conclusion que la sentence n'aurait pas pu être annulée en application du *FAA*. En invoquant la politique américaine en faveur de l'arbitrage, il constata que l'application du droit civil au lieu du droit administratif était, dans le pire des cas, une erreur par rapport à l'application du droit et ne formait pas un "*manifest disregard of the law*", le seul motif sur la base duquel la sentence aurait pu avoir été annulée. Le tribunal a donc ordonné l'*exequatur*.

En France, la sentence en faveur de *Chromalloy* a aussi été déclarée exécutoire en application de l'art. VII. En faisant valoir qu'en vertu du droit français l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine n'est pas un motif de refus, la cour constatait que la Convention était «écartée».

Sur le plan théorique, les doutes subsistent à savoir si l'application de l'art. VII de la Convention de New York peut avoir le même effet en droit américain qu'en droit français. Alors que le droit français est, en effet, plus libéral et prévoit moins de motifs de refus que la Convention de New York, le droit américain a incorporé ladite Convention, et ainsi les motifs de refus, dans son droit interne, dont il est prévu au chapitre II<sup>163</sup> que «[t]he court shall confirm the award unless it finds one of the grounds of refusal or deferral of recognition or enforcement of the award specified in the said [New York] Convention». Alors, il reste douteux si on peut vraiment parler d'un droit plus libéral.

En recherchant une réponse à la question de savoir si le juge doit avoir cette discrétion d'exécuter une sentence malgré son annulation dans le pays d'origine, il faut garder présent à l'esprit que la Convention de New York, lorsqu'elle fut mise en oeuvre, était considérée très progressiste. Déjà, avec l'abolition de la condition du double *exequatur*, on avait porté un dur coup au principe de la souveraineté des États. On ne pouvait pas l'attaquer davantage en autorisant les autres pays d'ignorer l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine, sans craindre d'effrayer nombre d'États qui ne l'auraient, par conséquent, pas ratifiée<sup>164</sup>. Toutefois, l'essor de l'arbitrage international et le

---

<sup>163</sup> 9 U.S.C. § 207.

<sup>164</sup> C. Jarosson, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] Rev. arb. 329, à la p. 331.

changement de l'attitude des États et des tribunaux étatiques envers ce dernier jettent une lumière nouvelle sur la retenue des promoteurs de la Convention. Or certains auteurs ont fortement exigé une approche plus libérale dans l'interprétation de la Convention de New York<sup>165</sup>.

Dans le cadre de l'art. V (1)(e) de la Convention de New York, la doctrine et la jurisprudence ont développé une distinction entre les sentences étrangères et les sentences internationales. Selon cette distinction, une sentence étrangère est une sentence relevant d'un ordre juridique interne et qui devient étrangère quand son exécution est demandée à une juridiction étrangère. Par contre, une sentence internationale est qualifiée telle, parce qu'elle met en jeu des intérêts du commerce international sans s'intégrer dans l'ordre juridique du pays où elle est géographiquement localisée<sup>166</sup>. La conclusion tirée de cette distinction est la suivante: l'annulation d'une sentence étrangère par la juridiction de l'État d'origine devrait justifier que l'*exequatur* fût refusé ailleurs, alors que l'annulation d'une sentence internationale par la juridiction du lieu où elle a été rendue influence moins fortement l'attitude de la juridiction où l'exécution est demandée et ne devrait donc pas être obligatoire<sup>167</sup>.

Optant pour la discrétion du juge de décider du refus *d'exequatur* d'une sentence annulée, certains auteurs ont aussi invoqué le fait que l'annulation de la sentence, basée sur le droit national du pays d'origine, rend possible l'application de tous les motifs de refus qui y sont contenu et peut ainsi mener, par les motifs de refus prévus dans les lois d'arbitrage nationales, à une extension indirecte des motifs de refus prévus dans la Convention de New York<sup>168</sup>. Une telle extension s'oppose au principe d'exclusivité des motifs de refus ainsi qu'à

---

<sup>165</sup> C. Jarosson, *Ibid.*; J. Paulsson, «Delocalization of International Commercial Arbitration: Why and When It Matters» (1983) 32 Int'l & Comp. L. Q. 53 aux pp. 54-61.

<sup>166</sup> *Götaverken*, Paris, 21 février 1980, [1980] J.D.I. 660 (note Ph. Fouchard); *Société Aksa c. Société Norsolor*, Paris, 9 décembre 1980, [1981] Rev. arb. 306 (note F.Ch. Jeantet); Ph. Kahn, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, (1985) 112 J.D.I. 679 à la p. 683; B. Goldmann, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, [1985] Rev. arb. 431 à la p. 435; J. Robert, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, [1985] 1 D.S. 101 à la p. 103.

<sup>167</sup> Ph. Kahn, *Ibid.*; B. Goldmann, *Ibid.*; J. Robert, *Ibid.*

<sup>168</sup> I. De la Houssaye, «Manifest disregard of the Law in International Arbitration» (1982-83) 28 Colum. J. of Transnational Law 449 à la p. 469.

l'uniformité de leur interprétation, parce que l'application de motifs nationaux risque d'introduire dans la Convention toutes sortes de particularités des lois d'arbitrage des pays d'origine. De plus, il a été soulevé que l'annulation d'une sentence dans le pays d'origine ne devrait pas empêcher son exécution ailleurs, parce que le choix du siège d'arbitrage serait souvent hasardeux, ou donné comme une concession à l'autre partie pour l'obtention d'une clause compromissoire<sup>169</sup>. Mais, lorsque les parties n'ont rien prévu, c'est le siège de l'arbitrage qui détermine le droit national applicable à la procédure du litige et donc les conditions de son annulation.

Cependant, sur le plan pratique, une interprétation large de l'art. V (1)(e), procurant une telle discrétion au juge, se voit confrontée à la critique que l'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine pourrait mener à un marais de décisions inconciliables.

*b) L'affaire Hilmarton*

En France, un pays qui est connu pour sa loi d'arbitrage très moderne et progressiste, l'affaire *Hilmarton* offre l'exemple d'une telle situation<sup>170</sup>. En l'espèce, la société anglaise, *Hilmarton*, a mis en œuvre la procédure arbitrale à la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale pour obtenir paiement du solde des honoraires, résultant d'une mission de conseil et de coordination dans le cadre de laquelle *Hilmarton* a servi d'intermédiaire pour la partie recourante, *Omnium de Traitement et de Valorisation "OTV"*, une entreprise française, pour l'obtention et l'exécution d'un marché de travaux en Algérie. Dans la sentence, rendue à Genève en 1988, l'arbitre unique a débouté la société *Hilmarton* de sa demande en paiement, parce qu'il jugeait que le contrat qui confiait à *Hilmarton* un rôle d'intermédiaire était contraire au *bonos mores* et par conséquent nul, l'intervention d'un intermédiaire étant prohibée par la loi algérienne<sup>171</sup>. Sur le recours formé par la société *Hilmarton*, la Cour de Justice du Canton de Genève a annulé la sentence

---

<sup>169</sup> C. Jarosson, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] Rev. Arb. 329, à la p. 333.

<sup>170</sup> *Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Cour de Justice de Canton de Genève, 17 novembre 1989, [1993] Rev. arb. 315; confirmé par jugement du Tribunal Fédéral Suisse, 17 avril 1990, [1993] Rev. arb. 322.

<sup>171</sup> *Ibid.*

arbitrale en la qualifiant d'arbitraire<sup>172</sup>. La cour a décrit le refus de *OTV* d'exécuter ses obligations contractuelles comme "parfaitement choquant", *OTV* ayant conclu le contrat en acceptant sciemment le fait que *Hilmarton* exerçait une activité contraire au droit algérien. Le tribunal fédéral suisse<sup>173</sup> a confirmé cette décision en rejetant le recours formé par la société *OTV* contre la décision en faveur de *Hilmarton*.

Malgré l'annulation de la sentence par la Cour de Justice du Canton Genève en Suisse, *OTV* a demandé l'*exequatur* de la sentence arbitrale en France, ce qui lui a en fait été accordé<sup>174</sup>. La Cour d'appel de Paris a confirmé cette ordonnance d'*exequatur* le 19 décembre 1991<sup>175</sup>. Finalement, l'affaire est arrivée devant la Cour de cassation qui a confirmé la décision de la Cour d'appel<sup>176</sup>. Au cours de la procédure devant la Cour de cassation, *Hilmarton* a reproché à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir confirmé l'ordonnance d'*exequatur* malgré l'annulation de la sentence en Suisse et, en faisant appel à la règle de l'art. V(1) (e) de la Convention de New York, a exigé que l'exécution de la sentence soit refusée par la Cour de cassation. Cette dernière a, cependant, rejeté cette demande, se fondant sur l'art. VII de la Convention de New York qui contient le principe de l'application de la règle la plus favorable et qui autorise la partie, recherchant l'exécution d'une sentence rendue à l'étranger, à se fonder sur une législation nationale plus favorable<sup>177</sup>. Selon la jurisprudence française, les juges ont l'obligation, et non seulement le droit, d'appliquer cette disposition, même si autrement l'exécution de la sentence aurait été refusée en vertu de l'art. V (1)(e) de la Convention de New York<sup>178</sup>. La Cour de cassation a retenue cette jurisprudence. Elle a expliqué que les dispositions du droit français sont plus favorables que celles de la Convention de New York et notamment l'art. 1502 du Nouveau Code de

---

<sup>172</sup> *Ibid.*, à la p. 321.

<sup>173</sup> Voir *supra* note 170, 17 avril 1990, [1993] Rev. arb. 322.

<sup>174</sup> Trib. gr. inst. Paris, 27 février 1990, confirmé par arrêt de la Cour d'appel, Paris, 19 décembre 1991, [1993] Rev. arb. 300.

<sup>175</sup> *Ibid.*, aux pp. 301-302.

<sup>176</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] Rev. Arb. 327 (note C. Jarosson).

<sup>177</sup> L'art. VII prévoit que «[l]es dispositions de la présente Convention [de New York] [...] 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 [...] où la sentence est invoquée».

<sup>178</sup> Dans l'affaire *Société Pabalk Ticaret Sirketi c. Société Norsolor*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1984, [1985] Rev. arb. 431, la Cour de cassation a constaté qu'il résulte de l'art. VII de la Convention de New York «que le juge ne peut refuser l'*exequatur* lorsque son droit national l'autorise et que, en vertu du second, il doit donc, même d'office, se livrer à cette recherche», à la p. 432.

Procédure Civile en tant qu'il ne retient pas, au nombre des cas de refus d'exécution, celui de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine et qui, au contraire, est prévu à l'art. V (1)(e) de ladite Convention<sup>179</sup>. La cour a donc conclu que la sentence était exécutoire en France, malgré son annulation en Suisse<sup>180</sup>.

Entre-temps *Hilmarton* a assigné *OTV* devant le Tribunal de grande instance de Nanterre afin de voir déclarer exécutoire, en France, l'arrêt rendu le 17 avril 1990 par le Tribunal Fédéral suisse; un jugement en ce sens a été rendu par le tribunal français le 22 septembre 1992<sup>181</sup>. *OTV* est allé en appel de cette décision.

De plus, parallèlement, après l'annulation de la sentence arbitrale par le tribunal suisse, *Hilmarton* était retournée en arbitrage, et avait finalement obtenu une deuxième sentence, le 10 avril 1992, exactement contraire à la première sur le fond<sup>182</sup>. Le tribunal de grande instance de Nanterre a ordonné *l'exequatur* de cette sentence<sup>183</sup>, jugement aussi frappé d'appel par *OTV*.

Le 29 juin 1995, la Cour d'appel de Versailles a reconnu le jugement français qui avait déclaré exécutoire la décision suisse du 17 avril 1990 par laquelle la première sentence en faveur d'*OTV* a été annulée, et elle a en même temps confirmé *l'exequatur* de la deuxième sentence rendue en faveur de *Hilmarton*<sup>184</sup>. Le tribunal a donc permis la coexistence de deux sentences au contenu contradictoire concernant le même sujet et les mêmes parties.

---

<sup>179</sup> Voir *supra* note 176.

<sup>180</sup> Pour soutenir cette allégation, la Cour a aussi invoqué que «la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international», *Ibid.*

<sup>181</sup> Trib. gr. inst. de Nanterre, 22 septembre 1993, décision inédite, discuté dans [1994] 9 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* 7.

<sup>182</sup> Sentence inédite, voir C. Jarosson, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] *Rev. arb.* 329.

<sup>183</sup> Trib. gr. inst. de Nanterre, 25 mai 1993, voir C. Jarosson, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] *Rev. arb.* 329.

<sup>184</sup> Versailles, 29 juin 1995, [1995] *Rev. arb.* 641.

Un tel "libéralisme excessif"<sup>185</sup> en interprétant la Convention a été critiqué comme étant au moins aussi mauvais que le "conservatisme excessif" utilisé par la Convention de New York. La rupture de l'harmonie des solutions au niveau international<sup>186</sup> ternirait l'image de l'arbitrage international et ne permettrait certainement pas d'atteindre l'uniformisation des règles au niveau international. Concernant la déclaration que le choix du siège serait souvent hasardeux, il était souligné qu'il n'était pas nécessaire de venir au secours d'une partie qui a accepté le siège du tribunal arbitral ou de la loi applicable pour l'obtention d'autres avantages, comme la clause compromissoire. Les parties pourraient elles-mêmes éviter la situation d'être aux prises avec une loi nationale désavantageuse en choisissant prudemment le siège de l'arbitrage<sup>187</sup>.

c) Analyse

Malgré la critique faite quant à la discrétion du juge dans le cadre de l'art. V (1)(e), la tendance en sa faveur semble s'imposer. Ceux qui la défendent ont mentionné que la présence des sentences contradictoires n'était pas tellement fréquente et qu'on ne devrait pas en tirer la nécessité de bouleverser un système qui a été un grand succès, non seulement quant au nombre de ratifications, mais aussi quant à son application pratique<sup>188</sup>. En l'absence d'une instance de contrôle centrale, par exemple, une cour de commerce mondiale une certaine incompatibilité des décisions serait inévitable au niveau international<sup>189</sup>.

Les décisions en France, Belgique et maintenant aux États-Unis montrent la volonté de réduire l'impact juridique du lieu de l'arbitrage, une volonté qui marque le développement de l'arbitrage international depuis le début de ce siècle. La Convention de New York a déjà fait un grand pas dans cette direction en enlevant la condition de double *exequatur* prévue par la Convention de Genève de 1927. Néanmoins, on l'a critiqué pour s'être arrêtée à mi-chemin en mettant trop d'importance au fait de l'annulation de la sentence

---

<sup>185</sup> Cette expression a été utilisée par H. G. Gharavi, voir *supra* note 154.

<sup>186</sup> D. Hascher, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1993 et Paris, 12 février 1993, [1993] Rev. arb. 255.

<sup>187</sup> H.G. Gharavi, «Enforcing set aside arbitral awards», voir *supra* note 154, à la p. 100.

<sup>188</sup> J. Paulsson, «Rediscovering the New York Convention», voir *supra* note 22, à la p. 28; C. Jarosson, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] Rev. arb. à la p. 333.

<sup>189</sup> *Ibid.*

là où elle a été rendue (Art. V (1)(e)), tout en admettant que l'on puisse s'en passer (Art. VII)<sup>190</sup>.

Conscients de ce problème, les auteurs de la Convention Européenne de 1961<sup>191</sup> ont pris une autre approche pour éviter que l'annulation d'une sentence dans un Etat suffise à la paralyser définitivement et partout, «sous peine de voir la communauté internationale réduite au plus petit dénominateur commun, ce qui n'est pas dans l'esprit des conventions»<sup>192</sup>. Ils ont ainsi abouti à l'art. IX (2) de la Convention d'Europe de 1961<sup>193</sup> qui s'applique aux rapports entre États contractants qui sont également membres de la Convention de New York. Selon cette disposition, le motif de refus prévu par l'art. V (1)(e), l'annulation de la sentence dans le pays d'origine, est limité aux seuls cas où la sentence a été annulée selon un des motifs énumérés à l'art. IX de la Convention d'Europe. Les motifs qui y sont mentionnés sont les mêmes que ceux prévus dans les articles V (1)(a-d) de la Convention de New York, ce qui permet une interprétation uniforme<sup>194</sup>. Cette solution empêche l'infiltration des particularités des motifs de refus du pays d'origine de la sentence dans les motifs de refus de la Convention de New York.

## II. Conclusion

Concernant l'interprétation de la Convention de New York, il serait souhaitable d'arriver à un système sous lequel les motifs, qui mèneraient au niveau international à l'annulation de la sentence, soient respectés également et sans dérogation par les cours nationales. Cela dit, si une sentence a été annulée dans son pays d'origine, à cause d'un motif internationalement reconnu, par exemple un motif prévu par la Convention de New York, le respect d'une telle annulation devrait être garanti aussi dans les autres pays. Si, au contraire, la sentence a été annulée en application d'un motif national, reflétant des

---

<sup>190</sup> C. Jarosson, voir *supra* note 164, à la p. 332.

<sup>191</sup> Voir *supra* note 54.

<sup>192</sup> C. Jarosson, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] Rev. arb. 327 à la p. 332.

<sup>193</sup> Art. IX (2) prévoit : «2. Dans les rapports entre États contractants également Parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences arbitrales étrangères, le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seules causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article V, paragraphe 1, e, de la Convention de New York».

<sup>194</sup> W.W. Park, *International Forum Selection*, Boston, Kluwer Law International, 1995, à la p. 130.

particularités du système du droit ou du pays d'origine, la décision sur l'exécution d'une telle sentence devrait être soumise à la discrétion de la cour où l'exécution est finalement demandée. L'uniformisation ne sera pas atteinte si l'annulation des sentences, basée sur des motifs nationaux du pays d'origine, est irréversible dans d'autres pays. Ceci implique que dans les pays où les motifs pour refuser l'exécution d'une sentence internationale sont identiques à ceux pour annuler une sentence interne, les derniers doivent être interprétés en fonction de l'efficacité et des intérêts de l'arbitrage international<sup>195</sup>. Un tribunal à qui on demande d'exécuter une sentence internationale devrait donc avoir la possibilité de revoir si l'exécution d'une sentence est adéquate dans une perspective internationale et, dans le dernier cas, devrait avoir la discrétion pour l'exécuter malgré son annulation.

---

<sup>195</sup> G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) 47 R. du B. 435 à la p. 468.

## DEUXIÈME CHAPITRE

### Analyse des décisions rendues sous la Convention de New York

#### III. Les motifs de refus d'exécution

##### A. Art. V (1)(b) - Due process

Le motif d'opposition de l'art. V (1)(b) doit, comme les autres, être interprété d'une manière très restrictive. Ce motif vise à assurer le respect de certains principes de droit fondamentaux généralement reconnus dans les systèmes juridiques contemporains. Que l'on invoque le principe du contradictoire, des droits de la défense ou du *due process* procédural et substantif, cet article consacre la maxime *audi alteram partem*<sup>196</sup>. Selon les tribunaux, une violation de ce motif est évaluée en fonction des critères de la loi du for<sup>197</sup>. Cependant, dans leur interprétation les tribunaux ont souligné qu'il faut prendre en considération le fait que les parties qui recourent à l'arbitrage le font pour profiter de ses avantages susmentionnés, comme la célérité, l'économie, la confidentialité. Pour ce, elles renoncent en quelque sorte aux avantages formels et substantifs d'une procédure ordinaire devant les

---

<sup>196</sup> *Ibid.* à la p.452.

<sup>197</sup> *Compagnie de Saint-Gobain c. The Fertilizer Corp. of India*, Cour d'appel de Paris, 10 mai 1971, [1971] Rev. arb. 111 à la p. 113; *Parsons*, voir *supra* note 32, à la p. 975; *Biotronik Mess-und Therapiegeraete GmbH & Co. c. Medford Medical Instrument Company*, voir *supra* note 145 à la p. 140.

juridictions étatiques<sup>198</sup>, notamment la signification personnelle du bref introductif d'instance et le pouvoir d'assignation des témoins font partie des risques de ce processus<sup>199</sup>. A cause de ce choix des parties, une violation de *due process* ne pourrait pas être invoquée pour chaque irrégularité procédurale, mais il doit s'agir d'un cas grave<sup>200</sup>. Établissant une différence entre *due process* interne et international, les tribunaux semblent appliquer un concept atténué des principes de droit fondamentaux<sup>201</sup>.

Ce motif appartient également au standard de l'ordre public de sorte que chaque violation du *due process* signifie, en même temps, une violation de l'ordre public. La conséquence la plus importante qui découle de ce constat est le fait que les tribunaux étatiques peuvent invoquer d'office une violation du *due process*. Étant donné que les cours elles-mêmes ne distinguent pas clairement ces deux motifs<sup>202</sup>, nous les traiterons ensemble sous le motif de l'ordre public.

---

<sup>198</sup> *D. Frampton & Co. Ltd. c. Sylvio Thébault et al.*, Décision de première instance de la Cour fédérale du Canada, No. 352; *Washington-Baltimore Newspaper, Local 35 c. The Washington Post Co.*, 143 U.S. App. D.C., 210, 442 F.2d 1234; *Coppée-Lavalin S.A./N.V. c. Ken-Renn Chemicals and Fertilizers Limited*, [1994] 2 All E.R. 449 (H.L.) à la p. 471.

<sup>199</sup> *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. RAKTA*, *supra* note 32; À cause de ces « risques procéduraux » qui accompagnent toujours les avantages de l'arbitrage, notamment les cours du 8<sup>e</sup> Circuit demandent un contrôle strict des sentences arbitrales. Sans un tel contrôle elles voient l'arbitrage comme un système inférieur au système judiciaire, selon qu'il ne dispose ni de procédure régulière conforme à la loi, ni de règles d'admissibilité de la preuve, ni des règles de droit, *Stroh Container Co. c. Delphi Indus., Inc.*, 783 F.2d 743, 751 n.12 (8th Cir. 1986).

<sup>200</sup> *Compagnie des Bauxites de Guinée c. Hammermills, Inc.*, No. 90 Civ. 0169, YB XVIII (1993), voir *supra* note 18, sous II (U.S. No 138) où le "due process standard" est décrit comme suit: L'exécution d'une sentence suite à une violation procédurale ne peut être refusée que si cette violation a causé un dommage substantiel à la partie demanderesse.

<sup>201</sup> R. Martinez, «Recognition and enforcement of international arbitral awards under the United Nations Convention of 1958 :The "Refusal" Provisions», (1990) 24 Int'l Law. 487 à la p. 499., S. Thuilleaux, voir *supra* note 47, à la p. 190' W.M. Reisman, voir *supra* note 2, aux pp. 123 ss..

<sup>202</sup> Voir *Biotronik Mess-und Therapiegeraete GmbH & Co. c. Medford Medical Instrument Company*, voir *supra* note 145.

**B. Art. V (1)(c) - Excès de pouvoir**

D'abord il convient de mentionner que l'art. V (1)(c) ne peut pas être invoqué pour absence de compétence de l'arbitre à cause d'une convention d'arbitrage invalide. Ce cas est déjà couvert par l'art. V (1)(a) de la Convention de New York. L'art. V (1)(c) de la Convention traite plutôt le cas où la convention d'arbitrage conclue entre les parties est valide mais l'arbitre a rendu une décision concernant des questions qui n'avaient pas été soumises à l'arbitrage par les parties<sup>203</sup>.

Comme les autres motifs de l'art. V de la Convention de New York qui permettent de s'opposer à l'exécution de la sentence, le motif de l'excès de pouvoir est l'objet d'une interprétation très restrictive pour promouvoir l'arbitrage international. En général, une demande pour refus d'exécution basée sur ce motif est rejetée, parce que les cours interprètent le pouvoir de l'arbitre d'une façon très large<sup>204</sup>. Le contrôle judiciaire, sur la question de l'excès de pouvoir de l'arbitre est limité. En effet, la question de la compétence arbitrale doit être examinée par la juridiction étatique d'une manière autonome et indépendante<sup>205</sup>, c'est-à-dire que l'étendue du pouvoir doit être constatée sans égard à la manière dont l'arbitre l'a en définitive exercé; mais elle doit être définie d'une façon abstraite en fonction de la convention d'arbitrage dans laquelle la mission de l'arbitre est définie par les parties<sup>206</sup>. Dans l'exercice de leur contrôle, les tribunaux ont alors un pouvoir souverain d'interprétation des conventions d'arbitrage, sous réserve de dénaturation<sup>207</sup>. Une fois la portée de la convention constatée, le tribunal national peut revoir la décision rendue par l'arbitre, mais seulement pour vérifier si l'arbitre a effectivement dépassé sa mission<sup>208</sup>.

---

<sup>203</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 312.

<sup>204</sup> J. Paulsson, «The New York Convention in International Practice - Problems of Assimilation» dans: dans Marc Bléssing, éd., *The New York Convention of 1958*, Association suisse de l'arbitrage, Special Series N° 9, August 1996, p. 100 à la p. 111; J.T. Martin, «*Advanced Microdevices v. Intel Corp.* and Judicial Review of Commercial Arbitration Awards: When does a Remedy "Exceed" Arbitral Powers?» (1995) 46 *Hastings L.J.* 1907 à la p. 1923.

<sup>205</sup> *GOCIC c. Simer*, rapporté dans *Yearbook* Vol. VIII (1983), voir *supra* note 18, p. 386 (Italy No. 53).

<sup>206</sup> *Société Farhat Trading c. Société Daewoo*, voir *supra* note 13; K.R. Davis, voir *supra* note 3, à la p. 123.

<sup>207</sup> D. Cohen, note sous Paris, 28 février 1992, [1992] *Rev. arb.* 649 à la p. 651.

<sup>208</sup> *Southern Cal. Rapid Transit Dist. c. United Transportation Union*, 5 Cal. App. 4<sup>th</sup> (1992), 416 aux pp. 422, 423, 6 Cal. Rptr. 2d 804; *Hacienda Hotel c. Culinary Workers Union* (1985), 175 Cal. App. 3d 1127, aux pp. 1133, 1134.

Le contrat de nomination étant la source unique du pouvoir de l'arbitre celui-ci n'est, dans aucun cas, autorisé à trancher des points litigieux qui ne lui ont pas été soumis par les parties (sentence *extra petita*). Cette restriction découle de l'autonomie de la volonté des parties, qui ne peuvent pas être forcées d'accepter une sentence qui traite de questions auxquelles elles n'ont pas consenti<sup>209</sup>. Il se pose la question quelle conséquence découle du fait que l'arbitre a omis de traiter des points soumis.

La possibilité d'une sentence *infra petita*, c'est-à-dire une sentence qui n'a pas pris en considération toutes les questions soumises par les parties et qui est alors incomplète, était envisagée par l'art. II (2) de la *Convention de Genève de 1927*<sup>210</sup>. Selon cette disposition, le tribunal, confronté avec une sentence *infra petita*, avait le droit de suspendre la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ou de l'ordonner à la condition que la partie demanderesse fournisse une caution dépendant de sa discrétion. Toutefois, dans la Convention de New York la sentence *infra petita* n'est pas réglée<sup>211</sup>. En effet, à cause de l'exclusivité des motifs de refus de la Convention, une telle sentence ne constitue donc pas un motif de refus, et, par conséquent, l'exécution d'une sentence *infra petita* ne peut pas, en principe, être refusée. Cependant, en vertu de quelques droits internes la sentence *infra petita* constitue un motif de refus. Tel est le cas en droit américain, où la disposition du § 10 (d) FAA permet au tribunal d'annuler une sentence «si l'arbitre a exercé son pouvoir de décision d'une façon tellement mauvaise et incorrecte qu'une sentence finale, réciproque et définitive n'a pas été rendue.» Une possibilité pour exclure l'exécution d'une telle sentence consisterait donc à chercher l'annulation de la sentence dans le pays d'origine pour, ensuite invoquer l'art. V (1)(e) de la Convention de New York<sup>212</sup>. Toutefois, nous avons démontrée que l'application de l'art. V (1)(e) tend à devenir plus "discrétionnaire", de sorte que la possibilité de pouvoir invoquer l'art. V (1)(e) laisse subsister des incertitudes.

---

<sup>209</sup> S.E. Shulte, «When Courts Uphold Arbitral Awards which are in Excess of the Arbitrator's Jurisdiction» [1994] J. Disp. Resol. 171 à la p. 175.

<sup>210</sup> Voir *supra* note 35.

<sup>211</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 318.

<sup>212</sup> Ainsi proposé par A.J. van den Berg, *Ibid.*, à la p. 321.

Un autre moyen pour remédier à une sentence *infra petita* est de permettre une sentence supplémentaire. Concernant l'arbitrage interne, cette possibilité est prévue en droit québécois à l'art. 945.6. C. p. c. alinéa 3: «[...] les arbitres peuvent:[...] 3° rendre une sentence additionnelle sur une partie de la demande omise dans la sentence. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.» Aussi la nouvelle loi anglaise de 1996 prévoit la possibilité de rendre une sentence additionnelle à l'art. 57 qui stipule que «[l]e tribunal arbitral peut soit d'office, soit à la demande d'une partie: rendre une sentence additionnelle sur tout chef de demande [...] soumis au tribunal arbitral et sur lequel ce dernier a omis de statuer»<sup>213</sup>. Une sentence additionnelle sera exécutoire comme une sentence "principale".

L'arbitre n'a donc pas le droit d'outrepasser son pouvoir quel qu'en soit l'intensité. Toutefois, il doit jouir d'une certaine latitude pour formuler les questions qui lui sont soumises par les parties. Il doit disposer du droit d'interpréter la convention d'arbitrage et de trancher toutes questions nécessaires pour la résolution du litige<sup>214</sup>. L'interprétation par l'arbitre de l'étendue de sa mission était récemment en question dans un cas californien<sup>215</sup>. Il s'agit d'un cas relevant du droit interne, mais qu'il convient de démontrer car il montre très bien la tendance de la jurisprudence américaine en faveur de l'arbitrage et permet d'en tirer des conclusions pour l'interprétation des sentences internationales par les tribunaux.

### 1. *Interprétation de la mission de l'arbitre*

#### a) Hall c. Superior Court

Dans *Hall c. Superior Court*<sup>216</sup> le couple Hall qui voulaient vendre leur maison avaient, à cette fin, engagé un agent immobilier, Steven Trompas, qui partageait le pourcentage avec Thomas Proell. Par leurs démarches unies, ces derniers réussirent à trouver un acheteur, mais qui s'est ensuite révélé insolvable. Devant cet échec, le couple Hall réclama des dommages-intérêts de Proell et Trompas, invoquant que ceux-ci auraient

---

<sup>213</sup> *The Arbitration Act 1996* (R.-U.), 1996, c. 23; traduit sans valeur officielle dans [1997] Rev. arb. 93 et s..

<sup>214</sup> R.B. von Mehren, «Synthèse: dans *Supplément spécial, Le statut de l'arbitre*, Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la CCI, Décembre 1995, à la p. 35.

<sup>215</sup> *Hall c. Superior Court*, 22 Cal.Rptr. 2d 376 (Cal. Ct. App. 1993).

<sup>216</sup> *Ibid.*

retenu des informations concernant l'insolvabilité de l'acheteur. Dans leur demande, les Hall alléguaient que Trompas et Proell travaillaient un pour le compte de l'autre comme agents immobiliers, mais ils n'ont pas soulevé le fait qu'il existait une participation entre eux. Trompas et Proell s'opposaient aux allégations et invoquaient chacun la clause compromissoire du contrat. L'affaire fut portée en arbitrage où l'arbitre unique rendit une sentence en faveur des Hall, leur attribuant des dommages-intérêts payables par Trompas et Proell, qu'il considéra avoir agi en participation.

La Cour suprême, qui fut saisie ensuite, constata que l'arbitre avait excédé son pouvoir en décidant la question de participation alors qu'elle ne lui avait pas été soumise. Elle a donc renversé la sentence, en application, entre autres, de la disposition 1286.2 (d) du code de procédure civil californien<sup>217</sup> qui reflète l'art. V (1)(c) de la Convention de New York<sup>218</sup>. La Cour d'appel, pour sa part, a rétabli la sentence. Elle a reproché à la Cour suprême d'avoir annulé la sentence pour une erreur d'application du droit de l'arbitre, et d'avoir alors, elle-même, dépassé sa propre juridiction puisque ce motif de refus était abandonné depuis *Moncharsh c. Heily Blase*<sup>219</sup>. En fait, la Cour suprême n'avait jamais dit que l'arbitre avait erronément décidé la question de participation, mais seulement qu'il n'avait pas du tout l'autorité d'en juger, parce que la question ne lui était pas soumise.

La décision de la Cour d'appel a été critiquée, car, dans son désir de promouvoir l'arbitrage et d'encourager les gens à éviter les procédures traditionnelles, elle serait allée trop loin<sup>220</sup>. En voulant garantir à tout prix la finalité et la certitude de la procédure arbitrale, elle aurait nuit à ses propres efforts. Le fait que les parties allant en arbitrage renoncent à quelques garanties procurées par une procédure traditionnelle, et qu'elles doivent éventuellement supporter une erreur par rapport à l'application du droit, ne signifie-

---

<sup>217</sup> Cal. Civ. Proc. Code, s. 1286.2 prévoit sous d. que le tribunal doit annuler une sentence si les arbitres ont excédé leur pouvoir.

<sup>218</sup> Pour sa décision, la Cour suprême se basait sur la décision *Cobler c. Stanley, Barber et al.*, 265 Cal.Rptr. 868 (Cal. Ct. App. 1990), dans laquelle il était dit que, lorsque un arbitre excède son pouvoir en essayant de décider des points de litiges non soumis à l'arbitrage, la sentence devrait être annulée.

<sup>219</sup> 832 P. 2d 899 (Cal. 1992).

<sup>220</sup> S.E. Shulte, «When Courts Uphold Arbitral Awards which are in Excess of the Arbitrator's Jurisdiction» [1994] J.D.R. 171 à la p. 180.

rait pas qu'on puisse leur imposer d'accepter une solution sur un problème qu'elles n'ont pas soulevé. Un des principes le plus fort et le plus important en arbitrage est l'autonomie de la volonté des parties, et c'est cette volonté qu'il faudrait garantir en premier lieu si on voulait promouvoir l'arbitrage<sup>221</sup>. Certes, les parties choisissent l'arbitrage parce qu'il y a moins de formalités et un contrôle judiciaire moins détaillé, ce qui rend cette procédure plus rapide et moins coûteux. Mais surtout elles choisissent cette méthode de résolution parce qu'elles peuvent réaliser leurs idées quant à la procédure à suivre et quant à l'instruction de l'arbitre. Pour elles, c'est le respect de l'autonomie de leur volonté qui compte le plus. L'arbitre aurait pu attribuer des dommages-intérêts aux Hall sans décider si les deux agents avaient agi ou non en participation. En décidant cette question, il avait excédé son pouvoir, car la résolution de cette question n'était pas nécessaire pour résoudre le conflit qui lui était soumis. Dans un tel cas, il importe que les tribunaux exercent bien leur contrôle pour donner effet à la mission restreinte de l'arbitre. L'effet de la restriction de la mission de l'arbitre par les parties dépend d'un contrôle efficace de la part des tribunaux.

*b) Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*

Le premier cas canadien où la *Loi type de la CNUDCI* fut appliquée est l'affaire *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*<sup>222</sup> concernant l'excès du pouvoir d'un arbitre. En 1981, la compagnie canadienne *Quintette Coal Ltd.* a conclu un contrat de vente de charbon à long terme avec les dix plus grandes corporations japonaises, *Nippon Steel Corp.*. Le contrat fixait le prix de base (75\$) qui se partageait entre une partie fixe de 35\$ et une partie indexée de 40\$. Il contenait plusieurs clauses prévoyant la possibilité de réviser et modifier le prix fixé<sup>223</sup>. L'art. 19 du contrat faisait élection de la loi de Colombie-Britannique. Confrontée à une baisse continue des prix du charbon, la partie japonaise invoqua une

---

<sup>221</sup> *Ibid.*

<sup>222</sup> (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 201 (S.C.) conf. par 50 B.C.L.R. (2d) 207, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.).

<sup>223</sup> Clause 7: «Price Review: The Base shall be reviewed during the four months prior to March 31, 1987, March, 31, 1991 and March, 31, 1995 at the request of either Seller or Buyer.[..]».

Clause 8: «Mutual Cooperation: Both Buyer and Seller recognize that circumstances may arise that could not have been foreseen at the time this contract was entered into. Both parties agree to use their best effort to solve any hardships or difficulties arising from such unforeseeable circumstances in the spirit of mutual good will and cooperation».

Clause 9: «Inequity Review: If any significant change in the metallurgical coal market takes place at any time during the term of the contract either party shall have the right to request a price review. The parties shall discuss the matter in good faith to reach a fair and reasonable adjustment».

révision des prix. Faute d'un accord sur ce sujet, les firmes japonaises entamèrent donc, en 1987, une procédure d'arbitrage en application de la clause compromissoire déterminant le mandat des arbitres comme suit: «What Base Price should be set pursuant to clauses 7 or 9 of the agreement, or both, for coal contracted to be delivered between March 31, 1987 and March 31, 1991?»<sup>224</sup>. Dans leur sentence, les arbitres ont fixé une série de prix décroissants, correspondant à la baisse générale des prix du charbon et qui entraînait une variation à la baisse de la partie «fixe» du prix<sup>225</sup>. *Quintette* s'est élevée contre cette sentence en alléguant que les arbitres qui n'avaient pas eu le pouvoir d'établir plusieurs prix, mais seulement le pouvoir d'établir un prix pour le deuxième semestre de 1987 (1987.2) et qu'il avaient donc dépassé la mission qui leur était conférée.

La Cour suprême et la Cour d'appel de Colombie-Britannique ont rejeté le recours de *Quintette*. Le juge Esson de la Cour suprême de Colombie-Britannique a souligné dans sa décision que l'allégation de l'excès de pouvoir n'avait pas été prouvée par *Quintette*. Le pouvoir des arbitres découlerait de l'objet de la demande d'arbitrage ainsi que des clauses 7 et 9 du contrat. Leur interprétation de ces clauses pour arriver à l'ajustement du prix serait raisonnable et ne constituerait donc pas un excès de pouvoir. Le juge Esson a ajouté: «But even if the board was wrong in its conclusion on that point, that would constitute mere error in interpreting the contract and would not, under the International Act, provide a ground for setting it aside»<sup>226</sup>.

Les tribunaux ont alors refusé de réviser la décision sur le fond et ont accepté l'interprétation des arbitres car elle était raisonnable. Cette affaire montre très bien le changement dans l'attitude des tribunaux quant à l'arbitrage et comment ils sont prêts à promouvoir cette procédure. Cette décision laisse donc présager un développement en faveur de l'arbitrage.

---

<sup>224</sup> Citée par *Quintette* (C.A.), [1991] W.W.R. 219 à la p. 223.

<sup>225</sup> Pour une discussion détaillée du problème si l'adaptation du contrat est incompatible avec la mission de l'arbitre voir A. Prujiner, «L'adaptation forcée du contrat par arbitrage» (1992) 37 R.D. McGill 428.

<sup>226</sup> *Quintette* (S.C.) (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 201 à la p. 209.

c) Co. Maritima Villa Nova c. Northern Sales

L'allégation d'un excès de pouvoir a aussi été rejetée dans un cas canadien, *Co. Maritima Villa Nova c. Northern Sales*<sup>227</sup>, relevant du droit maritime. En janvier 1978, l'appelante avait conclu avec l'intimé une charte-partie prévoyant le transport d'une cargaison de grain de Vancouver à Bombay. Il s'est produit un conflit sur les droits de surestaries qui avait été réglé suite à un arbitrage en mai 1985, attribuant à la partie demanderesse, *Co. Maritima Villa Nova*, une partie des droits de surestaries payable par la défenderesse, *Northern Sales*. En mai 1987, la partie demanderesse introduisait une action devant la Section de première instance en vue de l'exécution de la sentence arbitrale. La partie défenderesse s'opposait à cette demande, mais elle était déboutée de son opposition<sup>228</sup>.

*Northern Sales* est donc allé en appel contre cette décision, invoquant quatre points de droit déjà invoqués devant la Section de première instance, dont, entre autres, l'excès de pouvoir par les arbitres violant l'art. V (1)(c) de la Convention de New York. Pour soutenir cette hypothèse d'un excès de pouvoir, l'appelante se basait sur la clause 17 de la charte-partie qui prévoyait que les droits de surestaries au port de déchargement devaient être réglés entre les armateurs et le réceptionnaire. D'après l'appelante, le fait que les arbitres avaient partiellement favorisé l'intimé, qui avait omis de demander le paiement contre le réceptionnaire, était non conforme avec les exigences de la clause 17 et, par la suite, non conforme avec l'art. V (1)(c) de la Convention de New York.

Confirmant «respectueusement»<sup>229</sup> la décision du juge Strayer de la Section de première instance, la Cour d'appel n'accepta pas cette allégation. Citant le juge Strayer, la Cour d'appel constata que les arbitres avaient uniquement réglé le différend qui leur avait été soumis par les parties, c'est-à-dire «l'existence et l'étendue de l'obligation de la défenderesse d'acquitter les droits de surestaries en vertu de la charte-partie»<sup>230</sup>. Le tribunal

---

<sup>227</sup> [1992] 1 C.F. 550.

<sup>228</sup> *Co. Maritima Villa Nova c. Northern Sales* (1989), 29 F.T.R. 136.

<sup>229</sup> *Co. Maritima Villa Nova c. Northern Sales*, [1992] 1 F.C.550 à la p.559.

<sup>230</sup> *Ibid.*, aux pp. 558, 559.

a ajouté qu'il ne verrait pas comment l'omission de la demanderesse de faire exécuter sa demande contre le réceptionnaire pourrait priver les arbitres de décider sur la responsabilité partielle de la défenderesse et que, d'ailleurs, aucune doctrine ou jurisprudence lui avait été citée pour soutenir une telle conséquence. Les deux tribunaux ont renoncé à une révision sur le fond de la sentence, en soulignant qu'il revenait aux arbitres de décider quel effet, le cas échéant, l'omission de la demanderesse de régler les droits de surestaries devrait avoir sur l'obligation de la défenderesse. La tâche d'examiner la sentence par rapport à l'application et l'interprétation correcte du droit ne relevait pas de leur pouvoir.

Ce dernier point est important quant à l'attitude des tribunaux canadiens concernant l'étendue du contrôle judiciaire des sentences arbitrales. L'allégation de l'excès de pouvoir par *Northern Sales* était une tentative pour fuir la condamnation au paiement constatée par la sentence et, ainsi, se soustraire à son obligation, stipulée dans la clause compromissoire, d'accepter une décision arbitrale comme décision finale et de s'y soumettre. Statuant que «[l]a véritable plainte de la défenderesse porte sur le fait que les arbitres n'ont pas tenu compte d'un certain moyen de défense qu'elle croyait avoir le droit d'invoquer» et que «[c]ela ne constitue pas une raison pour refuser de reconnaître une sentence au sens de l'article V de la Convention»<sup>231</sup>, les tribunaux se sont montrés conformes aux principes de la Convention de New York.

## 2. *Le principe de l'estoppel*

L'application du principe de *l'estoppel* que nous avons mentionné auparavant, a aussi été alléguée en relation avec l'art. V (1)(c) de la Convention de New York. Dans une affaire hollandaise<sup>232</sup>, la partie demanderesse allemande avait conclu un contrat avec le défendeur hollandais dans lequel elle s'engageait à travailler pour le défendeur comme son représentant en Allemagne. Au cours de la même année, le défendeur a donné avis de la fin immédiate du contrat à la partie allemande, un avis que cette dernière a considéré sans effet et qu'il voulait attaquer devant les tribunaux étatiques. Par la suite, les parties ont conclu

---

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> Président du Rechtsbank, La Hague, 26 avril 1973, rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), voir *supra* note 18, p. 305 (Netherlands N°3).

une convention d'arbitrage soumettant à l'arbitrage "tous les points litigieux existants entre eux". Le tribunal arbitral, alors saisi, condamna le défendeur à payer des dommages-intérêts à la partie demanderesse. S'opposant à la demande *d'exequatur* de la sentence par la partie allemande devant un tribunal hollandais, le défendeur invoqua plusieurs motifs, dont celui de l'excès de pouvoir de l'arbitre. Alléguant que la convention conclue entre les parties était invalide, le défendeur invoquait une violation de l'art. V (1)(c) de la Convention de New York. En fait, selon la loi allemande, cette convention n'était pas valable parce qu'elle n'était pas assez concrète; elle prévoyait la soumission à l'arbitrage de tous les différends existants entre les parties, mais sans les déterminer plus précisément.

Le fait que cette situation est plutôt couverte par l'art. V (I)(a)<sup>233</sup> de la Convention, n'a pas été mentionné par le Président du Tribunal de premier instance. Celui-ci n'a pas accepté l'allégation de la partie défenderesse, parce que ni elle-même, ni son avocat, toujours présent, n'avaient jamais, tout au long de la procédure, depuis janvier 1971 jusqu'à avril 1973, présenté cette objection. D'après le président du tribunal il faudrait donc supposer que le défendeur savait de quels points litigieux il s'agissait. Il a ajouté qu'en outre le défendeur n'avait pas affirmé son allégation d'excès de pouvoir d'une manière assez suffisante. Le président considérait donc l'invocation de cette objection comme forclos (*estopped*)<sup>234</sup>.

Jusqu'à maintenant, il y a peu de jurisprudence concernant l'application du principe de l'*estoppel* dans le cadre de l'art. V (1)(c) de la Convention. Pourtant, ce principe semble prendre sa place dans les lois plus modernes de l'arbitrage, de même que dans la jurisprudence, reflétant l'effort de donner effet à la politique en faveur de l'arbitrage et de garantir un déroulement facile et juste de la procédure arbitrale. Certes, l'application de ce

---

<sup>233</sup> L'art. V (1)(a) se lit comme suit : « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: que les parties à la convention visée à l'article 2 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 [...]».

<sup>234</sup> *Ibid.*

affirmed accordingly.

principe est discrétionnaire et, par le fait même, présente la possibilité de décisions  
 Counsel: R.W. McMechan for the appellant; J. Hershfield, R.

divergentes et non unificatrices. Mais l'idée de principe de l'*estoppel* n'est quand même pas  
 Before nous. Le beaucoup de lois internes de procédure contiennent l'idée d'une forclusion des

motifs de défense si ces derniers sont émis trop tard, bien que leur invocation aurait été possible auparavant, au moment désigné par la procédure. En raison de l'utilisation des principes comparables, qui ne s'appellent pas nécessairement *estoppel*, mais qui constituent une source de référence, le danger des décisions divergentes ne devrait pas être considéré trop menaçant.

### 3. *Amiable Composition et lex mercatoria*

#### a) *Mines, Minerais et Métaux (MMM) c. Mechema Ltd.*

Le cas *S.A. Mines, Minerais et Métaux (MMM) c. Mechema Ltd.*<sup>235</sup> donne un exemple type d'un contrôle atténué des tribunaux nationaux envers l'arbitrage et cela même en étant confronté à une demande concernant l'application de l'institut de l'amiable composition; une institution qui représente parfois une source d'inquiétude pour les juridictions étatiques car l'arbitre agissant comme amiable compositeur n'est pas obligé d'appliquer un règle de droit mais peut statuer en équité<sup>236</sup>.

En l'espèce, la société belge, *MMM*, confia, par contrat, à la société anglaise, *Mechema Ltd.*, la distribution exclusive pour le Royaume-Uni et l'Irlande des produits dont *MMM* avait la distribution exclusive pour le monde entier. Dans le contrat, les parties ont convenu de régler tout litige par voie d'arbitrage, les arbitres ayant les pouvoirs d'amiables compositeurs. Elles n'ont pas précisé le droit applicable en cas de conflit, mais la convention d'arbitrage contenait la clause 10, selon laquelle «le droit applicable sera déterminé par les arbitres en fonction des éléments de la cause»<sup>237</sup>. Quand *MMM* mit fin au contrat en 1973, *Mechema* exigea des réparations et informa *MMM* qu'elle entendait

<sup>235</sup> Publié dans [1980] Rev. arb. 560.

<sup>236</sup> Pour une définition de l'amiable composition voir aussi Ch. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry, «Negotiating Settlement of Disputes Provisions in International Business Contracts: Recent Developments in Arbitration and Other Processes», (1990) 45 Bus. Law. 577 à la p. 591.

<sup>237</sup> Voir *supra* note 235, à la p. 562.

recourir à l'arbitrage. Dans une lettre, elle pria *MMM* de lui dire si elle maintenait son accord pour que les arbitres statuent comme amiable compositeurs. Dans sa réponse, *MMM* exprima son désir que les arbitres tranchent le litige selon les règles du droit. Le compromis, qui a finalement été signé par les parties, renvoya au contrat et alors à la clause 10. Une sentence fut rendue en faveur de *Mechema*, condamnant *MMM* à lui payer des réparations.

*MMM* s'opposa à la demande d'*exequatur* formulée par la société anglaise, alléguant que les arbitres, en statuant comme amiables compositeurs, avaient commis un excès de pouvoir violant l'art. V (1)(c) de la Convention de New York. D'après *MMM* ce pouvoir ne leur appartenait pas, car, en droit belge, lequel *MMM* estimait applicable en l'espèce, la validité d'une clause prévoyant la délégation d'un tel pouvoir, doit être soumise à une confirmation après la naissance du litige<sup>238</sup>. Par contre, les arbitres avaient siégé en amiables compositeurs sans avoir reçu une telle confirmation. S'appuyant sur la clause 10 du contrat, les arbitres ont, suite au défaut d'accord des parties, déterminé le droit du lieu d'arbitrage comme loi applicable à la procédure arbitrale<sup>239</sup>, à savoir le droit français qui prévoit expressément le recours à l'amiable composition. Agissant comme amiables compositeurs, ils avaient donc la possibilité "d'ignorer" les lois nationales et de statuer en équité. La conclusion des arbitres était cependant une autre. Ils ont statué qu'ils pourraient alors «[se tenir] à la *lex mercatoria* pour exercer leur pouvoirs d'amiables compositeurs»<sup>240</sup>.

Deux tribunaux belges, la Cour de première instance ainsi que la Cour d'appel de Bruxelles, n'ont pas attaqué cette reconstitution de la volonté tacite des parties concernant le pouvoir des arbitres; elles ont considéré que l'art. 10 de la convention d'arbitrage était valable et qu'elle donnait aux arbitres le pouvoir d'amiables compositeurs. Par conséquent, elles ont jugé que les arbitres, en appliquant la *lex mercatoria*, sont restés dans le cadre de

---

<sup>238</sup> Art. 1700 Code judiciaire belge; sous le droit anglais le recours à l'institution d'amiable composition était exclu car l'Arbitration Act de 1979 était applicable en l'espèce. En vertu de l'art. 46 (1)(b) de la nouvelle loi anglaise de 1996 l'amiable composition est désormais reconnue.

<sup>239</sup> Les arbitres se sont basés sur l'art. V (1)(d) de la Convention de New York qui prévoit que, à défaut de convention, la convention se réfère pour la reconnaissance ou exécution d'une sentence à sa conformité «à la loi du pays ou l'arbitrage a eu lieu», *Ibid.*

<sup>240</sup> C'est ce que les arbitres ont constaté dans leur sentence, [1980] Rev. arb. 560 à la p. 563.

leur pouvoir délégué<sup>241</sup>. Concernant l'excès de pouvoir, cette décision n'est pas fautive. Cependant, on se demande pourquoi les tribunaux n'ont pas saisi l'occasion de clarifier la relation entre la *lex mercatoria* et l'arbitrage amiable.

En fait, l'arbitre en tant qu'arbitre amiable compositeur, n'est pas empêché d'appliquer une loi, que ce soit une loi nationale ou la *lex mercatoria* qui est aussi considérée comme une loi, mais ce n'est qu'une simple éventualité. L'avantage de l'arbitrage amiable est plutôt la possibilité de pouvoir décider en s'en tenant à l'équité - ce qui aurait d'ailleurs été raisonnable en l'espèce, car la plupart des droits internes ne prévoient pas d'indemnités compensatrices pour la clientèle perdue par le distributeur à cause de la résiliation d'un accord de distribution<sup>242</sup>. Toutefois, les arbitres ont pris un chemin peu convaincant et en tous cas inutile, car, l'application de la *lex mercatoria* ne causait simplement aucun problème. Tout arbitre, arbitre amiable compositeur ou non, est appelé à trancher les points litigieux d'une manière appropriée à l'espèce et, à cette fin, il peut aussi invoquer les usages du commerce international<sup>243</sup>. Pour appliquer la *lex mercatoria*, ils n'avaient donc pas besoin du pouvoir d'arbitrage amiable. Le vrai problème consisterait dans la question de la règle, relevant de la *lex mercatoria*, qui permettrait d'indemniser le concessionnaire *Mechema*, car nul usage ne prévoyait l'indemnisation du concessionnaire<sup>244</sup>. Pour contourner ce problème, les arbitres semblent avoir assimilé l'équité aux usages qu'elle inspire.

Le contrôle ténu, exercé par les tribunaux belges, fait partie de leur politique de restreindre fortement le contrôle judiciaire envers l'arbitrage. Cette politique est reflétée par l'art. 1717 du *Code judiciaire* de Belgique qui stipule que les tribunaux belges ne peuvent connaître d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale rendue en Belgique lorsque

---

<sup>241</sup> *Yearbook* Vol. VII (1981), voir *supra* note 18, p. 318 (Belgium N°3).

<sup>242</sup> J. Schapira, note sous Sentence arbitrale rendue à Paris le 3 novembre 1977, *Chambre de Commerce International*, [1980] *Rev. arb.* 560 à la p. 566.

<sup>243</sup> Voir seulement Y. Desrains, «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales» [1973] *Rev. arb.* 122.

<sup>244</sup> Pour une discussion de cette question voir J. Schapira, *supra* note 242.

aucun intérêt belge n'est en jeu<sup>245</sup>. Pourtant, une telle politique ne justifie pas de garder en vigueur des décisions arbitrales confuses et imprécises, et ce même lorsque le résultat est satisfaisant d'un point de vue pratique. D'ailleurs, le renvoi de la décision aux arbitres n'aurait pas nécessairement changé le résultat, car leur autorisation à agir en amiable composition était soutenable. Les arbitres ne sont pas hors la loi. Cela dit, même si les tribunaux ne peuvent pas contrôler le fond de la sentence, ils sont autorisés, voire contraints, à vérifier si les réparations ordonnées par la sentence sont prévues par la loi ou les règles appliquées. Il faut différencier entre un contrôle ténu et un contrôle inexistant, ce dernier n'étant pas du tout souhaitable.

b) *Compagnie Financière Mocupia c. Société Inveko France*

Cette même tendance de non-intervention se retrouve dans la jurisprudence française. Dans l'affaire *Inveko c. Mocupia*<sup>246</sup>, un litige était né à l'occasion d'un contrat de licence par laquelle la société suisse Intereko, titulaire de droits sur un procédé de fabrication d'engrais, après avoir concédé une licence à la société *Inveko France*, a autorisé la société *Mocupia* à réaliser un certain nombre d'usines qui devraient utiliser ce procédé. En application d'une clause compromissoire dans le contrat, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce international fut saisie d'une demande d'arbitrage par *Mocupia*, qui estimait que les engagements contractuels envers elle n'avaient pas été tenus. Une sentence fut rendue qui condamna *Inveko* à payer un certain somme d'argent à *Mocupia* pour la perte des chances de gain que le contrat comportait pour elle. Devant le Tribunal de grande instance de Paris, *Inveko* s'opposa avec succès contre cette sentence, invoquant que les arbitres avaient statué hors des termes du compromis en s'octroyant les pouvoirs d'amiables compositeurs qui ne leur avaient pas été conférés par les parties<sup>247</sup>. En effet, les arbitres avaient déclaré avoir procédé à une évaluation *ex aequo et bono* pour déterminer le préjudice subi par *Mocupia*. Cependant, le jugement du Tribunal de grande instance était

---

<sup>245</sup> W.W. Park, *International Forum Selection*, Boston, Kluwer Law International, 1995 à la p. 129; G. Horsmans, «Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage (3): L'étranger» [1992] Rev. arb. 417 à la p. 438 qui cite des positions des partisans et détracteurs dans la note en bas de page no. 55.

<sup>246</sup> Paris, 29 février 1980, [1980] Rev. arb. 538 (note E. Loquin), conf. par Cass. civ., 2<sup>e</sup> ch., 30 septembre 1981, [1982] Rev. arb. 430 (note E. Loquin).

<sup>247</sup> Jugement inédit du 7 décembre 1978.

reformé par la Cour d'appel de Paris<sup>248</sup>, ce dernier étant confirmé par la deuxième chambre de la Cour de cassation<sup>249</sup>. Bien qu'il est constant dans la jurisprudence française que l'arbitre de droit qui statue en équité ne se conforme pas à sa mission et juge «hors les termes du compromis»<sup>250</sup>, ces deux derniers tribunaux ont statué que la seule présence des motifs d'équité ne peut à elle seule fonder la nullité de la sentence. Pour qu'une sentence rendue sous l'application des principes d'équité par l'arbitre de droit soit annulée, elle devrait entraîner une solution différente de celle donnée par l'application de la règle pertinente du droit. Si, par contre, la solution d'équité serait équivalente à celle fournie par le droit, la sentence échappera à la nullité ou au refus d'*exequatur*, nonobstant la mention de l'usage par ses auteurs de prétendus pouvoirs d'amiabes compositeurs<sup>251</sup>.

Aussi, dans la situation inverse, lorsque l'arbitre investi du pouvoir d'amiabie compositeur néglige de faire usage de ces prérogatives, la jurisprudence française<sup>252</sup> a appliqué le principe «pas de nullité sans grief»<sup>253</sup>. C'est alors seulement lorsque l'excès de pouvoirs de l'arbitre cause un grief à l'une des parties qu'il doit être sanctionné.

c) *Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Société anonyme Norsolor*

L'affaire *Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Société anonyme Norsolor*<sup>254</sup> a donné lieu à un important contentieux concernant l'existence et la nature de la *lex mercatoria*. Dans cette affaire, la société *Pabalk* a introduit une demande en arbitrage contre la société *Norsolor*, celle-ci ayant mis fin au mandat de la société *Pabalk*. Les parties étaient liées par un contrat de représentation commerciale qui contenait une clause d'arbitrage dans laquelle l'application du règlement de la C.C.I., notamment son art. 13, était prévue. Cet article prescrit que les arbitres devraient appliquer, à défaut d'indication par les parties du droit applicable, la loi désignée par la règle de conflit qu'ils jugeraient la plus appropriée, étant

---

<sup>248</sup> Paris, 29 février 1980, [1980] Rev. arb. 538 (note E. Loquin).

<sup>249</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup> ch., 30 septembre 1981, [1982] Rev. arb. 430 (note E. Loquin).

<sup>250</sup> Paris, 4 février 1966, [1966] Rev. arb. 27.

<sup>251</sup> Voir *supra* note 246.

<sup>252</sup> Paris, 10 mars 1988, [1989] Rev. arb. 269 (note Ph. Fouchard).

<sup>253</sup> Voir E. Loquin, «Perspectives pour une réforme des voies de recours» [1992] Rev. arb. 321 à la p. 336.

<sup>254</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1984, D. 1985.Jur.101 (note J. Robert).

précisé qu'ils tiendraient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce<sup>255</sup>. La demande de *Pabalk* comportait, entre autres questions, une demande de réparation du préjudice découlant de la rupture. Le tribunal arbitral de trois arbitres siégeant à Vienne fut confronté au problème de la loi de fond applicable. N'ayant trouvé ni expression de volonté, ni points de rattachement à un droit national, le tribunal arbitral a écarté toute référence à une loi nationale, du fait qu'aucune des lois ne paraissait s'imposer avec assez de force, et a, en revanche, appliqué la *lex mercatoria* internationale et spécialement le principe de la bonne foi qui présidera à la formation et l'exécution des contrats et dont la *lex mercatoria* est inspirée. Sur cette base, le tribunal arbitral a tenu *Norsolor* pour responsable de la rupture du mandat et l'a condamné à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par *Pabalk*.

*Norsolor* a contesté le bien-fondé de la décision arbitrale devant les juridictions autrichiennes en invoquant que les arbitres, en se référant à la *lex mercatoria*, n'avaient pas statué selon les règles de droit, mais en équité, usurpant ainsi des pouvoirs d'amiable compositeur que les parties ne lui avaient pas conférés<sup>256</sup>. Tandis que le tribunal de commerce de Vienne<sup>257</sup> a rejeté cette argumentation en statuant que «nonobstant l'emploi à deux reprises du mot "équité" [...] [il était évident] que les arbitres étaient partis de considérations juridiques», la Cour d'appel de Vienne<sup>258</sup> a, quant à elle, infirmé cette décision. Elle a décidé que les arbitres sont sortis de leur mission lorsqu'il se sont référés, sous le nom de la *lex mercatoria*, à un «droit mondial d'une validité incertaine». En conséquence, la juridiction autrichienne, a d'abord annulé la sentence.

Parallèlement à cette procédure autrichienne, *Pabalk* a demandé *l'exequatur* en France, qui a finalement été accordé par ordonnance du président du Tribunal de Grande

---

<sup>255</sup> Art. 13 du Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, Publication N° 447-3, voir *supra* note 84, prévoit [...]«3. Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce.[...] 5. Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce».

<sup>256</sup> B. Goldmann, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, [1985] Rev. arb. 431 à la p.436.

<sup>257</sup> Trib. com. Vienne, 29 juin 1981.

<sup>258</sup> Cour d'appel de Vienne, 29 janvier 1982.

Instance de Paris<sup>259</sup>. L'opposition formée contre cette décision par *Norsolor*, fut rejetée par jugement du Tribunal de grande instance de Paris en soutenant que les arbitres, peu importe l'emploi de la notion ambiguë d'équité, «n'ont, ni en fait, ni en droit, statué en amiables compositeurs». La cour a souligné que les arbitres, en déterminant la loi applicable au litige, peuvent aussi recourir aux principes généraux du droit contractuel qui sont aussi applicables en commerce internationale<sup>260</sup>. En outre, la cour ne serait pas autorisée à contrôler si les arbitres avaient bien employé la loi considérée applicable.

Finalement, la Cour suprême d'Autriche, saisie par *Pabalk*, a rétabli le jugement du Tribunal de commerce. Pour l'essentiel, la haute juridiction a considéré que les arbitres, en accordant l'indemnité pour rupture du contrat, avaient «appliqué un principe immanent de droit privé, qui n'enfreint ni ne viole aucune des dispositions impératives édictées par la législation en vigueur dans l'un des deux états intéressés [et que] l'application par la juridiction arbitrale, du principe d'équité sans autorisation préalable des parties, ne constitue[rait] pas une transgression des limites de sa compétence»<sup>261</sup>.

En l'espèce, les arbitres n'ont pas su différencier l'application de la *lex mercatoria* et des principes de l'équité, et les tribunaux les ont suivis<sup>262</sup>. Or il y a une grande différence entre les deux. L'arbitre, à qui on demande d'appliquer le droit, peut bien appliquer la *lex mercatoria*, mais non le principe d'équité. La règle de droit doit être appliquée telle qu'elle est, elle reste indifférente aux résultats, même si son application mène à un résultat qui ne correspond pas au sentiment du juste de l'arbitre ou du juge<sup>263</sup>. Par contre, en appliquant les principes d'équité, l'arbitre peut justement évincer la règle de droit non impératif pour arriver à des résultats équitables.

---

<sup>259</sup> Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 20 juin 1983, [1983] Rev. arb. 564.

<sup>260</sup> *Yearbook* Vol. XI (1986), voir *supra* note 18, p. 486 (France N°7).

<sup>261</sup> B. Goldmann, «Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*, L'affaire *Norsolor*», [1983] Rev. arb. 379 à la p. 384.

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> *Ibid.*, à la p. 405.

#### d) Analyse

Il semble que les tribunaux nationaux interprètent uniformément le pouvoir de l'arbitre d'une façon très large et prêtent un grand respect à sa décision. Une telle approche est à encourager, car elle empêche des parties mécontentes de prétendre un manquement de pouvoir de l'arbitre, bien qu'elles savaient, ou auraient dû savoir, que l'arbitre peut appliquer des principes généraux de droit, dont la *lex mercatoria* fait partie, et que c'est à elles de limiter leurs pouvoirs, un droit dont elles disposent au tout début du processus. Notamment, en considérant la jurisprudence française, il devient évident que les tribunaux veulent décourager les actions dilatoires et sécuriser l'arbitrage. Et il est certainement dans l'intérêt des parties qu'une sentence ne soit pas soumise à un contrôle méticuleux mettant en question chaque mot employé par l'arbitre. Cependant, il n'est pas dans l'intérêt des parties que leur volonté quant à la mission de l'arbitre soit absolument ignorée. Si le critère du contrôle judiciaire n'est plus la conformité du comportement de l'arbitre avec sa mission, et si on lui substitue le critère d'une la sentence satisfaisante dans la pratique, le contrôle judiciaire deviendra alors imprévisible. Et pire que cela, en décidant si la solution est satisfaisante dans la pratique, les tribunaux imposeraient leur propre conception du juste aux parties. Les tribunaux doivent donc arriver à un équilibre entre la liberté laissée à l'arbitre et le respect payé à la volonté des parties. Dans ce sens, le principe «pas de nullité sans grief» semble un bon départ. Cependant il faut veiller que le principe se comprend comme «pas de nullité sans grief matériel» et ne se transforme pas dans le principe «pas de nullité sans grief de justesse».

#### **4. Réparation du préjudice**

Quant au pouvoir de l'arbitre d'attribuer des réparations, la question se pose à savoir quand, et par quelle réparation, l'arbitre excède ses pouvoirs. La réponse à cette question s'avère importante, car l'exécution d'une sentence, attribuant des réparations hors des bornes prévues par les parties ont prévu, prive ces dernières tant des avantages de l'arbitrage que le cas où l'exécution d'une sentence est refusée par un tribunal national parce que l'arbitre a

mal interprété le droit<sup>264</sup>. En examinant la décision arbitrale, le tribunal national devrait toujours garder à l'esprit que l'arbitre est familier avec le litige et aussi qu'il est choisi pour son expertise dans le domaine et sa connaissances des coutumes applicables. Les tribunaux devraient donc se fier, jusqu'à un certain point, à ce que l'arbitre sera en mesure d'attribuer une réparation adéquate<sup>265</sup>.

En effet, les juridictions interprètent le pouvoir de l'arbitre d'une façon très large afin de garantir la finalité de la sentence<sup>266</sup>. On peut classer deux différentes situations possibles. Une première situation est celle où les parties définissent la mission de l'arbitre d'une façon très large, en lui procurant le pouvoir de choisir librement le remède qu'il trouve adéquat et juste<sup>267</sup>, sans lui donner le pouvoir d'agir comme amiable compositeur, donc en appliquant les règles de droit déterminé par les parties dans la convention d'arbitrage. Une deuxième situation se présente si les parties prévoient des directives quant à l'étendue du pouvoir de l'arbitre. Soit ce pouvoir est délimité par l'exclusion de quelques solutions dont elles veulent éviter l'application<sup>268</sup>, soit la mission de l'arbitre est définie d'une façon restreinte en précisant en détail et d'une manière limitative les hypothèses particulières dont l'arbitre peut disposer pour mettre fin au litige<sup>269</sup>.

#### a) Mission de l'arbitre définie très large

Revenons à la première situation: la mission de l'arbitre est définie, par les parties, de telle manière qu'il a le pouvoir de choisir n'importe quelle forme de réparation. Dans ce cas, les juridictions étatiques ont, en général, respecté la décision de l'arbitre, à la condition

---

<sup>264</sup> J.T. Martin, «*Advanced Microdevices v. Intel Corp. and Judicial Review of Commercial Arbitration Awards: When does a Remedy "Exceed" Arbitral Powers?*» (1995) 46 Hastings L.J. 1907 à la p. 1920.

<sup>265</sup> *Advanced Micro Devices [AMD] c. Intel Corp.*, 885 P.2d 994 (Cal. 1994) à la p. 1001 remarquant que les parties ont une "attente contractuelle" que l'arbitre va rendre une décision indemnisant suivant son meilleur jugement.

<sup>266</sup> Voir seulement: *United Paperworkers Int'l Union c. Misco*, 484 U.S. 29 à la p. 38 (1987); *Anderman/Smith Operating Co. c. Tennessee Gas Pipeline Co.*, 918 F.2d 1215 à la p. 1218 (5<sup>th</sup> Cir. 1990).

<sup>267</sup> Ce pouvoir est concédé à l'arbitre par le règlement de l'American Arbitration Association, art. 43.

<sup>268</sup> *Firestone & Rubber Co. c. United Rubber Workers* (1959), 168 Cal. App. 2d 444, 335 P.2d 1990: L'arbitre avait adjugé une 3<sup>e</sup> solution bien que les parties avaient donné le choix seulement entre 2 autres. La cour a annulé la sentence en disant que l'arbitre n'est pas libre d'ignorer la base de l'entente entre les parties.

<sup>269</sup> *Drake c. Stein* (1953), 116 Cal. App. 2d 779, 254 P.2d 613: l'arbitre avait attribué des dommages-intérêts au lieu des biens immeubles comme prévu et convenu.

qu'elle soit basée sur le contrat<sup>270</sup>. Cette dernière condition trouve son origine dans un cas classique, concernant l'excès de pouvoir en attribuant des réparations, soit *Steelworkers v. Enterprise Corp.*<sup>271</sup>. Relevant du droit de travail, la quintessence de cette décision a aussi été reprise pour l'arbitrage privé. Dans cette décision, *l'essence-test* a été développé qui signifie qu'un arbitre, en attribuant des réparations, est obligé d'interpréter et appliquer à la lettre la convention d'arbitrage, conclue entre les parties. Sa décision ne peut être remise en cause si elle trouve sa base dans le libellé du contrat (*Essence of Contract*)<sup>272</sup>. Même si la décision de l'arbitre est fautive, la cour nationale n'a pas le droit de l'examiner *de novo* ou même de la corriger, parce que un tel examen aboutirait dans une révision du contenu matériel de la sentence. Pourvu qu'elle soit rendue dans le cadre de son pouvoir et ne contrevienne pas à l'ordre public<sup>273</sup>, la sentence ne peut pas être revue par le tribunal étatique. Cette interprétation a été suivie par plusieurs tribunaux étatiques en annulant ou corrigeant des sentences concernant des réparations non fondées sur le contrat<sup>274</sup>. Cependant, *l'essence test* a été critiqué et décrit comme non applicable, car l'arbitre est l'interprète officiel du contrat. Ce statut comprend le pouvoir d'interpréter le contrat ainsi que les droits des parties qui en relèvent et sur lesquels la sentence et la réparation sont basées. La sentence devrait alors presque toujours trouver son base dans le contrat "comme interprété par l'arbitre"<sup>275</sup>.

Dans le cadre d'une mission définie d'une façon large par les parties une autre question a été soulevée, à savoir si l'arbitre peut ordonner des réparations que la partie n'aurait jamais pu avoir reçues devant une juridiction étatique; autrement dit, si le pouvoir

---

<sup>270</sup> *Advanced Micro Devices [AMD] c. Intel Corp.*, 20 Cal. Rptr. 2d 73 (Ct. App. 1993) infirmé par 885 P.2d 994 (Cal. 1994); *Tate c. Saratoga Savings & Loan Assn.* (1989), 216 Cal. App. 3d 843, 855, 265 Cal. Rptr. 440.

<sup>271</sup> 363 U.S. 593, à la p. 597, 80 S.Ct. 1358, à la p. 1361, 4 L.Ed. 2d 1424.

<sup>272</sup> *Ibid.*

<sup>273</sup> *Southern Cal. Rapid Transit Dist. c. United Transportation Union*, *supra* note 208, aux pp. 422, 423.

<sup>274</sup> en appliquant *l'essence test*, la sentence rendue dans *Advanced Micro Devices c. Intel Corp.*, 20 Cal. Rptr.2d 73 (6<sup>e</sup> Cir. 1993), a été annulée, parce que l'arbitre avait adjugé à une partie des droits qui excédaient les droits qu'elle aurait du recevoir en vertu du contrat. Donc, bien que ces droits n'étaient pas expressément exclus dans la clause compromissoire (*submission agreement*), la cour a décidé qu'ils n'étaient pas basés sur le contrat;

<sup>275</sup> J.T. Martin, voir *supra* note 204, à la p. 1930.

de l'arbitre quant à l'attribution des réparations doit être égal et limité à celui d'un tribunal étatique.

Cette question a été posée par la Cour suprême de Colombie-Britannique dans le cas *Ridley Terminals Inc. c. Minette Bay Ship Docking Ltd.*<sup>276</sup>. Le tribunal arbitral était appelé pour ajuster des droits d'amarrage sur lesquels les parties ne pouvaient pas se mettre d'accord. La sentence rendue condamna *Ridley* à payer des frais à *Minette* «on a solicitor-own-client basis»<sup>277</sup>. Devant la Cour suprême, *Ridley* a invoqué un excès de pouvoir des arbitres pour manque de compétence. Le tribunal a d'abord considéré la jurisprudence concernant cette question selon laquelle la Cour suprême n'a pas le pouvoir d'attribuer des frais sur une telle base<sup>278</sup>. Ensuite, à partir de l'*Arbitration Act* et l'*International Arbitration Act*, il a analysé si le mot frais a, en arbitrage, la même signification que dans la loi, pour arriver à la conclusion qu'elle est identique et que, par conséquent, l'arbitre n'avait pas le droit d'attribuer des frais que la Cour suprême n'aurait pas pu avoir attribués. Le tribunal a ajouté qu'il en serait autrement si les parties avaient stipulé *expressis verbis* dans leur clause compromissoire que le tribunal arbitral devrait disposer d'un pouvoir plus large que la Cour suprême. Il a alors renvoyé la sentence aux arbitres en les instruisant d'appliquer la loi.

À notre avis, cette décision reflète une attitude méfiante envers l'arbitrage et nie sa raison d'être. Les parties qui choisissent d'aller en arbitrage cherchent une solution adaptée à leur problème et non la même application de la loi que par les tribunaux étatiques. C'est justement la raison d'être de la procédure arbitrale qu'elle soit différente d'une procédure en justice. Partant d'un point de vue en faveur de l'arbitrage, une réponse négative à la question susmentionnées s'impose, car une telle limitation des pouvoirs de l'arbitre nuirait fortement aux plus grands avantages de l'arbitrage, à savoir la flexibilité et la finalité. De plus, une telle limitation n'est pas contrôlable, car elle exigerait inévitablement une interprétation du contrat et des faits par le juge pour vérifier la juste proportion de la réparation. Un tel

---

<sup>276</sup> [1989] B.C.J. No. 1882 (21 novembre 1983) (non publié, QL).

<sup>277</sup> *Ibid.* à la p. 3.

<sup>278</sup> *Basran c. Basran* (1981), 21 C.P.C. 269, 123 D.L.R. (3d) 508 (B.S.C.S.); *C.S.I. Copysoft c. Venice Bakery*, [1985] B.C.J. No. 912 (11 mars 1985).

contrôle serait répétitif et aboutirait à un contrôle de fond, présentant alors une intervention dans la fonction de l'arbitre<sup>279</sup>.

b) Mission délimitée

Il semble que les juridictions étatiques prêtent un respect assez large aux décisions arbitrales, et surtout à l'interprétation du contrat par l'arbitre lorsque les parties délimitent davantage la mission de l'arbitre et donnent des directives.

Dans l'affaire *Fertilizer Corporation of India et al.(FCI) c. IDI Management, Inc.(IDI)*<sup>280</sup>, une clause du contrat obligeait la dernière à produire une certaine quantité d'engrais chaque jour pour *FCI*. Le litige est apparu parce que *IDI* n'avait pas rempli ses obligations contractuelles, en fait il n'a jamais produit la quantité d'engrais requise. Après l'écoulement d'un délai plus long que celui prévu dans le contrat, *FCI* avait résilié le contrat. Au cours des neuf mois suivants, *FCI* était parvenu par ses propres efforts à une production rentable. Dans la sentence, les arbitres attribuèrent des dommages indirects à *FCI*, bien qu'une clause du contrat excluait expressément les dommages pour profit perdu. En soutenant que *IDI*, par la non-exécution des ses obligations contractuelles, avait commis une rupture de contrat, les arbitres avaient conclu que la clause du contrat excluant les dommages indirects était aussi abrogée. La Cour du district fut saisie par *FCI* qui demandait l'exécution de la sentence obligeant *IDI* à payer des dommages indirects. *IDI*, pour sa part, opposa à cette demande plusieurs motifs, dont l'un était que les arbitres avaient excédé leurs pouvoirs, art. V (1)(c) de la Convention de New York, en attribuant des dommages expressément exclus par la convention des parties.

Le tribunal, sous l'égide de Juge Spiegel, a confirmé la sentence arbitrale, même s'il a ajouté avoir des doutes sur le fait que l'application de la théorie de rupture de contrat puisse mener à l'abrogation d'une clause limitative des dommages<sup>281</sup>. Cependant, il a constaté que le rôle du tribunal ne consiste pas à réviser la sentence sur le fond<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> *Ibid.* à la p. 1933.

<sup>280</sup> 517 F. Supp. 948 (1981).

<sup>281</sup> *Ibid.*, à la p. 959.

<sup>282</sup> *Ibid.*, à la p. 959 «[...] nor would it be proper for this Court to usurp the arbitrator's role.»

S'appuyant sur la décision *Burchell c. Marsh*<sup>283</sup> de la Cour suprême, il a souligné que, si possible, il faut prêter respect à la sentence arbitrale pourvu que cette dernière trouve une justification quelconque dans les faits et contienne une décision honnête, rendue avec respect des principes fondamentaux en droit. Dans cette situation un tribunal ne devrait pas annuler une sentence à cause d'une erreur par rapport au droit ou aux faits<sup>284</sup>. En l'espèce, la décision de l'arbitre était, selon l'avis de la cour, bien fondée, de sorte qu'elle a décidé de ne pas remplacer la sentence par son jugement, une interprétation conforme aux buts poursuivis par la Convention de New York<sup>285</sup>.

Ce principe fut aussi confirmé par la cour dans *National Oil Corp. (NOC) v. Lybian Sun Oil Co.*<sup>286</sup>. Il s'agissait de dommages-intérêts fixés d'avance par contrat, que le tribunal arbitral attribuait à *NOC. Sun Oil* faisait grief aux arbitres d'avoir excédé leurs pouvoirs en agissant comme amiables compositeurs au lieu d'appliquer la loi et de se baser sur la preuve présentée. Les arbitres avaient constaté, que, selon le droit libyen, les dommages-intérêts fixés d'avance par contrat étaient légaux et payables, sauf si le débiteur produisait la preuve que l'autre partie n'avait pas subi de dommages. Comme *Sun Oil* n'avait pas produit une telle preuve, les arbitres avaient attribué des dommages d'un montant réduit, prenant en considération la faute de *NOC*.

Le tribunal américain, appelé par *NOC* visant l'exécution de la sentence, a confirmé la sentence. En faisant remarquer que l'art. V (1)(c) de la Convention de New York ressemblait au § 10 (d) du *FAA*<sup>287</sup> et que le dernier devrait aussi être interprété restrictivement<sup>288</sup>, il a appliqué une théorie développée sous § 10 (d) *FAA* dans *Mutual*

---

<sup>283</sup> 58 U.S. 344, à la p. 349, 15 L. Ed. 96 (1854).

<sup>284</sup> *Ibid.*

<sup>285</sup> La cour a aussi fait observer, que l'art. 10 (d) du Federal Arbitration Act (9 U.S.C. § 10 (d) ) équivaldrait à l'art. V (1)(c) de la Convention de New York et que les deux décisions sont à interpréter d'une façon restrictive. Elle a renvoyé à la jurisprudence américaine, ce qui est possible parce que les dispositions du Federal Arbitration Act sont applicables aux procédures menées sous la Convention tant qu'il n'y a pas de conflit entre les deux textes. En cas de conflit c'est la Convention qui l'emporte, 9 U.S.C. § 208

<sup>286</sup> 733 F. Supp. 800 (D.C. 1990)

<sup>287</sup> 9 U.S.C. § 10 (d) : «In either of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration [...] (d) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final and definite award upon the subject matter submitted was not made».

<sup>288</sup> *Andros Compania Maritima S.A. c. Marc Rich & Co., A.G.*, 579 F.2d 691 à la p. 703 (2d Cir. 1978).

*Fire, Marine & Inland Insurance Co. v. Norad Reinsurance Co.*<sup>289</sup>. Selon cette théorie, une sentence, fondée sur les faits, ne sera pas sujette à une révision judiciaire, sauf si elle était «totalement irrationnelle»<sup>290</sup>. Remarquant que la sentence était appuyée sur les faits, le tribunal a souligné que son rôle était limité à vérifier si la sentence était totalement irrationnelle<sup>291</sup>. En absence d'irrationalité, il n'avait pas le droit de réviser les faits.

Une autre affaire qui renforce l'impression d'une intervention minimale de la part des tribunaux est *Parsons c. RAKTA*<sup>292</sup>. En l'espèce, un litige s'était produit à partir d'un contrat entre une entreprise américaine (*Parsons*) et une compagnie égyptienne (*RAKTA*) par lequel *Parsons* s'engageait à construire, mettre en marche et superviser pour un an un moulin de papier en Egypte. Le contrat prévoyait une clause d'arbitrage ainsi que la stipulation qu'aucune partie ne sera responsable pour des dommages causés par perte de production. Au cours des travaux, les relations entre l'Egypte et les États-Unis se sont détériorées suite à la guerre de six jours entre l'Egypte et l'Israël, et une grande partie des employés de *Parsons* ont été forcés de quitter le pays. Par conséquent, *Parsons* abandonna le projet se trouvant excusé par force majeure. *RAKTA*, n'étant pas d'accord avec cette excuse, demanda des dommages-intérêts pour la rupture du contrat. Le tribunal arbitral appelé ensuite rendit une sentence en faveur de *RAKTA*, condamnant *Parsons* à payer un somme d'environ US\$ 310.000 pour rupture de contrat.

Devant la cour d'appel, *Parsons* s'opposa à la sentence alléguant que US\$ 185.000 des dommages ont été attribués à *RAKTA* pour perte de production, ce qui était interdit par la stipulation du contrat. La sentence aurait alors été contraire à l'art. V (1)(c) de la Convention de New York, car les arbitres avaient excédé leurs pouvoirs<sup>293</sup>. Cependant, la Cour d'appel rejeta la demande de *Parsons*. Soulevant que la disposition de l'art. V (1)(c) de la Convention demande une interprétation restrictive, elle souligna que l'arbitre est l'interprète officiel du contrat et qu'alors, puisqu'il ne découlait pas, d'une façon évidente, de

---

<sup>289</sup> 868 F.2d 52 (3d Cir. 1989).

<sup>290</sup> *Completely irrational test.*

<sup>291</sup> Le "completely irrational test" a été appliqué

<sup>292</sup> Voir *supra* note 32.

<sup>293</sup> *Ibid.* à la p. 976.

cette interprétation que l'arbitre avait excédé ses pouvoirs, le tribunal a constaté ne pas avoir le pouvoir de la changer. La Convention de New York prévoyait seulement le refus d'une sentence rendue en dehors de la mission de l'arbitre, mais non la révision de l'interprétation du contrat par l'arbitre. Le tribunal a alors montré un grand respect à la décision de l'arbitre, peut-être même trop grand.

c) Analyse

Il apparaît de ces décisions que les tribunaux, interprètent le pouvoir de l'arbitre d'une façon très large pour garantir la finalité de la sentence. Aussi, ils prêtent, en général, un très grand respect aux décisions arbitrales et à son interprétation du contrat. Il s'impose même la question à savoir si les parties peuvent vraiment réussir à délimiter le pouvoir de l'arbitre. Dans leur volonté de ne pas réviser le fond de la sentence les tribunaux étatiques semblent aller très loin dans leur acceptation d'une interprétation du contrat fait par l'arbitre.

### C. Art. V (2) (a) - Ordre public

Le motif de la violation de l'ordre public est, sans doute, celui qui risque le plus de présenter un point de faiblesse concernant l'harmonisation de l'interprétation et la délimitation des motifs de refus de l'exécution. C'est le motif le plus souvent invoqué pour s'opposer à l'exécution d'une sentence<sup>294</sup>. Déjà dans un ordre juridique interne, la détermination des limites de cette notion soulève souvent des problèmes, son interprétation étant soumise aux changements dans la société et dans le temps. En conséquence, la signification de cette notion est fortement différente d'un pays à l'autre, car les opinions dans une société, concernant la question de ce qui viole l'ordre public ou non, dépendent de la culture, de la politique, de la religion et du système de droit. Trouver une interprétation uniforme de l'ordre public au niveau international semble une entreprise difficile sinon impossible, puisque l'interprétation par chaque juridiction nationale sera toujours teintée de sa propre façon de voir cette notion. De plus, on doit craindre que les juridictions nationales essayent d'introduire cette approche dans l'interprétation internationale de ce motif.

#### *1. Interprétation restrictive*

Les tribunaux ont, à plusieurs reprises, manifesté que le motif de l'ordre public demande au niveau international une interprétation très restrictive, pour qu'il ne devienne pas un moyen déguisé pour annuler une sentence au fond<sup>295</sup>. A cet effet ils ont établi la règle qu'une violation de l'ordre public doit être retenue seulement si l'exécution de la décision arbitrale contrevient aux idées de morale et de justice les plus essentielles et indispensables du for<sup>296</sup>. Dans ce sens, le juge Lloyd F. MacMahon a constaté dans

---

<sup>294</sup> Regarder W.L. Craig, «Uses and Abuses», voir *supra* note 6, à la p. 189, qui dit: «A lawyer would have to be notably lacking in cleverness to be unable to think of a public policy ground on which to attack an award».

<sup>295</sup> *Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company, et al. c. Million Basic Company Limited*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XIX (1994), voir *supra* note 18, 675 à la p. 678: «The public policy ground [...] must not be seen as a catch-all provision to be used wherever convenient.»

<sup>296</sup> Voir *Schreter c. Gasmac Inc.*, [1992] 7 O.R. (3d) 608 (Ont. C. Gen. Div.) à la p. 623, *Parsons*, voir *supra* note 32; *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, 737 F.2d 150 (2d Cir. 1984).

*Parsons*<sup>297</sup> que l'ordre public (*public policy*) n'est pas égal à la politique nationale (*national policy*), la partie défenderesse ayant essayé de justifier son refus de paiement avec la politique nationale des États-Unis envers l'Égypte. La cour a rejeté cet essai. Le fait de faire équivaloir la politique nationale à l'ordre public ouvrirait la porte à des motifs innombrables pour perturber le déroulement du processus arbitral et minerait les objectifs de la Convention de New York. Ce constat a été répété récemment par la Cour dans *National Oil Corp. c. Libyan Sun Oil Co.*<sup>298</sup> dans un cas semblable.

## 2. *Différence entre l'ordre public interne et international*

Une autre distinction importante entreprise par les juridictions étatiques et visant à délimiter le cadre d'application de ce motif est entre l'ordre public interne et l'ordre public international. Car c'est en fonction des notions de l'ordre public du for que s'apprécient les motifs d'opposition à l'*exequatur*<sup>299</sup> les juristes français ont élaboré la notion de l'ordre public international, pour éviter qu'un pays puisse annuler une sentence pour violation de l'ordre public alors que la même sentence serait, dans un autre pays, considérée conforme à l'ordre public<sup>300</sup>. Pour ne pas freiner ou empêcher le développement du commerce international et le recours à l'arbitrage au niveau international, on doit utiliser une interprétation adaptée de la notion d'ordre public en droit international<sup>301</sup>. Les juridictions étatiques se réfèrent donc à la notion d'ordre public international du for qui est plus souple et plus tolérant et permet aux objectifs de la Convention d'avoir pleine portée<sup>302</sup>. Ainsi, une violation de l'ordre public en droit interne n'équivaut pas nécessairement une violation en droit international, où une telle violation ne peut être acceptée que dans des cas extrêmes.

---

<sup>297</sup> Voir *supra* note 32.

<sup>298</sup> 733 F.Supp. 800 (D.C. 1990).

<sup>299</sup> *Compagnie de Saint-Gobain c. The Fertilizer Corporation of India*, Paris, 10 mai 1971, [1971] Rev. arb. 111; *Parsons*, voir *supra* note 32; G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) 47 R. du B. 435 à la p. 461.

<sup>300</sup> A. Redfern et M. Hunter, voir *supra* note 9, à la p. 445.

<sup>301</sup> Voir *supra* note 31.

<sup>302</sup> Voir seulement *Waterside Ocean Navigation c. International Navigation*, 737 F.2d 151 à la p. 152 (2d Cir. 1984); *Northrop Corporation c. Triad Investment*, 593 F.Supp. 930 à la p. 935 (1984, Cal. D.C.); *Arcata Graphics Buffalo Ltd. c. Movie (Magazine) Corp.*, [1993] O.J. No. 568 (non publié, QL); *Audi Auto Union c. S.A. Adelon Petit & Cie*, Cour de cassation (1<sup>ère</sup> ch.), 28 juin 1979, rapporté dans *Yearbook* Vol. V (1980), voir *supra* note 18, aux pp. 275 et s.; *Société Bruynzeel Deurenfabriek N.V. c. Ministre d'État aux Affaires Étrangères de la Rep. Malgache*, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1976, [1977] Rev. arb. 137; *Industrija Motora Rakovica (I.M.R.) c. Lynx Machinery Ltd.*, Paris, 22 décembre 1978, [1979] Rev. arb. 266 à 269.

Un tel cas extrême a été constaté dans une espèce allemande, *Entreprise P c. Entreprise F*<sup>303</sup> concernant une violation de *due process*. Ici, l'arbitre n'avait pas communiqué à l'entreprise F une lettre qu'il avait reçue de l'entreprise P. En plus, il n'avait pas pris en considération une lettre d'un ministère allemand, soumise à lui par l'entreprise P, qui contredisait la lettre de l'entreprise F, mais il a rendu une sentence en faveur de l'entreprise F. La cour d'appel a jugé ce comportement comme un cas extrême d'une violation de *audi alteram partem* parce que la partie était empêchée de présenter son cas en ayant toute l'information nécessaire. Elle a donc refusé l'exécution de la sentence.

A l'inverse, une demande de refus d'exécution, fondée sur l'art. V (2)(b) de la Convention de New York, a été rejetée par la Cour suprême de l'Espagne<sup>304</sup>. La partie défenderesse avait soulevé plusieurs manquements formels, lesquels, selon la loi espagnole, étaient contraire à l'ordre public interne. Se référant au but de la Convention de faciliter l'exécution des sentences, la Cour suprême d'Espagne a fait valoir que le droit d'un pays auquel les parties peuvent déroger librement, ne peut pas affecter le refus d'exécution d'une sentence. Pour que la Convention ne devienne pas lettre morte, il faudrait appliquer une interprétation internationale de l'ordre public afin d'exclure l'intrusion des particularités du droit du for dans la Convention<sup>305</sup>.

Dans la décision canadienne *Schreter c. Gasmac Inc.*<sup>306</sup> les parties avaient conclu une convention d'arbitrage qui prévoyait que le droit de l'État du Géorgie aux États-Unis serait applicable au fond et que le lieu d'arbitrage serait Atlanta. Suite à un litige, *Schreter* avait obtenu une sentence arbitrale adjugeant le paiement des redevances dues et l'anticipation des redevances futures. *Gasmac* s'opposait à cette sentence en essayant d'invoquer une violation du droit ontarien. Soulevant que l'adjudication d'une anticipation des redevances futures serait contraire au droit ontarien et que l'arbitre avait donc commis une erreur par rapport au droit, il invoquait que la sentence serait contraire à l'ordre public.

---

<sup>303</sup> Rapporté dans *Yearbook* Vol. II (1977), voir *supra* note 29, p 241 (Federal Republic of Germany N°11); *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1975 Vol. 7-8, pp. 432, 433.

<sup>304</sup> Cas du Tribunal Superior, October 8, 1981, rapporté dans le *Yearbook* Vol. VIII (1983), voir *supra* note 18, p. 406 (Spain N°2).

<sup>305</sup> *Ibid.*

<sup>306</sup> Voir *supra* note 156.

Le tribunal ontarien a refusé la demande en soulignant que le motif de l'ordre public serait à interpréter d'une façon internationale de sorte que l'imposition de l'ordre public national sur une sentence étrangère ne serait recevable que pour prévenir l'exécution d'une sentence qui violerait des principes fondamentaux de l'ordre public local, par exemple, en présence d'illégalité, corruption ou fraude<sup>307</sup>. L'allégation d'une violation de l'ordre public en vue d'obtenir la révision d'une sentence, décidée en conformité avec le droit d'une juridiction étrangère, contreviendrait aux buts de la Convention de faciliter l'exécution des sentences internationales et ne serait donc pas acceptable.

La distinction entre l'ordre public interne du for et l'ordre public international du for est une amélioration importante pour répondre aux besoins de prévisibilité et de régularité de l'arbitrage commercial international. Aussi, il jouit d'une forte utilisation par les tribunaux<sup>308</sup>. Cependant, il reste à trouver une définition uniforme et réalisable de l'ordre public international afin d'exclure les particularités du droit du for qui ne semblent pas appropriées en droit international et de se concentrer sur les intérêts plus généraux du commerce international, comme l'honnêteté et le *fairness* du processus. Entre-temps, les tentatives des parties mécontentes d'invoquer une violation de l'ordre public pour annuler une sentence, dont le résultat était déplaisant, sur la base d'un motif faible ont été repoussées par les tribunaux d'une manière assez cohérente et résolue. En même temps, ils ne sont pas allés trop loin mais ont surveillé l'application des garanties procédurales, comme *audi alteram partem*.

Il convient de faire remarquer que la France a inscrit l'ordre public international dans sa loi d'arbitrage. En vertu de la loi française de 1981<sup>309</sup>, l'exécution d'une sentence internationale pour violation de l'ordre public ne sera refusée que s'il s'agit d'une violation de l'ordre public compris d'une façon internationale. Le fait qu'en France l'ordre public interne n'est jamais pris en considération dans un processus arbitral international devrait

---

<sup>307</sup> *Ibid.*, à la p. 623.

<sup>308</sup> W.L. Craig, «Uses and Abuses», voir *supra* note 6, à la p. 197; P. Sanders, «Trends in the Field of International Commercial Arbitration» dans *Académie de Droit International*, 1975 *Recueil des Cours* 207, 223 à la p. 224.

<sup>309</sup> Art.1502, Décret No. 81-500 du 12 mai 1981, *Nouveau Code de Procédure civile J.O.*, à la p. 1403.

être d'un grand intérêt pour les participants au marché international, parce que ce fait assure une hausse énorme de l'efficacité de la sentence. Un litige pourrait être arbitral même si le contrat comme source du litige est contraire à l'ordre public français.

### 3. *Défaut de motivation de la sentence*

Comme susmentionné, les juridictions étatiques ont exigé unanimement que les critères, quant à une violation de l'ordre public au niveau international, soient beaucoup plus larges qu'en droit interne. Ainsi, il est accepté, en général, que le manquement par l'arbitre de mentionner les motifs sur lesquels sa décision est fondée, ne constitue pas une violation de l'ordre public en droit international, même si la motivation de la sentence est obligatoire en droit interne<sup>310</sup>. Tel est le cas en France, par exemple, où la loi d'arbitrage de 1981 prévoit expressément que la motivation de la sentence, qui est obligatoire pour la validité d'une sentence interne, n'est pas exigée pour une sentence internationale<sup>311</sup>.

Au Canada, le tribunal dans *Schreter*<sup>312</sup> a tenu à souligner que l'omission des motifs par les arbitres n'est pas favorable pour les parties, parce que celles-ci ne peuvent souvent pas vérifier si l'arbitre a respecté sa mission ou si la reconnaissance de la sentence contreviendrait à l'ordre public. Mais, d'autre part, il a constaté que l'omission des motifs en soi n'est pas assez grave pour constituer un motif de refus de l'exécution de la sentence. Avec cette dernière remarque le tribunal a suivi une tendance dans la jurisprudence canadienne.

---

<sup>310</sup> *Schreter c. Gasmac Inc.*, (1992) 7 O.R. (3d) 608 (Gen. Div.); *Eljer Manufacturing, Inc. c. Kowin Development Corp.*, 14 F.3d 1250 (7<sup>th</sup> Cir. 1994); *S.A. Tradax Export c. S.p.a. Carapelli*, unpublished, rapporté dans *Yearbook* Vol. III (1978), p. 279 ; *Carters Ltd. c. Francesco Ferraro*, 13 *Rivista Diritto Internazionale Privato e Processuale*, pp. 839-848 (1977), rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), p. 275 à la p. 277 sous 10;

<sup>311</sup> W.L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oceana Publications, Inc., 1990, à la p. 494. La motivation de la sentence n'est pas demandée en droit américain, ni dans les provinces du *common law* au Canada. Elle l'est en droit québécois en vertu de l'art. 945.2 C.P.C., mais il ne s'agit pas d'une disposition obligatoire, de sorte que les parties peuvent prévoir que la sentence ne doit pas être motivée. La même chose est valable pour le droit interne allemand selon le § 1041 al. 1 (5) ZPO.

<sup>312</sup> *Schreter c. Gasmac Inc.*, (1992) 7 O.R. (3d) 608 (Gen. Div.).

L'état de question est très bien élaboré dans la décision québécoise *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Limited* et autres<sup>313</sup>. Dans cette affaire, la requérante *Sonamar* était liée par un contrat de charte-partie à l'intimé *Algoma*, la propriétaire du navire. Suite à l'échouement du navire, un différend est apparu touchant des questions de responsabilité respective quant à certains dommages. Ce différend était soumis en arbitrage en vertu d'une clause compromissoire prévue au contrat de charte-partie et une sentence a été rendue déclarant *Algoma* non responsable. Devant la Cour supérieure du Québec, la requérante demanda l'annulation de la sentence, invoquant une violation de l'ordre public à cause d'absence de motifs cohérents et compréhensibles. Elle s'appuya sur l'art. 34 paragr.2 du *Code d'arbitrage commercial*<sup>314</sup> selon lequel la cour peut annuler une sentence si la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties. En effet, le contrat étant silencieux quant à la forme de la sentence, celle-ci était régie par l'art. 31 paragr.2 du *Code d'arbitrage commercial* qui prévoit la motivation obligatoire de la sentence.

Traitant la requête d'annulation de *Sonamar*, la Cour supérieure constata d'abord «que le fait que la sentence ne soit pas motivée ou le soit insuffisamment ne peut en soi la rendre contraire à l'ordre public du Canada»<sup>315</sup>. Pour prononcer la nullité, cette irrégularité devrait en plus porter atteinte aux droits de la partie. Cependant, selon la Cour ni l'atteinte aux droits ni un manquement des motifs cohérents peuvent être constatés. Au contraire, la sentence était basée sur des raisons claires et intelligibles prenant en considération chaque question soumise. On ne pouvait pas reprocher aux arbitres d'avoir tiré des faits une conclusion peut-être erronée. Ils étaient des commerçants choisis comme tels et ils avaient agi et s'étaient exprimés comme tels. Le fait que la requérante elle-même était capable de cerner les erreurs, serait la meilleure preuve pour la présence d'une motivation intelligible. La cour a donc rejeté la requête.

---

<sup>313</sup> [1987] R.J.Q. 1346.

<sup>314</sup> S.C. 1986, c.22.

<sup>315</sup> [1987] R.J.Q. 1346 à la p. 1350.

Le même ordre d'idées se retrouve dans la décision *Food Services of America, Inc. (Amerifresh) c. Pan Pacific Specialties Ltd.*<sup>316</sup> rendue par la Cour suprême de Colombie-Britannique. En l'espèce, les parties avaient conclu une convention d'arbitrage, soumettant un litige éventuel au règlement d'arbitrage international de l'*American Arbitration Association*. Ce règlement prévoit qu'une sentence doit être motivée par les arbitres<sup>317</sup>. Basé sur cette disposition, *Pan Pacific* s'opposait à la demande d'*exequatur* d'*Amerifresh*. Il réclamait que l'omission de la motivation de la sentence empêcherait son exécution parce que la procédure n'avait pas été conforme à la convention d'arbitrage conclue entre les parties<sup>318</sup>. La Cour suprême de Colombie-Britannique a décidé que la motivation de la sentence ne ferait pas partie de l'arbitrage in *stricto sensu*<sup>319</sup>. Selon la Cour suprême, "la procédure arbitrale" comprenait seulement l'audience et la phase où la décision serait prise. Comme l'omission de la motivation ne mettrait pas le *fairness* de l'audience ou de la décision en question elle ne violerait pas suffisamment la convention des parties. Étant donné que, en l'espèce, les garanties fondamentales de la procédure avaient été respectées par les arbitres<sup>320</sup> et s'appuyant sur la décision *Schreter c. Gasmac*<sup>321</sup>, qui constatait que l'omission des motifs ne constitue pas en soi une faute assez grave pour justifier le refus de l'exécution, la Cour suprême a donc acquiescé à la demande d'*exequatur* par *Amerifresh*.

Cette tendance de la jurisprudence se retrouve aussi aux États-Unis; la décision *Eljer Manufacturing, Inc. c. Kowin Development Corp.*<sup>322</sup> en donne un exemple. En l'espèce, *Eljer* avait demandé le renvoi de la sentence aux arbitres pour précision et motivation. Il a invoqué d'être empêché de faire valoir ses droits et que l'omission des motifs empêcherait une révision judiciaire de la sentence. De plus, la partie demanderesse a soumis que l'arbitre avait commis des erreurs en droit et des erreurs de calcul en attribuant

---

<sup>316</sup> [1997] B.C.J. No. 1921 (non publié, QL).

<sup>317</sup> Art. 27 al.2, (avril 1997).

<sup>318</sup> *Pan Pacific* n'invoquait pas une violation de l'ordre public, mais le motif de refus de l'art. 36 (1) (a) (iv) de la *Loi Type de la CNUDCI sur l'Arbitrage Commercial International* qui est identique à l'art. V (1)(d) de la Convention de New York et qui prévoit la possibilité de refuser l'exécution si «[...] la procédure arbitrale [...] n'a pas été conforme à la convention des parties [...]».

<sup>319</sup> La Cour suprême procéda à l'examen de la situation, malgré son constat que *Pan Pacific* avait effectivement renoncé, dans la convention d'arbitrage, à son droit de s'opposer à l'exécution de la sentence.

<sup>320</sup> [1997] B.C.J. No. 1921 (Quicklaw) sous [32].

<sup>321</sup> Voir *supra* note 312.

<sup>322</sup> 14 F.3d 1250 (7<sup>th</sup> Cir. 1994).

des dommages-intérêts. Le tribunal a débouté *Eljer* de sa demande et a précisé que l'arbitre n'était d'aucune façon, tenu de motiver sa sentence<sup>323</sup>. Au soutien de sa décision, le tribunal s'est appuyé sur la politique en faveur de l'arbitrage international. Exiger des motifs concourait uniquement à rendre la procédure d'arbitrage plus longue et plus onéreuse, deux caractéristiques que l'arbitrage devrait combattre. D'ailleurs, les erreurs en droit alléguées par *Eljer* ne constitueraient pas des motifs d'opposition<sup>324</sup>, parce que le tribunal ne serait pas autorisé à réviser la décision arbitrale sur le fond.

Cette tendance dans la jurisprudence fait partie de la relation "avantage-désavantage" qui est caractéristique de l'arbitrage tel que déjà mentionné plus haut. En choisissant un processus plutôt "sommaire", les parties doivent faire des coupes sombres concernant des procédures qui exigent plus de temps, et pourraient ainsi diminuer les avantages de la procédure arbitrale. Aussi il faut remarquer que ces désavantages, *in concreto* le défaut de motivation, ne laissent pas les parties sans recours contre une décision tout à fait non saisissable. Les juges nationaux ont toujours exigé que la sentence doive au moins être intelligible et déductible des faits sur lesquels elle est basée<sup>325</sup>.

Cependant, cette exigence minimale n'est pas, à notre avis, suffisante dans le cas où les parties ont convenu vouloir une sentence motivée, soit explicitement, dans leur clause compromissoire, soit implicitement par le renvoi au règlement d'une institution d'arbitrage international qui la prévoit. Dans le même ordre d'idées, on observe la situation où la motivation de la sentence est prévue par la loi d'une façon non obligatoire. Une telle disposition devient alors obligatoire pour les arbitres à défaut de mention de ce point par les parties. Le défaut de motivation par l'arbitre, dans un tel cas, est une dérogation fondamentale à sa mission, et doit être dénoncé rigoureusement. Cependant, la Cour suprême de Colombie-Britannique dans la décision récente *Food Services of America, Inc. (Amerifresh) c. Pan Pacific Specialties Ltd.*, n'était pas de cette opinion. Renvoyant à la

---

<sup>323</sup> *Ibid.* à la p. 1254.

<sup>324</sup> *Ibid.*, à la p. 1255.

<sup>325</sup> *Eljer Manufacturing, Inc. c. Kowin Development Corp.*, 14 F.3d 1250 (7<sup>th</sup> Cir. 1994); M. Shulenberg, «Annotation, Construction and Application of § 10 (a-d) of United States Arbitration Act of 1947 (9 USCS § 10 (a-d)), Providing Grounds for Vacating Arbitration Awards», 20 A.L.R. FED. 295 (1986).

décision *Schreter*, elle a ignoré la différence pourtant importante entre les deux cas. L'affaire *Schreter* représentait, en effet, un cas où les parties n'avaient pas prévu la motivation de la sentence. Dans un tel cas, il est soutenable de décider que la seule omission des motifs n'est pas une violation assez grave pour refuser l'exécution de la sentence si les principes du droit et de la justice ont été respectés.

#### 4. *Partialité de l'arbitre*

L'impartialité d'un conciliateur, qu'il soit juge dans une procédure étatique ou arbitre dans une procédure privée, est une condition fondamentale pour parvenir à une solution juste. Étroitement liée à cette condition et non de moindre importance, il y a également le principe d'indépendance de l'arbitre qui constitue pour les parties une limite quant au choix de leurs propres arbitres<sup>326</sup>. Cependant, parce que cette condition est en jeu au début de la procédure arbitrale concernant la composition du tribunal arbitral, nous traiterons seulement la condition de l'impartialité. Nonobstant l'importance cruciale de cette condition, les tribunaux nationaux ont établi un standard plutôt élevé pour le refus de l'exécution d'une sentence partielle. Selon ce standard, il ne suffit pas de démontrer l'apparence de partialité de l'arbitre, mais "l'absence réelle"<sup>327</sup> d'impartialité doit être prouvée.

##### a) *Fertilizer Corporation of India et al. c. IDI Management, Inc.*

Une des décisions marquantes rendue en application de la Convention de New York<sup>328</sup> et concernant la partialité de l'arbitre est *Fertilizer Corporation of India et al. c. IDI Management, Inc.*<sup>329</sup>. Le fait que l'arbitre avait déjà agi comme conseil pour une des parties et, particulièrement dans un autre arbitrage récent découlant du même différend

---

<sup>326</sup> E.J. Cohn, «The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce» (1965) 14 Int'l & Comp. L.Q. 132 à la p. 143.

<sup>327</sup> G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) 47 R. du B. 435 à la p. 464.

<sup>328</sup> La Convention était considérée applicable bien que le contrat d'arbitrage ait été conclu avant que les États-Unis aient adopté la Convention, mais parce que la sentence était rendue après son adoption. Comparer: *Imperial Ethiopian Government c. Baruch Foster Corp.*, voir *supra* note 142; *Copal Co. Ltd. c. Fotochrome Inc.*, 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975).

<sup>329</sup> 517 F. Supp. 949 (C.D. 1981) conf. par 530 F.Supp. 542 (C.D. 1982).

mais impliquant une autre partie défenderesse n'a pas été jugé par le juge Spiegel comme faisant preuve de partialité. Bien que la cour ait souligné qu'il est préférable que toutes les informations concernant l'arbitre, susceptibles de créer l'impression d'un biais, soient divulguées par celui-ci avant le début du processus, elle n'a pas refusé l'exécution de la sentence, car, en l'espèce, celle-ci n'était pas contraire à l'ordre public<sup>330</sup> et ainsi, il n'y avait pas de violation de l'art. V (2)(b) de la Convention de New York. Selon la cour, la preuve de la partialité de l'arbitre doit être importante au point qu'on puisse conclure que la partialité va probablement changer le résultat de la décision arbitrale. En l'espèce, aucun indice concret d'un tel comportement de l'arbitre n'avait été prouvé. De plus, il n'était pas évident que la sentence avait été entachée *in concreto*, parce que la décision rendue était unanime, l'arbitre suspecté étant celui d'une des parties et non le troisième, choisi comme président<sup>331</sup>.

b) *Marc Rich & Co. A.G. c. Andros Compania Maritima S.A.*

Une autre décision américaine mettant l'impartialité de l'arbitre en question est *Marc Rich & Co. A.G. c. Andros Compania Maritima S.A. (Andros)*<sup>332</sup>. Condamné par la sentence arbitrale à payer des frais de surestaries à *Andros*, *Marc Rich* a invoqué que la sentence était contraire à l'ordre public, car l'arbitre avait une relation personnelle et professionnelle avec le président de l'entreprise *Orion* qui servait d'agent pour *Andros* aux États-Unis. Le tribunal a soutenu qu'aucun indice suffisant avait été mentionné pour prouver une relation d'amitié entre les parties. Étant donné que la base principal de l'allégation était que l'arbitre et le président avaient fait 19 procédures d'arbitrages ensemble, que le président avait juré que leurs relations n'étaient que purement professionnel et surtout qu'*Orion* n'avait aucun intérêt financier dans cet arbitrage, le tribunal a rejeté la demande de *Marc Rich*<sup>333</sup>. Il convient de mentionner que la Convention de New York n'y était pas appliquée, malgré la présence de deux parties étrangères. Selon le juge, son application n'était pas nécessaire, car déjà, en vertu de la loi fédérale, l'absence de partialité pouvait être constatée. De plus, puisque l'interprétation de la Convention de

---

<sup>330</sup> *Ibid.*

<sup>331</sup> *Ibid.*, à la p. 254.

<sup>332</sup> 579 F.2d 691 (2d Cir. 1978).

<sup>333</sup> *Ibid.* à la p. 696.

New York était plus restrictive que celle de la loi fédérale, la question de l'applicabilité de la Convention n'était pas à décider. Voilà un exemple pour une "non-application" fautive de la Convention. Si cette dernière est applicable, ce qui était le cas en l'espèce, il est faux de recourir au droit interne car la Convention est *lex specialis*.

c) Analyse

L'interprétation du motif de partialité par les tribunaux a été critiquée comme étant trop restrictive, au point de lui enlever toute signification<sup>334</sup>. Certes, on ne peut pas demander aux arbitres de divulguer toute leur biographie et chaque relation professionnelle antérieure, qu'elle soit importante ou non. C'est un des avantages de l'arbitrage que les arbitres soient choisis pour leur expertise et leurs connaissances dans le domaine; à ce titre ils sont donc sélectionnés parmi un petit groupe d'experts qui sont connus dans le milieu et qui ont, normalement, déjà eu des points de contact avec au moins une des parties. Exclure des arbitres à cause de ces relations antérieures provoquerait l'exclusion des gens le mieux qualifiés pour remplir cette tâche<sup>335</sup>. Aussi, il faut prendre en considération que les parties du litige, à cause de ce mode de sélection intime, connaissent, ou peuvent au moins s'informer, sur "l'histoire" des arbitres.

De l'autre côté, il faut garder à l'esprit qu'un arbitre décide très librement sur le droit et les faits, sans que ses décisions soient sujettes à l'appel. Cette liberté fait de l'impartialité de l'arbitre une condition indispensable. Prenant en considération les caractéristiques de l'arbitrage, les tribunaux devraient arriver à un contrôle équilibré qui prévient, d'une part, à ce que les parties mécontentes n'abusent pas la nature du processus pour se débarrasser d'une sentence qui ne leur plaît pas, et qui veille, d'autre part, à ce que l'impartialité des arbitres soit garantie pour assurer une solution juste du litige.

---

<sup>334</sup> G. Cohen, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) 47 R. du B. 435 à la p. 464.

<sup>335</sup> Ainsi a statué le juge White dans son opinion dissidente dans *Commonwealth Coatings Corp. c. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 ; 89 S.Ct. 337 (1968).

## 5. Fraude

Dans *National Oil Corp.(NOC) v. Lybian Sun Oil Co.*<sup>336</sup>, la partie intimée a basé sa demande de refus d'exécution sur les art. V (1)(b) et (2)(b), en reprochant à *NOC* d'avoir intentionnellement procuré un témoignage faux et trompeur et que ses droits au *due process* ont ainsi été violés, le tribunal arbitral ayant ajouté foi à ce témoignage. Par conséquent, l'exécution de cette sentence serait contraire à l'ordre public. En traitant la demande de *Sun Oil*, la Cour du district a indiqué que, afin de protéger la finalité des décisions arbitrales, les juridictions étatiques ne devraient pas accepter facilement l'invocation de fraude<sup>337</sup>. Elle a cité la jurisprudence américaine<sup>338</sup> pour déterminer le niveau qui doit être atteint pour que l'exécution d'une sentence puisse être refusée en présence de fraude. Selon cette jurisprudence, la fraude doit être reliée à un point principal et elle ne doit pas être détectable en appliquant *due diligence*. En appliquant ce standard la Cour a rejeté la demande de refus d'exécution. Admettant que le tribunal arbitral semble avoir mal compris l'étendue des obligations du témoin de *NOC*, la Cour a soutenu que *Sun Oil* aurait pu avoir éliminé ce malentendu en procédant à un contre-interrogatoire du témoin de *NOC*. Cependant, *Sun Oil* décida simplement de ne pas le faire et ne profita donc pas de la possibilité de détecter la fraude. La Cour a alors rejeté la demande, disant qu'elle jugerait le comportement de *NOC* comme une mauvaise conduite plutôt que comme une fraude et que, de toute façon, la présence de fraude n'avait pas été prouvée par *Sun Oil*. En surplus, même si on considérait le comportement de *NOC* comme frauduleux, ce comportement ne concernait pas un point majeur dans le litige et *Sun Oil* aurait pu la détecter.

La fraude présente un de cas dangereux quant à l'interprétation de l'ordre public. Comme il n'est pas prévu expressément par les motifs de refus de la Convention mais implicitement à l'ordre public<sup>339</sup>, il faut l'interpréter avec grand soin pour ne pas élargir les possibilités de refus sous la Convention de New York.

---

<sup>336</sup> 733 F.Supp. 800 (1990).

<sup>337</sup> *Ibid.*, à la p. 814.

<sup>338</sup> *Dogherra c. Safeway Stores, Inc.*, 679 F.2d 1293 à la p. 1297 (9<sup>th</sup> Cir. 1982) ; *Newark Stereotypers' Union N°18 c. Newark Morning Ledger Co.*, 397 F.2d 594, 600 (3d Cir. 1968).

<sup>339</sup> *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Limited et autres*, [1987] R.J.Q. 1346 à la p. 1350.

## 6. Principe de la contradiction – Estoppel

### a) Société ISEC c/ Société Bidas

Le principe de l'*estoppel*, déjà discuté antérieurement, a été invoqué par la Cour du district de New York dans l'affaire *Société ISEC c. Société Bidas*<sup>340</sup>, concernant une violation des art. V (1)(b) et (2)(b) de la Convention de New York. Dans cette affaire, menée sous l'égide de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I., la partie américaine, *ISEC*, a demandé le refus d'ordonnance d'*exequatur* de la sentence arbitrale parce qu'elle considérait violés ses droits garantis en vertu de l'art. V (1)(b) de la Convention. Au cours du processus, le tribunal arbitral avait interrogé un expert de droit dont les parties, «à cause des motifs de sécurité»<sup>341</sup>, n'avaient connu ni le nom ni le rapport d'expertise. Elles ne pouvaient donc pas commenter le rapport. *ISEC* a alors invoqué la violation du principe de la contradiction et des droits de la défense. La Cour fédérale n'a cependant pas retenu cet argument comme motif de refus d'exécution de la sentence, mais elle a rejeté la demande de refus.

Cette décision semble douteuse, car le minimum requis en ce qui concerne le respect du principe du contradictoire, n'avait évidemment pas été respecté par le tribunal arbitral<sup>342</sup>. Cependant, la raison fondant la décision de la cour fédérale n'était pas que celle-ci jugeait le motif de violation de l'ordre public non fondé en soi; au contraire, elle précisa plusieurs fois, que la partie aurait pu faire des objections avec succès. Ce qui a incité la cour à rejeter la demande était au contraire que la partie n'avait pas émis ces objections au cours de l'arbitrage, mais seulement au stade de la procédure d'exécution. Pendant que la partie défenderesse, *Bidas*, refusait la nomination de l'expert sans équivoque, la partie demanderesse était demeurée silencieuse, ne mentionnant pas «...la

---

<sup>340</sup> 745 F.Supp. 172 (SDNY 1990); [1994] Rev. arb. 739.

<sup>341</sup> C'était la justification donnée par le tribunal arbitral.

<sup>342</sup> Dans ce sens, Y. Desrains, «Note» [1994] Rev. arb. 744, à la p. 747, concernant les conceptions françaises; Desrains se réfère aussi à un arrêt de la Cour de cassation, [1979] Rev. arb. 343, où la Cour de cassation, en ce qui a trait aux mesures d'instruction par les arbitres, se prononçait comme suit: «Une mesure d'expertise est [...] valable même si les parties n'ont pas été convoquées, et n'ont pas participé directement à l'accomplissement des opérations d'expertise, pourvu cependant qu'elles aient eu la possibilité de s'expliquer sur leurs résultats», [1979] Rev. arb. 355.

menace d'une trahison imminente des principes américains de *due process*»<sup>343</sup>. La cour fédérale statuait comme suit:

Une telle habileté est un fléau pour les juges du monde entier. [...] Nous nous considérons obligés de ne pas autoriser une partie à remettre en cause une décision rendue par un juge, ou dans le cas présent, par un tribunal arbitral, alors que ladite partie a eu la possibilité de la contester, [...] ISEC n'a jamais contesté la consultation d'un expert par le tribunal arbitral et n'a jamais demandé à recevoir son rapport. [Elle] a renoncé à toutes les objections qu'elle pouvait en fait avoir et [...] elle ne sera pas entendue aujourd'hui pour s'en plaindre<sup>344</sup>.

Le tribunal américain n'acceptait donc pas l'invocation de ce motif, même s'il s'agissait d'un droit essentiel.

La même opinion a été exprimée par le juge Weinfeld dans l'affaire *Hunt v. Mobil Oil Corp.*<sup>345</sup>. En soulignant les frais et le temps investi dans un processus arbitral, il constatait qu'«[u]ne partie ne peut rester silencieuse, ne soulevant aucune objection pendant la procédure d'arbitrage et lorsque la sentence rendue lui est défavorable, se plaindre de la situation qu'elle connaissait dès l'origine»<sup>346</sup>.

Le juge Duffy se prononçait de la même façon dans l'affaire *La Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, La Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures c. Shaheen Natural Resources*<sup>347</sup>, où une partie invoquant des déficiences procédurales devant la cour, n'avait pas émis ses objections devant le tribunal arbitral. Le juge rejetait la demande de refus, car «[...]refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale [...] à ce stade de la procédure équivaudrait à violer l'objet même de la Convention, c'est-à-dire, une procédure sommaire en vue de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales»<sup>348</sup>.

---

<sup>343</sup> Voir *supra* note 340, à la p. 175.

<sup>344</sup> *Ibid.*

<sup>345</sup> 654 F. Supp. 1487 (SDNY 1987).

<sup>346</sup> *Ibid.*, à la p. 1518.

<sup>347</sup> 585 F. Supp. 60 (SDNY 1983), *aff'd*, 733 F.2d 260 (2d Cir.), *Cert. refusé*, 469 U.S. 883 (1984)

<sup>348</sup> *Ibid.*, à la p. 65; en citant *Imperial Ethiopian Government c. Baruch Foster Corp.*, 535 F.2d 335.

Par contre, en France, la Cour d'appel de Paris a, en 1980, annulé une sentence pour violation du principe du contradictoire. Faisant valoir qu'il s'agit d'un droit essentiel, elle a constaté que le caractère d'ordre public de ce principe a pour effet d'anéantir le principe de l'estoppel<sup>349</sup>. Mais, une évolution dans le sens de la décision américaine semble poindre et ce, également dans la jurisprudence française. Dans la décision *C.C.M. Sulzer c. Somagec, Saers et al.*<sup>350</sup>, rendue en 1989, le tribunal français a rejeté un appel contre l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence, invoquant que l'auteur du recours aurait dû faire connaître, lors des débats, qu'il s'estimait lésé par rapport à l'autre, du fait qu'au cours d'une audience arbitrale les arbitres avaient procédé à l'improviste. Aussi, dans la décision *Société Guangzhou Ocean Shipping Company c. Société générale des Farines*<sup>351</sup>, le tribunal a rejeté un recours en annulation fondé sur le principe de contradiction, visant le mode de notification des demandes. Cependant, cette décision a été critiquée de ne pas témoigner assez de respect à l'importance du principe de la contradiction. En l'espèce, les parties avaient convenu dans leur clause compromissoire d'adopter le règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale maritime de Paris qui prévoit des «notifications par lettre recommandée, moyen de communication universellement reconnu et pratiqué». Plusieurs lettres recommandées ont été envoyées au défendeur pour l'informer de la demande d'arbitrage, en l'avertissant que, défaut d'une réponse de sa part, il serait considéré comme défaillant dans la procédure. Le défendeur ne répondit pas et, par la suite, une sentence en faveur de la partie demanderesse fut rendue. S'opposant à cette sentence, le défendeur soulève le fait qu'il n'était pas dûment informé de la demande d'arbitrage par lettre recommandée, car ce mode de notification ne serait pas approprié. Il a donc invoqué la violation du principe de la contradiction. Malgré cette allégation, le tribunal a rendu une sentence en faveur de la partie appelante. Constatant que «en matière d'arbitrage international les règles applicables à l'instance arbitrale sont librement déterminées par les parties», il a conclu que la référence au règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale maritime valait adoption des dispositions qui y sont contenues et que, en conséquence, la procédure conforme à ces règles serait suffisante pour garantir le respect du principe de la contradiction.

---

<sup>349</sup> *Société industrielle et commerciale des charbonnages (S.I.C.C.A) c. Société Les Chantiers Modernes*, Paris, 13 novembre 1980, [1984] Rev. arb. 129.

<sup>350</sup> [1989] Rev. arb. 62 à la p. 65.

<sup>351</sup> Paris, 17 janvier 1992, [1992] Rev. arb. 656.

En analysant cette décision, Dominique Bureau a reconnu que «l'exigence [...] du respect du principe du contradictoire ne saurait devenir le prétexte aux chicanes procédurières qui pervertissent l'esprit de l'arbitrage»<sup>352</sup>. Toutefois, elle a en même temps rappelé que le respect du principe du contradictoire est une nécessité absolue, qui ne peut être remise en cause dans aucune de ses manifestations. S'agissant d'un principe fondamental relevant du droit naturel, ses exigences ne sauraient être abandonnées par volonté des parties<sup>353</sup>, par exemple, en se soumettant à un règlement d'arbitrage contenant des dispositions incompatibles avec son respect. En revanche, il appartenait aux parties de décider de ne pas contester une décision prise en infraction de cette règle, mais le non respect de ce principe par les arbitres en renierait son caractère d'ordre public.

Au Canada, les lois très récentes en arbitrage dans les provinces sous le *common law*, par exemple celle de l'Alberta de 1991, ont introduit le principe de l'*estoppel* dans la loi<sup>354</sup>. En Alberta, s. 17 (6) de l'*Arbitration Act*<sup>355</sup> prévoit dans une règle assez claire «qu'une partie qui a des objections quant à l'étendue du pouvoir de l'arbitre doit les émettre aussitôt que le point litigieux, qui dépasse prétendument le cadre du pouvoir, est invoqué dans la procédure d'arbitrage. Et, dans le cas où l'arbitre n'accepte pas l'objection, elle doit demander dans les 30 prochaines jours au tribunal étatique de statuer.» Jusqu'à maintenant, cette disposition n'a pas encore trouvé application dans la pratique. Cependant, on doit s'attendre à ce qu'elle soit utilisée pour éviter les atermoiements et les obstructions par une partie mécontente, car ses promoteurs ont souligné que la loi était promulguée dans un esprit d'efficacité et de *fairness*<sup>356</sup>.

Au Québec, l'application du principe de l'*estoppel* en arbitrage a été discutée à l'occasion d'une procédure arbitrale en droit du travail<sup>357</sup>. Bien que cette affaire relève du

---

<sup>352</sup> D. Bureau, observations sous Paris, 17 janvier 1992, [1992] Rev. arb. 657.

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> W.H. Hurlburt, «A New Bottle for Renewed Wine: The Arbitration Act, 1991» (1995) 34 Alta. L. Rev. 86 aux pp. 98, 99.

<sup>355</sup> *Arbitration Act*, S.A. 1991, c. A-43.1.

<sup>356</sup> W.H. Hurlburt, «A New Bottle for Renewed Wine: The Arbitration Act, 1991» (1995) 34 Alta. L.R. 86 à la p. 96.

<sup>357</sup> *Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred c. Me Rene Lippe, M. Georges-Henri Coulombe et M. Gaetan Tremblay* (1990), R.D.J. 124; [1989] A.Q. N° 2200 (QL).

droit de travail interne, il convient de la mentionner brièvement, car l'application de la théorie de l'*estoppel* en droit civil soulève une controverse. En l'espèce, le tribunal arbitral constata que la théorie de l'*estoppel*, bien que relevant du *common law*, serait aussi applicable au Québec où régit le droit civil car il existerait «pas moins un nombre très grand de fins de non-recevoir en droit civil français»<sup>358</sup>. Pour justifier son hypothèse, il a référé à des jugements rendus par la Cour suprême du Canada<sup>359</sup>. Déjà en 1921, dans la décision *Grace and Company c. Perras*<sup>360</sup>, le juge Mignault constata:

«Je me permets de faire remarquer que la théorie de l'*estoppel* qui existe en Angleterre et dans les provinces de *common law* au Canada n'existe pas dans le droit de la province de Québec. Cela ne signifie pas cependant que dans bien des cas où, en Angleterre, une personne se voit opposer une fin de non-recevoir, elle ne serait pas tenue responsable dans la province de Québec. [...] Avec égards, j'ajouterais simplement que l'emploi du mot «*estoppel*», qui vient d'un autre système de droit, devrait être évité dans les affaires qui viennent du Québec puisqu'il pourrait signifier la reconnaissance d'une doctrine qui, comme elle existe aujourd'hui, ne fait pas partie du droit applicable dans la province de Québec.»<sup>361</sup>

Le tribunal arbitral en a retiré la conclusion que la théorie de l'*estoppel* serait reconnue en droit civil sous le nom de "fins de non-recevoir"<sup>362</sup>. L'appel du Syndicat qui plaïda que la décision arbitrale basée sur la théorie de l'*estoppel* constituait une «erreur manifestement déraisonnable en droit»<sup>363</sup>, a été rejeté par la Cour d'appel. Le recours à l'idée du principe de l'*estoppel* ne devrait donc pas causer de problème à Québec.

#### b) La Doctrine

En général, l'application du principe de l'*estoppel* par les tribunaux étatiques a été bien accueillie. D'après Yves Desrains<sup>364</sup>, le recours à ce principe en matière d'arbitrage contribue à réinstaller, entre les parties, la coopération qui serait sur le point de disparaître. L'arbitrage deviendrait de plus en plus "litigieux", les parties, qui y ont recours,

<sup>358</sup> *Ibid.* à la p. 127.

<sup>359</sup> *Grace and Company c. Perras* (1921), 62 R.C.S. 166; *Banque Nationale c. Soucisse et al.*, [1981] 2 R.C.S. 339.

<sup>360</sup> (1921), 62 R.C.S. 166.

<sup>361</sup> *Ibid.* à la p. 172.

<sup>362</sup> *Banque Nationale c. Soucisse et al.*, [1981] 2 R.C.S. 339.

<sup>363</sup> (1990) R.D.J. 124 à la p. 130.

<sup>364</sup> Y. Desrains, note sous *Société ISEC c. Société Bridas*, voir *supra* note 140, traduit dans [1994] Rev. arb. 739 à la p. 748.

sembleraient oublier qu'elles sont venues librement pour se donner une chance de résoudre un litige d'une façon plus "harmonieuse" et plus "humaine". Pourtant, il serait entendu que l'application du principe de l'*estoppel* contre l'invocation par une partie de ses droits de défense, ne doit pas être comprise comme une abolition du principe de la contradiction, «ce qui serait un comble dans un système juridique qui fait de la procédure accusatoire un des fondements de la société»<sup>365</sup>. Mais pour combattre des attitudes qui ne visent qu'à fragiliser les sentences arbitrales, une telle évolution est à saluer. Il appartient aux parties, "les maîtres du déroulement de la procédure arbitrale", d'émettre des protestations suffisantes au moment où elles s'estiment désavantagées au cours de la procédure.

### 7. *Ordre Public et erreur de droit*

Un des principes fondamentaux de la Convention de New York est l'exclusivité des motifs de refus nommé dans l'art. V de la Convention de New York. Selon ce principe, les tribunaux étatiques ne peuvent refuser l'exécution d'une sentence internationale régie par la Convention de New York que si la partie, demandant un tel refus prouve la présence d'un de ces motifs.

Un principe qui lui est lié est celui interdisant la révision d'une sentence sur le fond. Selon ce principe, un contrôle du contenu de la sentence par les tribunaux étatiques et un examen de la sentence par rapport à l'application du droit par l'arbitre sont interdits. Les tribunaux ont seulement le droit d'assurer qu'un standard minimal quant à la légalité de la sentence soit respecté.

C'était à partir de ces deux principes de base que la Cour d'appel dans l'affaire *Parsons*<sup>366</sup> s'est demandée si le motif de *manifest disregard of the law*, non prévu par l'art. V de la Convention de New York, peut servir en tant que motif de refus.

---

<sup>365</sup> *Ibid.*, à la p. 747.

<sup>366</sup> Voir *supra* note 32.

a) Les Etats-Unis et le «Manifest Disregard of the Law»

Le motif de *manifest disregard of the law*<sup>367</sup> est un standard inventé qui semble avoir été utilisée la première fois aux Etats-Unis par la Cour suprême dans une décision de 1953, *Wilko v. Swan*<sup>368</sup>. Dans le *dictum*, la Cour suprême a constatée en passant que «l'interprétation de la loi par les arbitres, contrairement à son inobservation manifeste, ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire des tribunaux fédéraux en cas d'erreur d'interprétation»<sup>369</sup>. Après avoir introduit ce standard, la Cour suprême ne s'est pas prononcée plus précisément sur son interprétation, laissant aux tribunaux fédéraux la tâche de concrétiser ce standard<sup>370</sup>. L'accomplissement de cette condition, telle que comprise par les juges américains qui l'ont acceptée comme motif de refus supplémentaire<sup>371</sup>, demande la preuve qu'il y a eu une faute de l'arbitre qui va clairement au-delà d'une simple erreur ou d'un simple défaut de compréhension de la loi ou de son application de la part de l'arbitre<sup>372</sup>. L'erreur doit être évidente, facilement et instantanément perceptible par une

<sup>367</sup> Cette notion a été traduite par J. M. Townsend, «Recours contre l'arbitre après la sentence arbitrale: une perspective américaine» dans: *Le Statut de l'arbitre, Supplément Spécial*, Bulletin de la Cour Internationale de la CCI, Décembre 1995, à la p.123, par "Inobservation manifeste de la loi". Mais, vu que son origine est américaine, nous conserverons le vocable anglais.

<sup>368</sup> 346 U.S. 427 (1953), annulé pour d'autres motifs, *Rodriguez de Quijas c. Shearson/American Express Inc.*, 490 U.S. 477 (1989). La principale décision dans l'affaire *Wilko* a été cassée, mais pas la règle établie par le juge concernant le recours contre les sentences pour "inobservation manifeste" de la loi. Dans *Rodriguez de Quijas c. Shearson/American Express Inc.*, la Cour suprême des Etats-Unis a décidé qu'un accord antérieur au litige soumettant à l'arbitrage des réclamations au titre du US Securities Act 1933 était exécutoire et elle est revenue sur sa décision précédente dans *Wilko*, voir the *Arbitration Journal*, publié par l'AAA - Sept. 1989, Vol.44 n°3, p. 73. La question principal dans *Wilko* relevait du domaine de *Securities Arbitration*. Dans *Burchell c. Marsh*, 58 U.S. (17 How.) 344, à la p. 349 (1854) la Cour suprême a déjà fait la distinction entre une simple erreur et une faute grave.

<sup>369</sup> *Ibid.*, aux pp. 436, 437: While it may be true ...that a failure of the arbitrators to decide in accordance with [applicable law] would "constitute grounds for vacating the award pursuant to section ten of the Federal Arbitration Act," that failure would need to be made clearly to appear.....[T]he interpretations of the law by the arbitrators in contrast to *manifest disregard* are not subject, in the federal courts, to judicial review for error in interpretation.

<sup>370</sup> *San Martine Compania De Navegacion, S.A. c. Saguenay Terminals, Ltd.*, 293 F.2d 796 (9th Cir. 1961); K.R. Davis, «When Ignorance of the Law Is No Excuse: Judicial Review of Arbitration Awards» (1997) 45 Buffalo L.R. 49 à la p. 91; D. Kolkey, «Attacking arbitral awards: Rights of appeal and review in international Arbitrations» 22 *International Lawyer* 693.

<sup>371</sup> Voir seulement *Willemijn Houdstermaatschappij, BV c. Standard Microsystems Corp.*, 103 F.3d 9 à la p. 12 (2d Cir. 1997); *Todd Shipyards Corp. c. Cunard Line, Ltd.*, 943 F.2d 1056 aux pp. 1060-1065 (9th Cir. 1991); *San Martine Compania De Navegacion, S.A. c. Saguenay Terminals, Ltd.*, 293 F.2d 796 (9th Cir. 1961); *Eljer Mfg. Inc. c. Kowin Development Corp.*, 14 F.3d 1250 (7th Cir. 1994).

<sup>372</sup> Voir par ex. *US Stavborg (O.H. Meling, Manager) c. National Metal Convertes, Inc.*, 500 F.2d 424 (2d Cir. 1974); *Sidarma Societa Italiana di Armamento Spa c. Holt Marine Industries*, 515 F.Supp. 1302 (S.D.N.Y. 1981); *Fairchild & Co. c. Richmond, F. & P.R. Co.*, 516 F.Supp. 1305 (D.D.C. 1981).

personne normalement qualifiée pour agir en qualité d'arbitre. En outre, le terme *manifest disregard* implique que l'arbitre reconnaît l'existence d'un principe juridique clairement applicable, mais décide de l'ignorer ou de ne pas y porter attention<sup>373</sup>. Selon cette interprétation, la notion *manifest disregard of the law* ne vise qu'un refus délibéré et arbitraire d'appliquer la loi aux faits de la cause<sup>374</sup>.

Un des problèmes concernant l'application de ce critère est qu'il faut prouver "la mauvaise foi" de l'arbitre, c'est-à-dire son intention de refuser l'application d'une loi clairement applicable<sup>375</sup>. Cette preuve est presque impossible à produire car l'arbitre ne va pas annoncer sa mauvaise conduite. Notamment dans les pays où les arbitres, selon la loi nationale, ne sont pas obligés de motiver leurs sentences, un tribunal ne peut pas démontrer une telle intention. Effectivement, les tribunaux ont constamment refusé d'annuler une sentence si l'arbitre a rendu une décision honnête, après avoir entendu les parties, même si cette décision n'était pas conforme à la loi<sup>376</sup>. L'arbitre peut donc esquiver l'application de ce standard tout simplement en ne motivant pas sa décision<sup>377</sup>.

Une autre difficulté quant à l'application de ce critère est la détermination du degré d'erreur, commis par l'arbitre, qui permettrait d'annuler la sentence. Il est d'abord impossible de préciser la limite entre une simple erreur et une erreur plus grave ou inquiétante qui entraînerait le cas échéant l'annulation d'une décision arbitrale<sup>378</sup>. Cela est d'autant plus vrai lorsque les arbitres sont choisis pour leur expertise<sup>379</sup> et peuvent se référer

---

<sup>373</sup> *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 808 F.2d 930 à la p. 933.

<sup>374</sup> Voir *Eljer Mfg. Inc. c. Kowin Development Corp.*, 14 F3d 1250 (7<sup>th</sup> Cir. 1994) à la p.1254: si «l'arbitre s'abstient délibérément d'observer ce qu'il sait être la loi».

<sup>375</sup> *Remmey c. Painewebber, Inc.*, 32 F.3d 143, à la p. 149 (4<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>376</sup> *Coast Trading Co. c. Pacific Molasses Co.*, 681 F. 2d 1195, 1198 (9<sup>th</sup> Cir. 1982); *Ainsworth c. Skurnick*, 960 F.2d 939 (11<sup>th</sup> Cir. 1992), cert. denied, 113 S.Ct. 1296 (1993). En fait, jusqu'à maintenant une seule sentence relevant du droit du travail a été annulée sur la base du *manifest disregard of the law*, *Mangan c. Owens Truckman*, 715 F. Supp. 436; voir aussi B. F. Randall, "The History, Application, and Policy of the Judicially Created Standards of Review for Arbitration Awards", 1992 Brigham Young University Law Review 759 à la p. 766 et M. Shulenberger, «Annotation, *Construction and Application of § 10 (a-d) of United States Arbitration Act of 1947 (9 USCS § 10 (a-d))*, *Providing Grounds for Vacating Arbitration Awards*», 20 A.L.R. FED. 295 (1986), aucune sentence a été annulée sous ce motif.

<sup>377</sup> *Eljer Mfg Inc. c. Kowin Development Corp.*, 14 F3d 1250 (7<sup>th</sup> Cir. 1994) à la p. 1255.

<sup>378</sup> *San Martine Compania De Navegacion, S.A. c. Saguenay Terminals, Ltd.*, *supra* note 370 à la p. 801.

<sup>379</sup> J. H. Carter, *Dispute Resolution and International Agreements* 592 PLI/Comm 501, à la p. 503.

à leurs propres connaissances ou même aux principes de l'équité<sup>380</sup> pour parvenir à une solution du litige<sup>381</sup>. L'application du critère du *manifest disregard of the law* demandera donc toujours d'un tribunal étatique de réviser la sentence sur le fond.

Ce dernier aspect fut invoqué par le tribunal dans le cas américain *Parsons*<sup>382</sup>. En l'espèce l'appelant prétendait que les arbitres avaient statué en *manifest disregard of the law*. Le tribunal révéla cependant le motif sous-jacent de cette défense et rejeta la demande, en remarquant «que la partie intimée en l'espèce lui avait demandé d'utiliser ce motif comme permission de revoir la décision arbitrale pour erreurs commises par rapport au droit ou aux faits - un rôle qu'il déclinerait à assumer [...]»<sup>383</sup>.

Vu que les motifs de refus de la Convention de New York sont exclusifs, le seul motif sous lequel l'invocation du critère de *manifest disregard of the law* serait possible est celui de l'ordre public, art. V (2)(b). Les juridictions des États-Unis ont, à plusieurs reprises, décidé que les règles jurisprudentielles applicables à l'arbitrage interne<sup>384</sup>, ne s'appliqueraient pas à l'arbitrage international et que le *manifest disregard of the law* n'équivalait pas à une transgression de l'ordre public<sup>385</sup>.

#### b) Le Canada et l'Angleterre

Au Canada et en Angleterre, il est maintenant reconnu qu'une simple erreur de droit n'autorise pas le tribunal étatique à réviser une sentence sur le fond. Le fait qu'un juge croit simplement qu'il aurait lui-même donné une interprétation meilleure du droit ne justifie

<sup>380</sup> *Fukaya Trading Co., S.A. c. Eastern Marine Corp.*, supra note 373.

<sup>381</sup> *Commercial Solvents Corp. c. Louisiana Liquid F.Co.*, 20 F.R.D. 359; *Bernhart c. Polygraphic Company of America*, 350 U.S. 198 (1956).

<sup>382</sup> *Parsons*, voir supra note 32.

<sup>383</sup> *Ibid.*, à la p. 977.

<sup>384</sup> le critère de *manifest disregard of the law* est reconnu en droit interne aux États-Unis. Cependant, le chapitre I du FAA, qui comprend le droit national, prévoit son application aux demandes sous le chapitre II, dans lequel la Convention de New York a été incorporée, tant que les dispositions du chapitre I ne vont pas à l'encontre du chapitre II. A cause de cette disposition, le critère du *manifest disregard of the law* ne serait pas applicable sous la Convention laquelle prévoit l'exclusivité des motifs de refus.

<sup>385</sup> *Brandeis Intsel Ltd. c. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987); suivant *Parsons*, voir supra note 32; et *International Standard Elective Corp. c. Bidas Sociedad Anonima Petrolera Industrial Y Commercial*, 745 F.Supp. 172 (SDNY 1990); *Meryll Lynch c. Bobker*, 808 F.2d 930, 933-34 (2d Cir. 1986).

dans aucun cas son intervention<sup>386</sup>. Auparavant, une sentence pouvait être annulée pour "mauvaise conduite" de l'arbitre, ce qui impliquait chaque erreur par rapport au droit ou aux faits à la face du dossier<sup>387</sup>. La révision était seulement exclue à propos d'une "question exactes de droit"<sup>388</sup> expressément soumis à l'arbitre. Cependant, la définition de cette exception restait floue<sup>389</sup>. Dans les années 1980, il s'est développé une approche plus restrictive concernant la révision d'une sentence sur le fond. Au Canada, il fallait une "erreur manifestement déraisonnable". Dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*<sup>390</sup>, une telle erreur a été qualifiée «d'abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante»<sup>391</sup>. Cependant, cette possibilité a été abandonnée avec l'adaptation des nouvelles lois dont le but est de limiter l'intervention des tribunaux étatiques<sup>392</sup>, et qui prévoient qu'une sentence ne peut être annulée que sur la base des motifs prévus par la loi<sup>393</sup>. Il n'est cependant pas encore certain que ce changement soit accepté par les tribunaux. Dans *Willick c. Willick*<sup>394</sup>, la Cour a constaté que la section 44 (3) de l'*Alberta Act*, qui prévoit que l'intervention du tribunal est exclue pour des points litigieux expressément soumis à l'arbitre, ne résulte pas dans une radiation totale du contrôle judiciaire. Selon l'avis du juge dans *Willick*, un tribunal étatique, confronté à une erreur manifeste qui provoque une solution injuste, devrait intervenir pour y remédier<sup>395</sup>. Ce constat du pouvoir judiciaire contrevient tant à la loi qu'à la politique en faveur de l'arbitrage.

---

<sup>386</sup> J.J. Chapman, «Judicial Scrutiny of Domestic Commercial Arbitral Awards» (1995) 74 Can. Bar. Rev. 401; *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Limited et autres*, [1987] R.J.Q. 1346 à la p. 1353; *Fortin c. Centre communautaire juridique du Nord-Ouest*, [1984] C.A. 662; P. Verge, «De la souveraineté décisionnelle de l'arbitre», (1973) 19 McGill L.J. 543.

<sup>387</sup> *Tankoos Yarmon Ltd. c. T.E. Eaton Company* (1982), 40 O.R. (2d) 498 (C.A.); *Re Mijon Holdings Ltd. c. City of Edmonton* (1980), 109 D.L.R. (3d) 383 (Alta C.A.) 12 Alta. L.R. (2d) 88, 15 C.P.C. 5, 23 A.R. 215; *City of St. John c. Irving Oil Co. Ltd.*, [1966] S.C.R. 581, 58 D.L.R. (2d) 404.

<sup>388</sup> "specific legal questions".

<sup>389</sup> J.J. Chapman, voir *supra* note 386, à la p. 408.

<sup>390</sup> (1984), 2 R.C.S. 476.

<sup>391</sup> *Ibid.*, à la p. 479, citant *Control Data Canada Ltée c. Lalancette*, [1983] C.A. 129.

<sup>392</sup> W.H. Hurlburt, «Case Comment: *Willick v. Willick*: Appeals from Awards under the Arbitration Act», (1994) 33 Alta. L.Rev. 178 à la p. 189; J.J. Chapman, voir *supra* note 386, à la p. 405.

<sup>393</sup> Voir seulement *Arbitration Act*, S.A. 1991, c. A-43.1, s. 6; *Arbitration Act*, S.O. 1991, c. 17, s. 6; *Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 3, s. 31.3.

<sup>394</sup> (1994), 158 A.R.52.

<sup>395</sup> *Ibid.* à la p. 58.

c) The Nema Test

En Angleterre, la possibilité d'écarter une décision arbitrale pour une "erreur de droit à la face même du dossier" a été abolie par l'Arbitration Act de 1979. Cependant, elle fut substituée par un droit d'appel sur une question de droit avec permission du tribunal. Cette permission était attribuable dans le cas où la détermination d'une question de droit affecte les droits des parties. Alors, la loi autorisait encore une révision sur le fond de la sentence. C'est grâce à la jurisprudence que cette disposition a connu une interprétation restrictive<sup>396</sup>. Dans l'arrêt *Pioneer Shipping Ltd. c. BTP Tioxide Ltd. (The Nema)*<sup>397</sup>, le House of Lords établit que la discrétion d'un tribunal pour permettre un recours en appel ne fut pas limitée par cette disposition. Des directives furent élaborées quant à l'exercice de cette discrétion visant à réduire l'intervention des tribunaux étatiques dans la procédure arbitrale. Selon le House of Lords, l'objectif de cette provision fut de garantir la légalité de la sentence et de surveiller d'une manière générale le développement du droit<sup>398</sup>. Dans l'*Arbitration Act* de 1996, ces dispositions de filtrage ont été codifiées. L'art. 69 permet à l'une des parties de faire appel au tribunal étatique sur une question de droit anglais ayant fait l'objet d'une sentence arbitrale, soit avec l'accord de toutes les autres parties à l'arbitrage soit avec l'autorisation du tribunal étatique. Pour interjeter une tel appel, l'art. 69 (3) de la loi exige que (i) la question de droit anglais soit susceptible d'avoir une incidence importante sur les droits de l'une des parties; (ii) la question ait été soulevée devant le tribunal arbitral; et (iii) compte tenu des faits exposés dans la sentence arbitrale, que la décision du tribunal arbitral soit «manifestement erronée» ou bien, si la question de droit anglais revêt un caractère d'intérêt général, que la décision soulève du moins «un doute sérieux»<sup>399</sup>. Alors, il reste la possibilité pour le tribunal étatique de réviser une sentence sur le fond. Il reste à voir comment les tribunaux vont interpréter cette disposition.

---

<sup>396</sup> C. Reymond, «L'Arbitration Act, 1996: Convergence et Originalité» [1997] Rev. arb. 45.

<sup>397</sup> [1980] 3 All. E.R. 117 (C.A.), conf. par [1981] 2 All. E.R. 1030 (H.L.).

<sup>398</sup> *Ibid.*

<sup>399</sup> Art. 69 3) c) (i); cette disposition est supplétive et ne s'applique qu'aux questions concernant le droit anglais.

d) La France

En France, les tribunaux ont toujours fermement refusé de se livrer à toute révision au fond de la sentence. La Cour d'appel de Paris a ainsi clairement affirmé que «l'erreur manifeste de droit ou de fait qu'auraient commise les arbitres ne se rattache à aucun des cas d'annulation prévus par l'art. 1484 du *Nouveau Code de procédure civile*»<sup>400</sup>. Selon la jurisprudence, «même le cas où est alléguée une dénaturation des documents soumis aux arbitres n'entraîne pas l'annulation de la sentence arbitrale»<sup>401</sup>. La crainte de nombreuses voix dans la doctrine que la possibilité d'un recours en annulation, pour le cas d'un arbitre qui a statué sans se conformer à sa mission, serait trop large et serait utilisée pour obtenir une révision sur le fond de la sentence n'a pas trouvé confirmation dans la jurisprudence. On peut donc conclure qu'une révision sur le fond de la sentence par la jurisprudence française n'est pas très probable<sup>402</sup>.

---

<sup>400</sup> Paris, 25 mai 1985, [1989] Rev. arb. 228.

<sup>401</sup> Paris, 12 juin 1980 (2 arrêts), [1981] Rev. arb. 292 (note G. Couchez); J. Robert, «La dénaturation par l'arbitre - Réalité et Perspectives» [1982] Rev. arb. 405 à la p. 414; W.L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oceana Publications, Inc., 1990, à la p. 496.

<sup>402</sup> E. Loquin, «Perspectives pour une réforme des voies de recours» [1992] Rev. arb. 321 à la p. 338.

## CONCLUSION

La tendance à la globalisation qu'on observe dans tous les domaines de la vie a mené, dans le secteur économique, à une interdépendance accrue des relations commerciales internationales. Ce développement a rendu nécessaire une méthode flexible et adaptée aux besoins de commerce international pour résoudre les litiges qui en résultent. L'arbitrage offre une telle méthode, c'est pourquoi il est devenu, au niveau international, la règle plutôt que l'exception pour résoudre un litige. Il doit son essor à la différence et à la particularité qu'il possède en comparaison d'une procédure traditionnelle en justice, c'est-à-dire au fait qu'il est fondé sur l'autonomie de la volonté des parties. Cette autonomie permet aux parties de déterminer la loi applicable et le déroulement de la procédure, ce qui, pour elles, rend le processus plus efficace et plus contrôlable. Le respect de cette volonté par les tribunaux étatiques, en exerçant leur contrôle, est donc une condition importante pour qu'une procédure arbitrale se déroule telle que prévue par les parties.

Le but de notre mémoire était, en premier lieu, de vérifier si les tribunaux étatiques sont parvenus à un contrôle mesuré prenant en considération les particularités de l'arbitrage, et, en deuxième lieu, de cerner si les exigences d'une interprétation uniforme ont été atteintes. Résumons d'abord les conclusions qui peuvent être faites.

A travers notre analyse, nous avons pu constater la présence d'une forte tendance en faveur de l'arbitrage, qui se traduit, d'une façon cohérente, par un rejet des motifs faibles et des actions dilatoires par les tribunaux étatiques. Ces derniers sont, en effet, parvenus à un contrôle mesuré des sentences arbitrales, prenant en considération les particularités de cette procédure. Nonobstant ce développement, il faut cependant demeurer attentif afin de

préservé l'équilibre de ce contrôle et pour que la tendance en faveur de l'arbitrage ne mène pas, cette fois, à un excès contraire à celui d'autrefois, à savoir qu'on substitue à la méfiance et au contrôle trop profond de jadis un contrôle trop laxiste.

De plus, nous avons observé que les tribunaux étatiques sont parvenus à une interprétation relativement uniforme concernant les motifs de refus de la Convention de New York. Cependant, on voit poindre, depuis peu, dans la jurisprudence récente un mouvement qui semble vouloir réintroduire le régime national de l'arbitrage dans ces motifs par le biais de l'art. VII de la Convention de New York. Cette disposition prévoit que la Convention s'efface en présence "d'un droit plus favorable" à l'exécution d'une sentence. Or une telle introduction des motifs nationaux nuirait à l'uniformité des sentences internationales.

Notre mémoire démontre que les législateurs et les tribunaux ont, en effet, connu un changement d'attitude par rapport à l'arbitrage. D'une grande méfiance et hostilité envers cette méthode alternative pour résoudre les litiges, ils sont parvenus à une acceptation, voire une promotion de l'arbitrage au niveau international. Cette attitude est très bien reflétée dans la décision *Quintette Coal c. Nippon Steel Ltd.*<sup>403</sup>:

[T]he trend in international commercial arbitrations is clearly towards giving greater emphasis to party autonomy and contracting judicial control over the legal content of the reference and the award<sup>404</sup>.

[...] It is important to parties to future such arbitrations and to the integrity of the process itself that the court express its views on the degree of deference to be accorded to the decision of arbitrators. The reasons [...] for restraint in the exercise of judicial review are highly persuasive. The "concerns in international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predicatability in the resolution of disputes" spoken of by Blackman J. [in *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler Plymouth Inc.*<sup>405</sup>] are as compelling in this jurisdiction as they are in the United States or elsewhere. It is meet therefore as a matter of public policy, to adapt

---

<sup>403</sup> [1991] 1 W.W.R. 219, 50 B.C.L.R. (2d) 207 (C.A.) confirmé par (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 201 (S.C.).

<sup>404</sup> *Ibid.* (S.C.) à la p. 205.

<sup>405</sup> 473 U.S. 614 (1985).

a standard which seeks to preserve the autonomy of the forum selected by the parties and to minimize judicial intervention when reviewing international commercial awards [...] <sup>406</sup>.

A travers notre analyse, nous avons pu conclure que les principes et les idées qui soutiennent la Convention de New York de 1958, à savoir l'exclusivité des motifs de refus, l'absence de révision sur le fond de la sentence, le fardeau de la preuve à la charge du défendeur et le *pro-enforcement bias* ont, *grosso modo*, été repris et confirmés. Les tribunaux ont procédé à une interprétation restrictive des motifs de refus de la Convention reflétant dans leur interprétation le *pro-enforcement bias*. Concernant le motif de refus pour excès de pouvoir de l'arbitre, on peut constater qu'il est rare que les tribunaux ont refusé l'exécution d'une sentence internationale pour un excès de pouvoir prétendument commis par l'arbitre. Pour garantir la finalité de la sentence, le pouvoir de l'arbitre est uniformément interprété d'une façon très large prêtant un grand respect à sa solution et à son interprétation du contrat.

Les décisions citées montrent l'originalité que les tribunaux étatiques ont dû déployer pour adapter leur contrôle aux particularités de l'arbitrage. Un exemple de cette originalité est le principe «pas de nullité sans grief» développé par la jurisprudence française dans un cas concernant l'institution de l'amicable composition. L'application de ce principe montre la détermination des tribunaux de donner effet à la volonté des parties et d'éviter un contrôle méticuleux qui pèse chacune des paroles de l'arbitre en fonction de standards juridique.

La tendance à rejeter les motifs faibles et sans fondement, par l'invocation desquels les parties essaient de fuir leur engagement à respecter la sentence arbitrale comme décision finale, apparaît aussi clairement dans l'application du principe de l'*estoppel*. Le principe de l'*estoppel*, bien connu et apprécié aux États-Unis, mais dont l'utilisation ne fut pas très fréquente en France et au Québec, se répand toujours davantage et est de plus en plus conseillé par les tribunaux. Ce développement qui mérite d'être relevé n'est cependant pas

---

<sup>406</sup> Voir *supra* note 403, à la p. 229.

étonnant. En effet, le principe de l'*estoppel* est basé sur le comportement et la bonne foi des parties, des idées qui sont d'ailleurs à l'origine de l'arbitrage. De plus, il s'agit d'un principe connu dans presque toutes les lois procédurales, même si ce n'est pas sous le même nom. Son application n'étant donc pas nouvelle pour les juges, cela leur donne, en plus, une certaine discrétion. Les tribunaux s'en sont servis pour rejeter l'invocation des motifs qui découlent du propre comportement des parties et pour combattre des attitudes qui ne visent qu'à fragiliser les sentences arbitrales. Comme l'a prononcé la Cour dans *Société ISEC c. Société Bridas*<sup>407</sup>:

Une telle habileté est un fléau pour les juges du monde entier. [...] Nous nous considérons obligés de ne pas autoriser une partie à remettre en cause une décision rendue par un juge, ou dans le cas présent, par un tribunal arbitral, alors que ladite partie a eu la possibilité de la contester, [...] ISEC n'a jamais contesté la consultation d'un expert par le tribunal arbitral et n'a jamais demandé à recevoir son rapport. [Elle] a renoncé à toute les objections qu'elle pouvait en fait avoir et [...] elle ne sera pas entendue aujourd'hui pour s'en plaindre<sup>408</sup>.

Puisque l'application du principe de l'*estoppel* dépend de la discrétion du juge, il reste donc à savoir si les tribunaux vont l'appliquer d'une façon uniforme.

La tendance pour une interprétation restrictive se vérifie aussi concernant le motif d'ordre public. Les tribunaux ont souvent souligné qu'en choisissant la procédure d'arbitrage, les parties renoncent à certains avantages formels et substantifs d'une procédure ordinaire et qu'elles doivent alors assumer la responsabilité de ce choix. En appliquant une approche "avantage-désavantage", ils ont ainsi rejeté des tentatives des parties mécontentes cherchant à retarder le déroulement de la procédure. L'invocation du manque de la motivation de la sentence, sans qu'une telle motivation soit prévue dans la clause compromissoire ou soit autrement obligatoire, n'était pas acceptée par les tribunaux invoquant la référence au choix d'une procédure plutôt "sommaire". Dans cet ordre d'idées, prend aussi place la différence établie entre l'ordre public interne et l'ordre public international, qui, en France, est même inscrite dans la loi. Selon cette distinction, une violation de l'ordre public international peut seulement être invoquée quand il s'agit d'une

---

<sup>407</sup> 745 F.Supp. 172 (S.D.N.Y. 1990).

<sup>408</sup> *Ibid.*, à la p. 180.

violation des principes fondamentaux, par exemple une violation du principe *audi alteram partem*. Cette distinction marque une grande amélioration quand à une interprétation uniforme des sentences, puisqu'elle contribue à empêcher l'infiltration des particularités nationales dans l'interprétation des sentences qui ne semblent pas appropriées en droit international.

Il se dégage donc de tout cela une approche très restrictive des tribunaux étatiques afin de garantir la finalité des sentences arbitrales. Une telle approche est, en principe, à privilégier, car elle a un effet dissuasif sur les parties mécontentes d'avoir recours aux tribunaux pour des motifs faibles et basés sur la mauvaise foi. La réduction de l'intervention des tribunaux et l'abandon d'une révision sur le fond de la sentence étaient exactement les buts poursuivis par la mise en oeuvre de la Convention de New York.

Cependant, même si un contrôle ténu est préférable à un contrôle trop profond, il ne doit pas être inexistant pour autant. Particulièrement en ce qui concerne le pouvoir de l'arbitre, il faut garder à l'esprit que ce pouvoir trouve sa source unique dans le contrat de nomination des parties et que l'arbitre n'est, dans aucun cas, autorisé à trancher des points litigieux qui ne lui ont pas été soumis. Il convient de rappeler que l'effet du premier niveau du contrôle, à savoir celui exercé par les parties en déterminant la mission de l'arbitre, dépend essentiellement de l'efficacité du deuxième niveau du contrôle, celui exercé par les tribunaux étatiques. Un contrôle laxiste laissant trop d'autonomie à l'arbitre risque d'inviter les abus et ne promeut donc pas l'arbitrage et son utilisation.

Dans ce sens, il faut critiquer une interprétation très large, voire trop large de la mission de l'arbitre, dans le seul but de garder en vigueur une solution qui est, d'un point de vue pratique, satisfaisante, bien que l'arbitre ait dépassé sa mission. Il va de soi qu'un contrôle méticuleux n'est pas dans l'intérêt des parties et qu'une approche pragmatique, gardant des solutions satisfaisantes, n'est pas toujours mauvaise. Seulement, on doit veiller à ce que les parties ne se retrouvent pas avec une "solution juridique déguisée". Or, si les juges substituent au critère de la volonté des parties celui d'une "solution satisfaisante", ils vont procéder à une évaluation des sentences selon leur propre conception juridique qu'ils

imposeraient alors d'une façon indirecte aux parties, n'exécutant plus que les sentences arbitrales qui conviennent à leur sentiment de droit. Une telle interprétation nie la volonté des parties qui est, de fait, l'élément clé de l'arbitrage et doit, sous toutes les conditions, être respectée par les tribunaux.

Il faut alors prendre soin que la politique en faveur de l'arbitrage ne devienne pas trop favorable. Toutefois, le contrôle mesuré des sentences arbitrales ne dépend pas seulement de la jurisprudence, mais, aussi, dans une large part, de la loi que les juridictions doivent appliquer. La Convention de New York était un bon départ pour parvenir à un contrôle mesuré et uniforme des sentences internationales. Cependant, la Convention de New York n'a jamais procédé à une unification des lois nationales.

Actuellement, les législations nationales procèdent, de manière alarmante, à une libéralisation de leurs lois d'arbitrage. L'importance accrue de l'arbitrage international au cours des cinq dernières décennies a mené à une vraie "industrie d'arbitrage" qui représente un facteur important pour l'économie, et auquel chaque État veut participer. C'est ainsi qu'il s'est créé une sorte de concours entre les divers pays pour adopter l'encadrement législatif le plus accueillant à l'arbitrage encourageant les entreprises à mener leurs litiges dans cette juridiction<sup>409</sup>. Le *Code judiciaire* de Belgique contient même une stipulation qui prévoit que les tribunaux ne peuvent connaître d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale rendue en Belgique lorsque aucun intérêt belge n'est en jeu<sup>410</sup>. La loi anglaise ne va pas si loin, mais contient au moins la possibilité d'une exclusion de tout contrôle judiciaire sur la volonté des parties (*exclusion agreement*). Dans le débat parlementaire précédant l'*English Arbitration Act de 1979* en Angleterre, l'intérêt financier poursuivi avec cette loi n'a pas été caché. Lord Cullen of Ashborne y prononçait «qu'une nouvelle loi d'arbitrage apporterait £500 million par année des "exports invisibles" sous la forme des

---

<sup>409</sup> W.C. Graham, «The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction» (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 2 à la p. 4; Ch. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry, «Negotiating Settlement of Disputes Provisions in International Business Contracts: Recent Developments in Arbitration and Other Processes», (1990) 45 Bus. Law. 577 à la p. 578.

<sup>410</sup> Art. 1717 du *Code judiciaire* de Belgique.

honoraires pour les arbitres, avocats et des experts»<sup>411</sup>. Lord Lloyd of Kilgerran était encore plus claire: «Le but principal d'une nouvelle loi est d'attirer l'arbitrage à Londres»<sup>412</sup>.

Dans le cadre de la lutte pour devenir le meilleur for, on observe, notamment en France et aux États-Unis, -deux lieux préférés pour l'arbitrage international-, la tendance à infiltrer des dispositions de la loi d'arbitrage interne dans le régime de contrôle international de la Convention de New York. Cette attitude apparaît clairement de l'affaire *Chromalloy*<sup>413</sup> où les tribunaux se sont référés à l'art. VII de la Convention pour exécuter une sentence annulée dans son pays d'origine sous le prétexte que leur loi nationale est plus favorable. Cette interprétation a fortement été critiquée par Albert Jan van den Berg:

[A]n elimination of the ground for refusal that the award has been set aside in the country of origin would, in my opinion, be undesirable. A losing party must be afforded the right to have the validity of the award finally adjudicated in one jurisdiction. If that were not the case, in the event of a questionable award, a losing party could be pursued by a claimant with enforcement. A claimant would obviously refrain from doing this if the award has been set aside in the country of origin and this is a ground for refusal of enforcement in other states<sup>414</sup>.

Concernant l'uniformisation de l'arbitrage un progrès serait atteint si les motifs nationaux pour l'annulation d'une sentence étaient fondés sur la base de la Convention de New York, comme le prévoit la *Loi type de la CNUDCI* (art. 34)<sup>415</sup>. Une telle approche "uniformisante" apparaît aussi dans la *Convention Européenne*<sup>416</sup> qui n'a pas repris l'art. V(1)(e) de la Convention de New York dans ses motifs de refus pour éviter que l'annulation d'une sentence dans un État suffise à la paralyser définitivement et partout. Des tendances récentes ont mené à l'émergence d'un principe général selon lequel une sentence ne devrait pas être annulée si son exécution est possible dans un autre pays. En revanche,

---

<sup>411</sup> Voir 392 Parl. Deb., H.L. (5<sup>th</sup> ser.) 99 (1978) cité par W.W. Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979» (1980) 21 Harv. Int'l L.J. 87 à la p. 96.

<sup>412</sup> *Ibid.*.

<sup>413</sup> Voir *supra* note 157.

<sup>414</sup> A.J. van den Berg, *The New York Convention*, voir *supra* note 74, à la p. 355.

<sup>415</sup> Voir *supra* note 55.

<sup>416</sup> Voir *supra* note 54.

une procédure visant l'annulation d'une sentence devrait seulement être permise si son exécution pouvait être refusé sur la base de la Convention de New York<sup>417</sup>. Il reste à savoir si ces tendances auront du succès ou si elles représentent une trop grande intrusion dans la souveraineté des États.

Actuellement, la politique en faveur de l'arbitrage ne mène pas seulement à la réduction de son contrôle au niveau des lois internes, mais va, en plus, de pair avec un élargissement de l'arbitrabilité. Il faut alors demeurer attentif pour que cette politique n'entraîne pas la violation des principes fondamentaux de droits et ne mène à une procédure injuste d'arbitrage. Si l'arbitrage deviendrait injuste, il serait conséquemment moins demandé. Une libéralisation trop forte de la procédure arbitrale pourrait alors aller dans la mauvaise direction et nuire à cette procédure plutôt que d'attirer le commerce et de promouvoir l'arbitrage. Une deuxième conséquence d'une telle libéralisation serait la possibilité d'un «*breakdown*»<sup>418</sup> du mécanisme du contrôle de la Convention de New York. Pour faciliter leur exécution, ce mécanisme prévoit un contrôle limité des sentences internationales dans le pays où leur exécution est demandées. Pour soutenir ce contrôle limité, la Convention doit pouvoir s'en remettre à la légalité de la sentence et de la procédure qui a précédé son prononcé. L'absence d'une telle garantie résulterait dans un contrôle plus fort des sentences internationales par les pays où l'exécution est demandée et détruirait alors le système de contrôle bien établi par la Convention.

---

<sup>417</sup> A. Bucher, «Court Intervention In Arbitration» dans R.B. Lillich et C.N. Brower, dir., *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century: towards "Judicialization" and Uniformity?*, Twelfth Sokol Colloquium Transnational Publishers, Inc. Irvington, New York, 1994 [ci-après *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century*] p.29 à la p.38.

<sup>418</sup> W.M. Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair*, Durham, Duke University Press, 1992 à la p. 117.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### ***JURISPRUDENCE***

#### **Jugements canadiens**

*Arcata Graphics Buffalo Ltd. c. Movie (Magazine) Corp.*, [1993] O.J. No. 568 (non publié, QL).

*Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1993), 12 B.L.R. (2d) 113, 110 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 390 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), inf. par 12 B.L.R. (2d) 132, 113 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 449 (Ont. C.A.).

*Automatic Systems Inc. c. E.S. Fox Ltd.* (1993), 12 B.L.R. (2d) 125 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), inf. par 12 B.L.R. (2d) 148, 13 C.L.R. (2d) 165 (Ont. C.A.).

*Banque Nationale c. Soucisse et al.*, [1981] 2 R.C.S. 339.

*Basran c. Basran* (1981), 21 C.P.C. 269, 123 D.L.R. (3d) 508 (B.S.C.S.).

*Blanchard c. Control Data Canada Ltée* (1984), 2 R.C.S. 476.

*Chromalloy Aeroservices Inc. c. The Arab Republic of Egypt*, Civ. N°. 94-2339 (31 juillet 1996), publié dans (1996) 11 n°8 Mealey's Int'l Arb. Rep. C-54.

*City of St. John c. Irving Oil Co. Ltd.*, [1966] S.C.R. 581, 58 D.L.R. (2d) 404.

*Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.).

*Co. Maritima Villa Nova c. Northern Sales* (1989), 29 F.T.R. 136 (F.C.).

*Co. Maritima Villa Nova c. Northern Sales*, [1992] 1 F.C.550, (C.A.).

*C.S.I. Copysoft c. Venice Bakery*, [1985] B.C.J. No. 912 (11 mars 1985).

*D. Frampton & Co. Ltd. c. Sylvio Thébault et al.*, Décision de première instance de la Cour fédérale du Canada, No. 352.

*Food Services of America, Inc. (Amerifresh) c. Pan Pacific Specialties Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 1921.

*Fortin c. Centre communautaire juridique du Nord-Ouest*, [1984] C.A. 662.

*Grace and Company c. Perras* (1921), 62 R.C.S. 166.

*J.H. Dupuis Ltée. c. Résidence Jean de la Lande Inc.* (11 mars 1981), Montréal 500-05-025942-770, J.E. 81-500 (C.S.).

*National Gypsum c. Northern Sales*, [1964] R.C.S. 144.

*Navigation Sonamar Inc. c. Alogoma Steamships Limited et autres*, [1987] R.J.Q. 1346.

*Northern Sales Company Limited c. Compania Maritima Villa Nova S.A.*, [1992] 1 F.C. 550.

*Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219, 50 B.C.L.R. (2d) 207, 23 A.C.W.S. (3d) 541 (C.A. B.C.).

*Re Mijon Holdings Ltd. c. City of Edmonton* (1980), 109 D.L.R. (3d) 383 (Alta C.A.) 12 Alta. L.R. (2d) 88, 15 C.P.C. 5, 23 A.R. 215.

*Ridley Terminals Inc. c. Minette Bay Ship Docking Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 1882 (S.C. B.C.).

*Schreter c. Gasmac Inc.*, [1992] 7 O.R. (3d) 608 (Ont. C. Gen. Div.).

*Tankoos Yarmon Ltd. c. T.E. Eaton Company* (1982), 40 O.R. (2d) 498 (C.A.).

*UHDE GmbH c. BWV Investments Ltd. et al.*, (1994), 119 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 (C.A.S.).

*Vinette Construction c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62.

*Willick c. Willick* (1994), 158 A.R.52.

**Jugements étrangers**

*Advanced Micro Devices [AMD] c. Intel Corp.*, 885 P.2d 994 (Cal. 1994).

*Agence de Diffusion et de Publicité c/ Coopérative d'Éditions et de Librairie*, Paris, 4 février 1966, [1966] Rev. arb. 27.

*Ainsworth c. Skurnick*, 960 F.2d 939 (11<sup>th</sup> Cir. 1992), cert. denied, 113 S.Ct. 1296 (1993).

*Al Haddad Bros. Enterprises, Inc. c. M/S Agapi*, 635 F.Supp. 205 (D.Del 1986), conf. sans motifs par 813 F.2d 396 (3d Cir. 1987).

*Anderman/Smith Operating Co. c. Tennessee Gas Pipeline Co.*, 918 F.2d 1215 (5<sup>th</sup> Cir. 1990).

*Andros Compania Maritima S.A. c. Marc Rich & Co., A.G.*, 579 F.2d 691 (2d Cir. 1978).

*Audi Auto Union c. S.A. Adelon Petit & Cie*, Cour de cassation (1<sup>ère</sup> ch.), 28 juin 1979, rapporté dans *Yearbook* Vol. V (1980), p. 275 (France).

*Bernhart c. Polygraphic Company of America*, 350 U.S. 198 (1956).

*Biotronik Mess- und Therapiegeraete GmbH & Co. c. Medford Medical Instrument & Co.*, 415 F.Supp. 133 (D.N.J. 1976).

*Brandeis Intsel Ltd. c. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F.Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987).

*Burchell c. Marsh*, 58 U.S. 344, 15 L. Ed. 96 (1854).

*Carters (Merchants) Ltd. c. Francesco Ferraro*, 20 février 1975, rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), p.275 (Italy N°21).

*C.C.M. Sulzer c. Somagec Saers et al.*, [1989] Rev. arb. 62.

*China Nanhai Oil c. Gee Tai Holdings*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XX (1995), p. 671 (Hong Kong N° 8).

*Chrome Resources S.A. c. Léopold Lazarus Ltd.*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XI (1986), p. 538 (Switzerland N°10).

*Coast Trading Co. c. Pacific Molasses Co.*, 681 F. 2d 1195 (9<sup>th</sup> Cir. 1982).

*Commercial Solvents Corp. c. Louisiana Liquid F.Co.*, 20 F.R.D. 359.

*Commonwealth Coatings Corp. c. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 ; 89 S.Ct. 337 (1968).

*Compagnie de Saint-Gobain c. The Fertilizer Corp. of India*, Cour d'appel de Paris, 10 mai 1971, [1971] Rev. arb. 111.

*Compagnie des Bauxites de Guinee c. Hammermills, Inc.*, rapporté dans le Yearbook Vol. XVIII (1993), p. 566 (U.S. No 138).

*Compagnie Financière Mocupia c. Société Inveko France*, Paris, 29 février 1980, [1980] Rev. arb. 538 (note E. Loquin), conf. par Cass. civ., 2<sup>e</sup> ch., 30 septembre 1981, [1982] Rev. arb. 430 (note E. Loquin).

*Copal Co. Ltd. c. Fotochrome Inc.*, 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975).

*Coppée-Lavalin S.A./N.V. c. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Limited*, [1994] 2 All E.R. 449 (H.L.).

*Court of Appeal of Athens, Decision no. 4458 of 1984*, rapporté dans Yearbook Vol. XIV (1989), p. 638 (Grèce N°10).

*Dean Witter Reynolds Inc. c. Byrd*, 470 U.S. 213 (1985).

*Dogherra c. Safeway Stores, Inc.*, 679 F.2d 1293 à la p. 1297 (9<sup>th</sup> Cir. 1982).

*Drake c. Stein* (1953), 116 Cal. App. 2d 779, 254 P.2d 613.

*Dworkin-Cosell Interair Courier Services Inc. c. Avraham*, 728 F.Supp. 156 (S.D.N.Y. 1989).

*Eljer Manufacturing, Inc. c. Kowin Development Corp.*, 14 F.3d 1250 (7<sup>th</sup> Cir. 1994).

*Entreprise roumaine c. Entreprise allemande*, 12 février 1976, rapporté dans Yearbook Vol. II (1977), p. 242 (Germany N°12).

*Eugenio Menaguale c. Intercommerce*, rapporté dans Yearbook Vol. IV (1979), p. 282 (Italie N°25).

*Fairchild & Co. c. Richmond, F. & P.R. Co.*, 516 F.Supp. 1305 (D.D.C. 1981).

*Fertilizer Corp. of India c. Management, Inc.*, 517 F.Supp. 948 (S.D. Ohio 1981).

*Firestone & Rubber Co. c. United Rubber Workers* (1959), 168 Cal. App. 2d 444, 335 P.2d 1990.

*Food Services of America, Inc. c. Pan Pacific Specialties Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 1921 (non publié, QL).

- General Organization of Commerce & Industrialisation of Cereals of the Arab Republic of Syria (GOCIC) c. SIMER*, rapporté dans *Yearbook* Vol. VIII (1983), p. 386 (Italie N°53).
- Geotech Lizenz AG c. Evergreen Systems, Inc.*, 697 F.Supp. 1248 (E.D.N.Y. 1988).
- Götaverken*, 21 février 1980, (1980) 107 J.D.I. 660 à la p. 673 (note Ph. Fouchard).
- Hacienda Hotel c. Culinary Workers Union* (1985), 175 Cal. App. 3d 1127.
- Hall c. Superior Court*, 22 Cal.Rptr. 2d 376 (Cal. Ct. App. 1993).
- Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Cour de Justice de Canton de Genève, 17 novembre 1989, [1993] Rev. arb. 315;  
conf. par Tribunal Fédéral Suisse, 17 avril 1990, [1993] Rev. arb. 322.
- Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, [1994] Rev. Arb. 327 (note C. Jarosson).
- Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Trib. gr. inst. de Nanterre, 22 septembre 1993, décision inédite, discuté dans [1994] 9 Mealey's Int'l Arb. Rep. 7.
- Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Versailles, 29 juin 1995 (2 arrêts), [1995] Rev. arb. 639.
- Hunt c. Mobil Oil Corp.*, 654 F. Supp. 1487 (SDNY 1987).
- Imperial Ethiopian Government c. Baruch-Foster Corp.*, 535 F.2d 334 (5<sup>th</sup> Cir. 1976).
- Industrija Motora Rakovica (I.M.R.) c. Lynx Machinery Ltd.*, Paris, 22 décembre 1978, [1979] Rev. arb. 266.
- Iptrade International, S.A. c. Federal Republic of Nigeria*, 465 F.Supp. 824 (D.D.C. 1978).
- I/S Stavborg (O.H. Meling, Manager) c. National Metal Convertes, Inc.*, 500 F.2d 424 (2d Cir. 1974).
- La Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, La Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures c. Shaheen Natural Resources*, 585 F. Supp. 60 (SDNY 1983), aff'd, 733 F.2d 260 (2d Cir.), cert. refusé, 469 U.S. 883 (1984).
- Kersa Holding Company c. Infancourtage, Famajuk & Isny*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XXI (1996), p. 617 (Luxembourg N°1).
- Mangan c. Owens Truckman*, 715 F. Supp. 436.
- Marc Rich & Co. A. G. c. Andros Compania Maritima S.A.*, 579 F.2d 691 (2d Cir. 1978).

*Meryll Lynch c. Bobker*, 808 F.2d 930, 933-34 (2d Cir. 1986).

*Mutual Fire, Marine and Inland Insurance Co. c. Norad Reinsurance Co.*, 868 F.2d 52 (3d Cir. 1989).

*National Oil Corp. c. Lybian Sun Oil Co.*, 733 F. Supp. 800 (D.C. 1990).

*Newark Stereotypers' Union N°18 c. Newark Morning Ledger Co.*, 397 F.2d 594, 600 (3d Cir. 1968).

*Northrop Corporation c. Triad Investment*, 593 F.Supp. 930 à la p. 935 (1984, Cal. D.C.).

*Oberlandesgericht Duesseldorf*, November 8, 1971 rapporté dans *Yearbook* Vol. II (1972), p. 237 (F.R. Germany N°8).

*Oberlandesgericht Hamburg*, 3 avril 1975, rapporté dans le *Yearbook* Vol. II (1977), p. 241 (Germany N° 11).

*Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. c. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974).

*Président du Rechtsbank*, The Hague, 26 avril 1973, *Yearbook* Vol. IV (1979), p. 306 (Netherlands N° 3).

*Pioneer Shipping Ltd. c. BTP Tioxide Ltd.*, [1980] 3 All. E.R. 117 (C.A.), conf. par [1981] 2 All. E.R. 1030 (H.L.).

*Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company, et al. c. Million Basic Company Limited*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XIX (1994), p. 675 (Hong Kong N° 7).

*Remmey c. Painewebber, Inc.*, 32 F.3d 143 (4<sup>th</sup> Cir. 1994).

*Renault Jacquinet c. Sicea*, 32 Il Foro Padano (1977), rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), p. 284 (Italy N°27).

*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell* (1994), 118 Australian Law Reports 657 et s.; (1994) 9 N°4 Mealey's Int'l Arb. Rep. A1.

*Rodriguez de Quijas c. Shearson/American Express Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

*San Martine Compania De Navegacion, S.A. c. Saguenay Terminals, Ltd.*, 293 F.2d 796 (9th Cir. 1961).

*S.A Tradax Export c. S.p.a. Carapelli*, rapporté dans *Yearbook* Vol. III (1978), p. 279. (Italie N° 28).

- Sidarma Societa Italiana di Armamento Spa c. Holt Marine Industries*, 515 F.Supp. 1302 (S.D.N.Y. 1981).
- Sociedad Anonima Petrolera Industrial Y Commercial*, 745 F.Supp. 172 (SDNY 1990).
- Société Aksa c. Société Norsolor*, Paris, 9 décembre 1980, [1981] Rev. arb. 306 (note F.Ch. Jeantet).
- Société Bruynzeel Deurenfabrieck N.V. c. Ministre d'État aux Affaires Etrangères de la Rep. Malgache*, Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 30 juin 1976, [1977] Rev. arb. 137.
- Société Crocodile Tourist Project Company (Egypte) c/ Aubert, ès qual. et autres*, Paris, 10 mars 1988, [1989] Rev. arb. 269 (note Ph. Fouchard).
- Società La Naviera Granebaco S.A. c. Ditta Italgrani*, 13 Rivista di diritto internazionale privato e processuale, p. 861 (1977) rapporté dans *Yearbook* Vol. IV (1979), (Italy N°22).
- Société Européenne d'Études et d'Entreprises c. République Socialiste Fédérative de Yougoslavie*, La Haye, 8 septembre 1972, [1974] Rev. arb. 311.
- Société Farhat Trading Company c. Société Daewoo*, Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 6 mars 1996, [1997] Rev. arb. 69.
- Société Gguangzhou Ocean Shipping Company c. Société générale des Farines*, Paris, 17 janvier 1992, [1992] Rev. arb. 656.
- Société ISEC c. Société Bidas*, 745 F.Supp. 172 (SDNY 1990); [1994] Rev. arb. 739.
- Société industrielle et commerciale des charbonnages (S.I.C.C.A) c. Société Les Chantiers Modernes*, Paris, 13 novembre 1980, [1984] Rev. arb. 129.
- Société Pabalk Ticaret Sirketi c. Société Norsolor*, Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, [1985] Rev. arb. 431, D. 1985.Jur.101 (note J. Robert).
- Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Société anonyme Norsolor*, Trib. com. Vienne, 29 juin 1981.
- Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Société anonyme Norsolor*, Cour d'appel de Vienne, 29 janvier 1982.
- Sonatrach c. Ford, Bacon and Davis Inc.*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XV (1990), p. 370 (United States N°92).
- Southern Cal. Rapid Transit Dist. c. United Transportation Union*, 5 Cal. App. 4<sup>th</sup> (1992), 416, 6 Cal. Rptr. 2d 804.
- Steelworkers c. Enterprise Corp.*, 363 U.S. 593, 80 S.Ct. 1358, 4 L.Ed. 2d 1424.

*Stroh Container Co. c. Delphi Ind., Inc.*, 783 F.2d 743 (8<sup>th</sup> Cir. 1986).

*Syndicat national des travailleurs des pates et papiers de Port-Alfred c. Me Rene Lippe, M. Georges-Henri Coulombe et M. Gaetan Tremblay* (1990), R.D.J. 124; [1989] A.Q. N° 2200 (QL).

*Tate c. Saratoga Savings & Loan Assn.* (1989), 216 Cal. App. 3d 843, 855, 265 Cal. Rptr. 440.

*Todd Shipyards Corp. c. Cunard Line, Ltd.*, 943 F.2d 1056 aux pp. 1060-1065 (9<sup>th</sup> Cir. 1991).

*Tribunal Supremo*, 14 janvier 1983, rapporté dans *Yearbook* Vol. XI (1986), p. 523 (Spain N°6).

*United Paperworkers Int'l Union c. Misco*, 484 U.S. 29 (1987).

*Vento & C snc c. E.D. & F.Man Ltd.*, rapporté dans *Yearbook* Vol. XVII (1992), p. 547 (Italie N°114).

*Washington-Baltimore Newspaper, Local 35 c. The Washington Post Co.*, 143 U.S. App. D.C, 210, 442 F.2d 1234.

*Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, 737 F.2d 150 (2d Cir. 1984).

*Wilko c. Swan*, 346 U.S. 427 (1953).

*Willemijn Houdstermaatschappij, BV c. Standard Microsystems Corp.*, 103 F.3d 9 (2d Cir. 1997).

**MONOGRAPHIES ET RECEUILS**

- Antaki, N.**, «Arbitrage ad hoc ou selon le Règlement du CACNIQ?» Journée Jean Robert, 13 janvier 1989, Le centre d'arbitrage commercial national et international du Québec.
- Berger, K.P.**, «International Economic Arbitration», Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1993 dans la série Studies in Transnational Economic Law, Vol.9, N. Horn et R.M. Buxbaum, dir., 662 p.
- Bucher, A.**, «Court Intervention In Arbitration» dans R.B. Lillich et C.N. Brower, dir., *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century: towards "Judicialization" and Uniformity?*, Twelfth Sokol Colloquium Transnational Publishers, Inc. Irvington, New York, 1994.
- Craig, W.L.**, Park, W.W. et Paulsson, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oceana Publications, Inc., 1990.
- Gaja, G.**, dir., *International Commercial Arbitration, New York Convention*, t.1, Partie III, Booklet 4, *Travaux Préparatoires*, New York, Oceana Publications, Inc., janvier 1978.
- Gaja, G.**, dir., *International commercial arbitration: New York Convention*, t. 1, Partie I. A. 2, New York, Oceana Publications, Inc., février 1984.
- Goldberg, G.**, *A Lawyer's Guide to Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., New York, American Law Institute - American Bar Association, 1983.
- Holtzmann, H.**, *A Task for the 21<sup>st</sup> Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards* dans *The Internationalization of International Arbitration*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995.
- Lalive, P.**, «Enforcing Awards» dans ICC Int'l Court of Arbitration, 1984, *Sixty Years of ICC Arbitration: A Look at the Future*, p. 67.
- Lalonde, M.**, «Canada» dans P. Sanders et A.J. van den Berg, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, Volume I, Suppl. 16, The Hague, Kluwer Law International, 1993 3 p.
- Mann, F.A.**, «Lex Facit Arbitrum» dans P. Sanders, dir., *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, 159 p.
- Park, W.W.**, «The relative reliability of arbitration agreements and court selection clauses» dans J.L. Goldsmith, dir., *International dispute resolution: The regulation of forum selection*, 14<sup>th</sup> Sokol Colloquium, Irvington, Transnational Publishers, Inc., 1996 4 p.
- Park, W.W.**, *International Forum Selection*, Boston, Kluwer Law International, 1995.

**Paulsson, J.**, «The New York Convention in International Practice - Problems of Assimilation» dans: dans Marc Bléssing, éd., *The New York Convention of 1958*, Association suisse de l'arbitrage, Special Series N° 9, August 1996, 100 p.

**Redfern, A. et Hunter, M.**, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., London, Sweet & Maxwell, 199, 454 p.

**Reisman, W.M.**, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown & Repair*, Durham, Duke University Press, 1992.

**Sanders, P.**, «Trends in the Field of International Commercial Arbitration» dans Académie de Droit International, 1975 Recueil des Cours 207, 223.

**Schmitthoff, C.M.**, «Finality of arbitral awards and judicial review» dans J. Lew, dir., *Contemporary problems in international arbitration*, London, Centre for commercial Law Studies, 1986, 230 p.

**Stewart, D.P.**, «National Enforcement of Arbitral Awards under Treaties and Conventions» dans *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century: "Judicialization" and Uniformity ?*, R.B. Lillich et C. N. Brower, dir., Irvington, Transnational Publishers, Inc., 1994, 163 p.

**Thuilleaux, S.**, *L'arbitrage commercial au Québec, Droit interne – Droit international privé*, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991.

**van den Berg, A. J.**, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.

**van den Berg, A.J.**, «Commentary Cases Reported in Vol. IX» (depuis 1982 par A.J. van den Berg), dans *Yearbook Commercial Arbitration*, publié par l'International Council for Commercial Arbitration (ICCA) en coopération avec le T.M.C. Asser Institute for International Law, Cambridge, Kluwer Law International, *Yearbook* Vol. IX (1984).

**van den Berg, A.J.**, «The New York Convention: Summary of Court Decisions» dans Marc Bléssing, éd., *The New York Convention of 1958*, Association suisse de l'arbitrage, Special Series N° 9, août 1996, 1 p.

**von Mehren, R.B.**, «Synthèse» dans *Supplément spécial, Le statut de l'arbitre*, Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la CCI, Décembre 1995, 35 p.

**ARTICLES DE REVUE**

**Brierley, J.E.C.**, «Québec's New (1986) Arbitration Law» (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 58.

**Brunet, E.**, «Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution» (1987) 62 Tul. L. Rev. 1.

**Bülow, C.**, «Zwischenstaatliche Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem UN-Übereinkommen vom 10. Juni 1958» (1961) 83 Juristische Blätter 305.

**Bureau, D.**, observations sous Paris, 17 janvier 1992, [1992] Rev. arb. 657.

**Carter, J. H.**, Dispute Resolution and International Agreements 592 PLI/Comm 501.

**Chapman, J.J.**, «Judicial Scrutiny of Domestic Commercial Arbitral Awards» (1995) 74 Can. Bar. Rev. 401.

**Chapman, J.J.**, «Judicial Scrutiny of Domestic Commercial Arbitral Awards» (1995) 74 Can. Bar. Rev. 401.

**Cohen, D.**, note sous Paris, 28 février 1992, [1992] Rev. arb. 649.

**Cohen, G.**, «La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères» (1987) 47 R. du B. 435.

**Cohn, E.J.**, «The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce» (1965) 14 Int'l & Comp. L.Q. 132.

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

**Craig, W.L.**, «Uses and Abuses of Appeal from Awards» (1988) 4 Arbitration International 174.

**Davis, K.R.**, «When Ignorance of the Law Is No Excuse: Judicial Review of Arbitration Awards» (1997) 45 Buffalo L.R. 49.

**De la Houssaye, I.**, «Manifest disregard of the Law in International Arbitration» (1982-83) 28 Colum. J. of Transnational Law 449.

**Derains, Y.**, note sous *Société ISEC c. Société Bridas*, [1994] Rev. arb. 739.

**Desrains, Y.**, «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales» [1973] Rev. arb. 122.

**Fiss, O.**, «Out of Eden» (1985) 94 Yale L. J. 1669.

**Fouchard, Ph.**, « Note: Arbitrage International», (1980) J. D. I. 660.

**Fouchard, Ph.**, «L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981» (109) 1982 J.D.I. 374.

**Fouchard, Ph.**, «Où va l'arbitrage international» (1989) 34 McGill L.J. 435.

**Fouchard, Ph.**, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, no. 508 et s.

**Gharavi, H.G.**, «Enforcing set aside arbitral awards: France's controversial steps beyond the New York Convention» [1996] J. Transnational L. & Policy 93.

**Goldmann, B.**, «Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, L'affaire Norsolor», [1983] Rev. arb. 379.

**Goldmann, B.**, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, [1985] Rev. arb. 431.

**Goldmann, B.**, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, [1985] Rev. arb. 431.

**Graham, W.C.**, «The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction» (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 2.

**Graham, W.C.**, «The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction» (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 2.

**Hascher, D.**, note sous Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 10 mars 1993 et Paris, 12 février 1993, [1993] Rev. arb. 255.

**Hausmaninger, C.**, «Droits et obligations de l'arbitre à l'égard des parties et de l'institution arbitrale» dans Bulletin de la Cour internationale de la CCI, *Le statut de l'arbitre, Supplément spécial*, Décembre 1995, 37.

**Horsmans, G.**, «Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage (3): L'étranger» [1992] Rev. arb. 417.

**Hurlburt, W.H.**, «A New Bottle for Renewed Wine: The Arbitration Act, 1991» (1995) 34 Alta L. Rev. 86.

**Hurlburt, W.H.**, «Case Comment: *Willick v. Willick*: Appeals from Awards under the Arbitration Act», (1994) 33 Alta. L.Rev. 178.

**Jarosson, C.**, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 23 mars 1994, [1994] Rev. arb. 329.

**Kahn, Ph.**, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, (1985) 112 J.D.I. 679.

- Lecuyer-Thieffry, Ch. et Thieffry, P.**, «Negotiating Settlement of Disputes Provisions in International Business Contracts: Recent Developments in Arbitration and Other Processes», (1990) 45 Bus. Law. 577.
- Loquin, E.**, «Perspectives pour une réforme des voies de recours» [1992] Rev. arb. 321.
- Marquis, L.**, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois» (1992) 37 McGill L.J. 448.
- Martin, J.T.**, «*Advanced Microdevices v. Intel Corp.* and Judicial Review of Commercial Arbitration Awards: When does a Remedy "Exceed" Arbitral Powers?» (1995) 46 Hastings L.J. 1907.
- Park, W.W. et Paulsson, J.**, «The Binding Force of International Arbitral Awards» (1983) 23 Virginia Journal of International Law 253.
- Park, W.W.**, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979» (1980) 21 Harv. Int'l L.J. 87.
- Park, W.W.**, «The Lex Loci Arbitri and International commercial Arbitration» (1983) 32 Int'l Comp. L. Q. 21.
- Paulsson, J.**, «Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin» (1981) 30 Int'l & Comp. L.Q. 358.
- Paulsson, J.**, «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters» (1983) 32 Int'l & Comp. L.Q. 53.
- Paulsson, J.**, «Rediscovering the New York Convention: Further Reflections on Chromalloy» (1997) 12 Mealey's Int'l Arb. Report # 4, 20.
- Pietrowski, J.A.**, «Enforcing International Commercial Arbitration Agreements-Post *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*» (1986-1987) 36 Am. U.L. Rev. 57.
- Poznanski, B.G.**, «The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration» [1987] 4 J. of Int'l Arb. 71.
- Prujiner, A.**, «L'adaptation forcée du contrat par arbitrage» (1992) 37 R.D. McGill 428.
- Randall, B. F.**, «The History, Application, and Policy of the Judicially Created Standards of Review for Arbitration Awards», 1992 Brigham Young University Law Review 759.
- Reymond, C.**, «L'Arbitration Act, 1996: Convergence et Originalité» [1997] Rev. arb. 45.
- Robert, J.**, «La dénaturation par l'arbitre - Réalité et Perspectives» [1982] Rev. arb. 405.
- Robert, J.**, «L'arbitrage en matière internationale» [1981] D. chr. 209.

**Robert, J.**, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, [1985] 1 D.S. 101.

**Sampliner, G. H.**, «Enforcement of foreign arbitral awards after annulment in their country of origin» (1996) 11 N°9 Mealey's Int'l Arb. Rep. 22.

**Schapira, J.**, note sous Sentence arbitrale rendue à Paris le 3 novembre 1977, Chambre de Commerce International, [1980] Rev. arb. 560.

**Schwartz, M.H.**, «From Star to Supernova to Dark, Cold Neutron Star: The Early Life, the Explosion and the Collapse of Arbitration» (1994) 22 W. St. U.L. Rev. 1.

**Shulenberg, M.**, «Annotation, *Construction and Application of § 10 (a-d) of United States Arbitration Act of 1947 (9 USCS § 10 (a-d)), Providing Grounds for Vacating Arbitration Awards*», 20 A.L.R. FED. 295 (1986).

**Shulte, S.E.**, «When Courts Uphold Arbitral Awards which are in Excess of the Arbitrator's Jurisdiction» [1994] J. Disp. Resol. 171.

**Strub, M.H.**, «Resisting Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V(1) (e) and Article VI of the New York Convention: A Proposal for Effective Guidelines» (1990) 68 Tex. L.R. 1031.

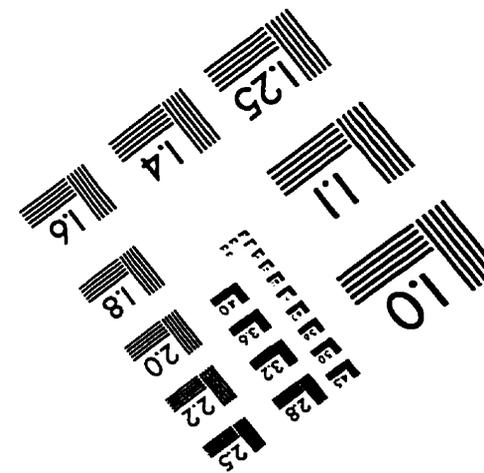
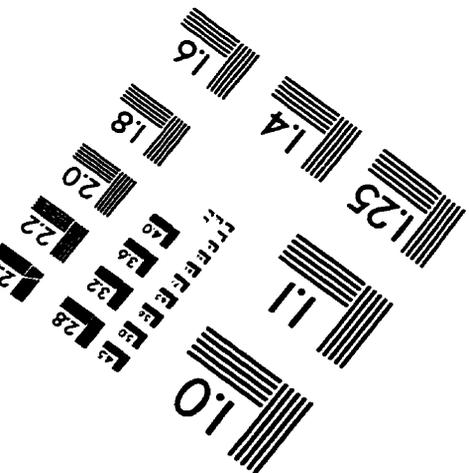
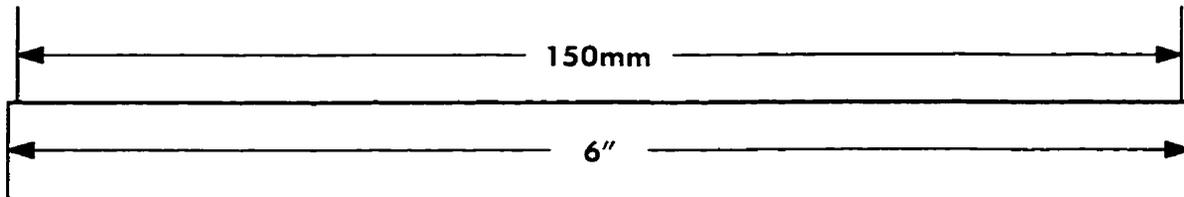
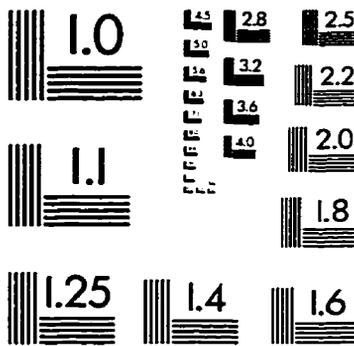
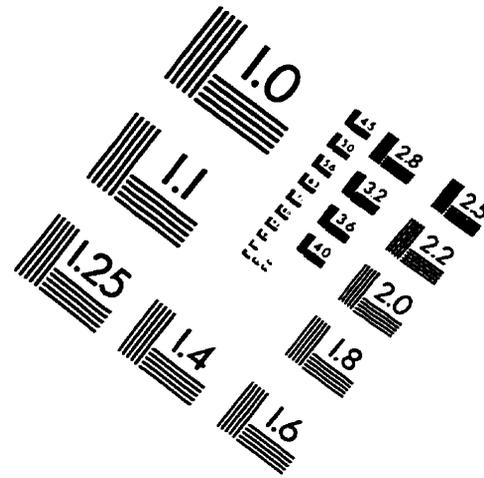
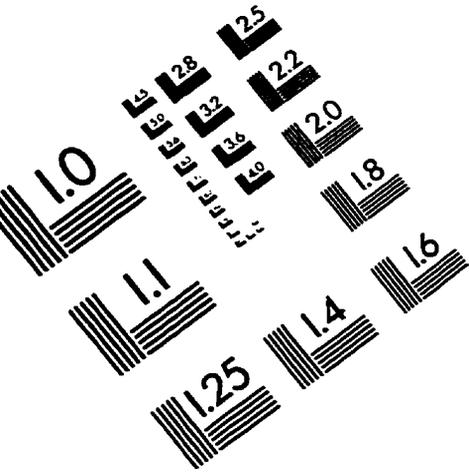
**Subcommittee of the Law Committee of the American Arbitration Association**, «Report on Delocalized Arbitration» (1984) 39 The Arbitration Journal 58.

**Townsend, J. M.**, «Recours contre l'arbitre après la sentence arbitrale: une perspective américaine» dans: *Le Statut de l'arbitre, Supplément Spécial*, Bulletin de la Cour Internationale de la CCI, Décembre 1995, 123.

**Veeder QC, V.V.**, «La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: la naissance d'un magnifique éléphant (1)» [1997] Rev. arb. 3.

**Verge, P.**, «De la souveraineté décisionnelle de l'arbitre», (1973) 19 McGill L.J. 543.

# IMAGE EVALUATION TEST TARGET (QA-3)



APPLIED IMAGE, Inc  
1653 East Main Street  
Rochester, NY 14609 USA  
Phone: 716/482-0300  
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved