

Droit de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse:

sources, nature juridique et convention d'arbitrage

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Alejandro Follonier-Ayala

Acceptée sur proposition du jury :

Prof. Christoph Müller, directeur de thèse
Prof. Antonio Rigozzi, rapporteur interne
Prof. José Carlos Fernández Rozas, rapporteur externe

Soutenu le 2 septembre 2014

Université de Neuchâtel

2014

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**Droit de l'Arbitrage International en Amérique Latine et en Suisse :
Sources, Nature Juridique et Convention d'Arbitrage**

Alejandro FOLLONIER-AYALA

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Christoph Müller (président)
- M. Antonio Rigozzi (rapporteur interne)
- M. José Carlos Fernández Rozas (Professeur à la Universidad Complutense Madrid, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 2 septembre 2014



Christoph Müller
Doyen de la Faculté de droit

Mots clés: Arbitrage international, Sources de l'arbitrage, Nature juridique, Convention d'arbitrage, Amérique latine, Suisse, Arbitrabilité, *Kompetenz-Kompetenz*, Séparabilité, Théorie contractuelle, Théorie juridictionnelle, Théorie constitutionnelle, Validité de la convention d'arbitrage, Confidentialité de l'arbitrage, Effets de la convention d'arbitrage, Convention d'arbitrage par référence, Extension de la convention d'arbitrage à des non signataires, Constitutionnalisation de l'arbitrage, Effets du principe de *Kompetenz-Kompetenz*.

Key words: International arbitration, Legal sources, Legal nature, Arbitration agreement, Latin America, Switzerland, Arbitrability, *Kompetenz-Kompetenz*, Separability, Contractual theory, Jurisdictional theory, Constitutional theory, Validity of the arbitration agreement, Confidentiality of arbitration, Effects of the arbitration agreement, Arbitration agreement by reference, Extension of the arbitration agreement to non-signatories, Constitutionalisation of arbitration, Effects of *Kompetenz-Kompetenz* principle.

Résumé : Cette thèse a pour objectif de présenter une étude comparative de l'évolution de la réglementation de l'arbitrage international dans chacun des pays de l'Amérique-latine et en Suisse, soit en total 20 pays. Le droit suisse a en outre servi de référence pour évaluer le développement de l'arbitrage international en Amérique latine.

La thèse est divisée en deux parties. La première est consacrée aux sources et à la nature juridique de l'arbitrage, alors que la seconde se concentre sur la convention d'arbitrage. La thèse se penche tout d'abord sur le contexte normatif de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse, à savoir les sources étatiques – de nature constitutionnelle et de nature législative –, les sources internationales – p.ex. Convention de New York de 1958, Convention de Panama de 1976, etc. –, les sources communautaires – Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international ou Accord de libre-échange Nord-Américain – et les sources privées – règlements d'arbitrage des institutions arbitrales de rang international, régional ou national, ou le rôle du précédent arbitral, terme que nous préférons à celui de jurisprudence arbitrale –. La recherche est ensuite consacrée à l'analyse des théories sur la nature juridique de l'arbitrage. Ce faisant, nous avons constaté que le phénomène de la constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine a donné naissance à ce que nous avons dénommé: la théorie sur la nature constitutionnelle de l'arbitrage.

Enfin, la seconde partie de l'ouvrage est entièrement consacrée à la convention d'arbitrage. Elle sera analysée notamment sous l'angle des conditions de forme, des conditions de fond, de l'internationalité de l'arbitrage, de la séparabilité de la convention d'arbitrage et du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, des effets de la convention d'arbitrage et de ses causes de son extinction.

À mes parents

Como lo he dicho en varias oportunidades, mis padres han sido y siguen siendo el alma y nervio de mi profesión y de mi ser. Han sido ejemplo constante y permanente de superación desde que tengo uso de razón.

«[s]i les citoyens veulent choisir un arbitre pour terminer les différends qui se seront élevés entre eux pour leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé; qu'ils n'aillent point à un autre tribunal; que la sentence de l'arbitre soit un arrêt irrévocable»¹.

¹ Définition donnée par SOLON (cité par DEMOSTHENE, in: *Midiana, Leg. Attic.*, p. 344).

État des recherches:

La doctrine, la jurisprudence et les documents officiels ont été pris en compte jusqu'au 20 avril 2014.



TABLE DES MATIERES

TABLE DES ABREVIATIONS.....	XIII
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 : SOURCES ET NATURE JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE.....	5
PREMIERE SECTION:	6
SOURCES DE L'ARBITRAGE	6
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE.....	6
TITRE DEUX: SOURCES D'ORIGINE ETATIQUE.....	7
1. SOURCES CONSTITUTIONNELLES.....	7
2. SOURCES LEGISLATIVES	14
2.1 <i>Formes législatives</i>	16
2.2 <i>Système dualiste et système moniste</i>	17
TITRE TROIS: SOURCES D'ORIGINE INTERNATIONALE.....	19
1. TRAITES INTERNATIONAUX	19
1.1 <i>Conventions de Genève de 1923 et 1927</i>	19
1.1.1 Protocole de Genève de 1923	19
1.1.2 Convention de Genève de 1927.....	20
1.2 <i>Convention de droit international privé de 1928</i>	20
1.3 <i>Convention de New York de 1958</i>	20
1.4 <i>Convention européenne de 1961</i>	22
1.5 <i>Convention de Panama de 1975</i>	23
1.6 <i>Convention de Montevideo de 1979</i>	25
1.7 <i>Convention de Washington de 1965 (et CIRDI)</i>	26
2. LOI-TYPE CNUDCI.....	28
TITRE QUATRE: SOURCES D'ORIGINE COMMUNAUTAIRE EN AMERIQUE LATINE.....	32
1. MARCHE COMMUN DU SUD	32
2. COMMUNAUTE ANDINE DES NATIONS	34
3. ACCORD DE LIBRE-ECHANGE NORD-AMERICAIN.....	34
TITRE CINQ: SOURCES D'ORIGINE PRIVEE.....	35
1. INSTITUTIONS INTERNATIONALES D'ARBITRAGE ET LEURS REGLEMENTS	35
1.1 <i>Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale</i>	36
1.2 <i>Association américaine d'arbitrage</i>	39
1.3 <i>Commission interaméricaine d'arbitrage commercial</i>	40
1.4 <i>Centre d'arbitrage et de médiation commerciale pour les Amériques</i>	41
1.5 <i>Règlement d'arbitrage de la CNUDCI</i>	41
1.6 <i>Règlement suisse d'arbitrage international</i>	42
2. INSTITUTIONS NATIONALES D'ARBITRAGE ET LEURS REGLEMENTS.....	44
3. JURISPRUDENCE ARBITRALE OU PRECEDENT ARBITRAL?	46
SECTION DEUX:	51
NATURE JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE	51
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE.....	51
TITRE DEUX: THEORIE CONTRACTUELLE OU PRIVATISTE.....	51
TITRE TROIS: THEORIE JURIDICTIONNELLE OU PROCEDURALE.....	52

TITRE QUATRE: THEORIE MIXTE OU HYBRIDE	53
TITRE CINQ: THEORIE AUTONOME	54
TITRE SIX: THEORIE CONSTITUTIONNELLE.....	54
CHAPITRE 2 : CONVENTION D'ARBITRAGE.....	56
PREMIER SECTION:.....	57
NOTION ET TYPES DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE.....	57
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE.....	57
TITRE DEUX: OBSERVATIONS LIMINAIRES	57
TITRE TROIS: CONCEPT ET NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	59
1. CONCEPT DE CONVENTION D'ARBITRAGE.....	59
2. NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....	62
TITRE QUATRE: TYPES DE CONVENTIONS D'ARBITRAGE	64
1. CONVENTION D'ARBITRAGE PAR REFERENCE.....	64
2. CONVENTION D'ARBITRAGE INSEREE DANS DES CONTRATS D'ADHESION.....	66
SECTION DEUX:	71
FORMATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	71
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE.....	71
TITRE DEUX: CONDITIONS DE FORME	72
TITRE TROIS: CONDITIONS DE FOND	79
1. CONCLUSION DU CONTRAT	79
1.1 <i>Généralités</i>	79
1.2 <i>Éléments essentiels de la convention d'arbitrage</i>	81
1.2.1 Accord des volontés	81
1.2.2 Détermination des parties.....	82
1.2.2.1 Personnes physiques et morales de droit privé	83
1.2.2.2 Etats et entités publiques	84
1.2.2.3 Extension de la convention d'arbitrage.....	88
1.2.3 Détermination du litige.....	94
2. ARBITRABILITE OBJECTIVE	95
SECTION TROIS:	101
INTERNATIONALITE DE L'ARBITRAGE	101
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE.....	101
TITRE DEUX: INTERNATIONALITE FONDEE SUR LA NATURE DE LA CONTROVERSE.....	101
TITRE TROIS: INTERNATIONALITE FONDEE SUR LE DOMICILE OU LA RESIDENCE HABITUELLE	102
TITRE QUATRE: INTERNATIONALITE FONDEE SUR L'ASSOCIATION DES DEUX CRITERES	103
SECTION QUATRE:.....	106
SEPARABILITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE ET PRINCIPE DE <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>	106
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE.....	106
TITRE DEUX: AUTONOMIE OU SEPARABILITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	107

TITRE TROIS: PRINCIPE DE <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>	111
1. EFFET POSITIF	111
2. EFFET NEGATIF	117
SECTION CINQ:	124
EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	124
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE	124
TITRE DEUX: OBLIGATION DE SOUMETTRE LE LITIGE A L'ARBITRAGE	126
TITRE TROIS: INTERDICTION DE SOUMETTRE LE LITIGE A LA JURIDICTION ETATIQUE	131
TITRE QUATRE: OBLIGATIONS ACCESSOIRES	136
1. OBLIGATION DE CONFIDENTIALITE	137
2. OBLIGATION D'AGIR DE BONNE FOI	141
SECTION SIX:	145
EXTINCTION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	145
TITRE PREMIER: PRESENTATION GENERALE	145
TITRE DEUX: CAUSES D'EXTINCTION	145
CONCLUSIONS GENERALES ET THESES	150
CONCLUSIONS THEMATIQUES	150
COMMENTAIRE FINAL	161
THESES	162
INDEX	164
TABLE DES PRINCIPALES DÉCISIONS CITÉES	167
BIBLIOGRAPHIE	173

TABLE DES ABREVIATIONS

§	paragraphe
a	ancien(ne)
AAA	Association Américaine d'Arbitrage
Alba	Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique
ALENA	Accord de libre-échange Nord-Américain de janvier 1994
aD-Col	Décret colombien n° 1818 établissant le statut sur les mécanismes alternatifs de résolution des conflits du 7 septembre 1998, abrogé le 12 octobre 2012 par l'entrée en vigueur du nouveau Statut colombien d'arbitrage national et international (Loi n° 1563 de 12 juillet 2012)
aD-Pa	Décret-loi panaméen n° 5 établissant le régime général d'arbitrage, de la conciliation et de la médiation du 8 juillet 1999, abrogé le 8 janvier 2014 par l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi panaméenne d'arbitrage commercial nacional et international (Loi n° 131 du 31 décembre 2013)
al.	alinéa
art.	article
ASA	Association suisse de l'arbitrage
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
BID	Banque interaméricaine de développement
BIT	Bilateral investment treaty
Bull. ASA	Bulletin ASA
c.	considérant
CAC	Centre d'arbitrage et de conciliation (Colombie)
CAM	Centre d'arbitrage du Mexique
CAM Santiago	Centre d'arbitrage et médiation de Santiago (Chili)
CAMARB	Câmara de arbitragem empresarial (Brésil)
CAMCA	Centre d'arbitrage et de médiation commerciale pour les Amériques (Etats-Unis)
CAN	Communauté andine des nations
CCANI	Centre de conciliation et arbitrage national et international (Pérou)
CCI	Chambre de commerce internationale
CC-Ar	Code civil argentin du 1 ^{er} janvier 1871 (Loi n° 340)
CC-Bo	Code civil bolivien du 2 avril 1976
CC-Br	Code civil brésilien du 10 janvier 2002 (Loi n° 10406)
CC-Cl	Code civil chilien du 1 ^{er} janvier 1857
CC-Col	Code civil colombien de 1887 (Loi n° 57)
CC-Cr	Code civil costaricien du 19 avril 1885 (Loi n° 63)

CC-CH	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CC-Eq	Code civil équatorien du 20 novembre 1970
CC-Gu	Code civil guatémaltèque du 7 octobre 1963 (Décret législatif n° 106)
CC-Ho	Code civil hondurien du 1 ^e mars 1906 (Décret n° 76-1906)
CC-Mx	Code civil fédéral du Mexique du 26 mai, 14 juillet, 03 et 31 août 1928
CC-Pa	Code civil panaméen du 22 août 1926 (Loi n° 2)
CC-Py	Code civil paraguayen du 23 décembre 2012 (Loi n° 1183)
CC-Pe	Code civil péruvien du 24 juillet 1984 (Décret législatif n° 295)
CC-Rép.Do	Code civil de la République Dominicaine de 1949 (Loi n° 1930)
CC-Sv	Code civil salvadorien du 23 août 1859
CC-Uy	Code civil uruguayen du 10 octobre 1995
CC-Ve	Code civil vénézuélien du 26 juin 1986
CCo-Col	Code colombien de commerce de 1971 (Décret n° 419 du 27 mars 1971)
CCo-Mx	Code mexicain de commerce du 23 juillet 1993
CEMARC	Centre de médiation et d'arbitrage commercial de la Chambre argentine de commerce
CEMA	Centro empresarial de mediación y arbitraje (Argentine)
cf.	<i>confer</i>
CGP-Uy	Code uruguayen général de procédure du 18 octobre 1988 (loi n° 15.982)
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (RS 279), abrogé le 1 ^e janvier 2011 par l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse (CPC)
CIAC	Commission interaméricaine d'arbitrage commercial
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CMon	Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères de 1979 (Convention de Montevideo)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international
CNY	Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (Convention de New York)
CO	Code des obligations suisse : Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (RS 220)
cp.	comparer
CPA	Circulo peruano de arbitraje
CPa	Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international de 1979 (Convention de Panama)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPCCN	Code de procédure civile et commerciale de la nation de 1967 (argentine)
CPC-Col	Code de procédure civile colombien du 6 août 1970
Cst.Ar	Constitution de la Nation Argentine du 22 août 1994
Cst.Bo	Constitution politique de l'Etat de Bolivie du 7 février 2009

Cst.Br	Constitution de la République fédérative du Brésil du 5 octobre 1988
Cst.CH	Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst.Cr	Constitution politique du Costa Rica du 7 novembre 1949
Cst.Col	Constitution politique de la République de Colombie du 4 juillet 1991
Cst.Eq	Constitution de la République de l'Equateur du 28 septembre 2008
Cst.Es	Constitution espagnole du 27 décembre 1978, modifiée le 27 août 1992
Cst.Hn	Constitution de la République du Honduras du 11 janvier 1982
Cst.Cl	Constitution politique du Chili du 11 août 1980
Cst.Mx	Constitution politique des Etats-Unis du Mexique du 5 février 1917
Cst.Pa	Constitution politique de la République du Panama de 1972
Cst.Pe	Constitution politique du Pérou du 31 décembre 1993
Cst.Py	Constitution de la République du Paraguay du 20 juin 1992
Cst.Rép.Do	Constitution de la République Dominicaine du 26 janvier 2010
Cst.Sv	Constitution de la République du Salvador du 20 décembre 1983
Cst.Uy	Constitution de la République orientale de l'Uruguay de 1967
Cst.Ve	Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela du 30 décembre 1999
CVIM	Convention de Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (Convention de Vienne)
CWa	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (Convention de Washington)
D-Cub	Décret-loi cubain n° 250 sur la Cour cubaine d'arbitrage commercial international du 30 juillet 2007
D-lég	Décret législatif
éd.	édition
ex.	exemple
FOMIN	Fond Multilatéral des investissements
JDI	Journal de droit international (Paris)
JdT	Journal des tribunaux (Lausanne)
<i>Ibid.</i>	Ibidem
i.f.	In fine
IPA	Institut péruvien d'arbitrage
LA-Br	Loi brésilienne d'arbitrage n° 9.307/96 du 23 septembre 1996
LA-Cr	Loi costaricienne d'arbitrage commercial international n° 8937 du 27 avril 2011.
LA-Es	Loi espagnole d'arbitrage et de régulation de l'arbitrage institutionnel dans l'administration générale de l'Etat n° 60/2003 du 23 décembre 2003, modifiée le 20 mai 2011
LA-Gu	Loi guatémaltèque d'arbitrage, décret n° 67-95 du 10 mars 1995
LA-Pe	Loi péruvienne d'arbitrage, décret législatif n° 1071 du 27 juin 2008

LAC-Bo	Loi bolivienne d'arbitrage et conciliation n° 1770 du 10 mars 1997
LAC-CI	Loi chilienne d'arbitrage commercial international n° 19.971 du 29 septembre 2004
LACNI-Pa	Loi panaméenne d'arbitrage commercial national et international n° 131 du 31 décembre 2013
LAC-Rép.Do	Loi de dominicaine d'arbitrage commercial n° 489-08 du 30 décembre 2008
LAC-Ve	Loi vénézuélienne d'arbitrage commercial n° 36.430 du 7 avril 1998
LAM-Eq	Loi équatorienne d'arbitrage et médiation n° 000.RO/417 du 14 décembre 2006
LAM-Py	Loi paraguayenne d'arbitrage et médiation n° 1879/2002 du 24 avril 2002
LANI-Col	Loi colombienne établissant le Statut d'arbitrage national et international n° 1563 du 12 juillet 2012
LCA-Ho	Loi hondurienne de conciliation et d'arbitrage, Décret législatif n° 161-2000 du 29 décembre 2000
LDIP	Loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
let.	lettre
LFus	Loi fédérale suisse sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (RS 221.301)
LMA-Ni	Loi nicaraguayenne de médiation et arbitrage n° 540 du 25 mai 2005
LMCA-Sv	Loi salvadorienne de médiation, conciliation et arbitrage, Décret législatif n° 914 du 23 juillet 2002, modifiée le 1 ^{er} octobre 2009
LNav	Loi argentine de navigation n° 20.094 du 2 mars 1973
LPcon-Ar	Loi argentine sur la protection du consommateur n° 24.240 du 22 septembre 1993
LPcon-Col	Loi sur la protection du consommateur n° 1480 de 2011
LPcon-CI	Loi chilienne sur la protection des consommateurs n°19496 du 7 mars 1997
LPcon-Pa	Loi panaméenne sur la protection du consommateur n° 45 du 31 octobre 2007
LPcon-Py	Loi paraguayenne sur la protection du consommateur et de l'utilisateur n° 1334 de 1998
LRC-Cr	Loi costaricienne sur la résolution alternative de conflits et sur la promotion de la paix social, Décret législatif n° 7727 du 9 décembre 1997
LPcon-Uy	Loi uruguayenne sur la protection du consommateur n° 17250 du 11 août 2000
LSeg	Loi argentine des assurances n° 17.418 du 30 août 1967
LTVA	Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 2 septembre 1999 (RS 641.20)
MARC	Méthodes alternatives de résolution des conflits
Mercosur	Marché commun du sud
n.	note de bas de page
n°	numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile (France)
OEA	Organisation des Etats Américains
OMC	Organisation mondiale du commerce
p.	page(s)

p.ex.	par exemple
Règl. AAA	Règlement d'arbitrage international de l'AAA de 2010
Règl. CIAC	Règlement des procédures de la CIAC de 2002
Règl. CAMCA	Règlement d'arbitrage CAMCA de 1996
Règl. CCI	Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI de 2012
Règl. CH	Règlement suisse d'arbitrage international de 2004
Règl. CNUDCI	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010
Rev. arb.	Révue de l'arbitrage (Nancy)
RLA	Revista Lima Arbitration
RPA	Revista Peruana de Arbitraje
RO	Recueil officiel du droit fédéral suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen (Zürich)
s.	suivant(e)
ss	suivants(es)
TAS	Tribunal arbitral du sport
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TJCAN	Tribunal de justice de la Communauté andine des nations
UNASUR	Union des nations sud-américaines
UNIDROIT	Principes relatifs aux contrats du commerce international de l'Institut international pour l'unification du droit privé.
vol.	volume

INTRODUCTION

Cette introduction s'intéresse avant tout à la structure de la thèse. Pour une introduction plus détaillée, se référer à la présentation générale qui précède chaque section.

L'histoire de l'arbitrage international en Amérique latine peut être divisée en trois périodes. La première correspond à l'époque de l'après-indépendance (1820-1860 env.), période pendant laquelle les pays d'Amérique latine ont élevé au rang de précepte constitutionnel la notion d'arbitrage². La deuxième période, la période dite «Calvo» (1860 à 1990 env.), se caractérise par l'hostilité constitutionnelle développée par certains pays de la région à l'égard de l'arbitrage. Cette animosité est principalement le résultat des abus de la protection diplomatique des gouvernements en faveur de leurs ressortissants en Amérique latine³. Au sens de la doctrine «Calvo», les étrangers ne peuvent pas revendiquer du pays d'accueil plus de droits que les nationaux, spécialement en ce qui concerne la liquidation de dommages subis. En conséquence, le pays d'origine ne peut pas intervenir en faveur de ses citoyens. Bien au contraire, les étrangers restent exclusivement soumis au droit matériel de l'Etat d'accueil. En d'autres termes, CARLOS CALVO prônait d'une part le principe d'égalité entre Etats, et d'autre part le principe d'égalité entre ressortissants et étrangers⁴. La troisième période, celle de la «réémergence» de l'arbitrage (de 1990 env. à nos jours), se caractérise par la consécration de l'arbitrage international dans les sources constitutionnelles et législatives des pays de la région. Elle est motivée par une claire volonté politique d'ouverture économique. Les pays de la région visent cependant, cette fois-ci, à garantir aux nationaux et aux étrangers le libre accès à la justice arbitrale⁵.

La présente thèse a pour **objectif principal** l'étude de l'évolution du droit de l'arbitrage international en Amérique latine⁶. Nous nous concentrerons donc sur les modifications introduites dans les régimes latino-américains de l'arbitrage international durant la période que nous avons appelée «réémergence». Ainsi, par exemple, en 2004, le Chili s'est doté, pour la première fois de son histoire, d'une Loi sur l'arbitrage commercial international (LAC-CI), le Pérou a adopté en juin 2008 une nouvelle Loi d'arbitrage (LA-Pe), la République Dominicaine dispose d'une nouvelle Loi en la matière depuis le 19 décembre 2008 (LAC-Rép.Do), Le Salvador a apporté en octobre 2009 quelques modifications – jugées inappropriées – à sa Loi de Médiation, Conciliation et Arbitrage (LMCA-Sv; D-Lég n° 141 du 1^{er} octobre 2009), le Costa Rica a adopté une nouvelle Loi d'arbitrage international (LA-Cr) le 27 avril 2011. En Colombie, la nouvelle Loi n° 1563 d'arbitrage national et international est entrée en vigueur le 12 octobre 2012 (LANI-Col). Au Panama, la nouvelle Loi n° 131 d'arbitrage commercial national et international du 31 décembre 2013 est entrée en vigueur le 8 janvier 2014.

Cette évolution sera analysée au travers du prisme du droit suisse de l'arbitrage international. Il est constant que la Suisse jouit d'une large tradition arbitrale et qu'elle est l'un des principaux lieux de l'arbitrage international. Ainsi, le droit suisse nous servira de référence pour évaluer le développement de l'arbitrage international en Amérique latine.

² Cf. n. 410

³ Cf. FRUTOS-PETERSON, p. 22 ss; ZULETA JARAMILLO, p. 44. Ce dernier auteur commence son introduction par la description de la situation que traversait le Venezuela en 1902. Ainsi, selon lui, «dès le 9 décembre 1902, les côtes vénézuéliennes furent bloquées et bombardées par des navires de guerre de la Grande Bretagne et de l'Allemagne, rejointes par des vaisseaux italiens. Ces pays reçurent le soutien des Etats-Unis. Leur intention était de faire valoir les dettes que le gouvernement vénézuélien avait à l'égard des particuliers européens» (traduction libre). Le Mexique s'est retrouvé dans une situation similaire quarante ans plus tôt quand en 1860, la France a effectué une intervention militaire sur son territoire.

⁴ Cf. n. 28

⁵ Cf. n° 25 et n° 30. Nous préférons le terme de «réémergence» à celui d'«émergence» employé par CLAUDIA FRUTOS-PETERSON, car immédiatement après l'indépendance, l'arbitrage a connu dans cette région une brève période de stabilité durant laquelle son émergence s'est traduite par l'adoption, dans les jeunes constitutions post-coloniales des pays d'Amérique latine, des dispositions inspirées des art. 280 et 281 de la Constitution Politique de la Monarchie Espagnole de 1812 (cf. n° 21 ss; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 300). A titre d'exemples, l'art. 190 de la Constitution du Venezuela de 1830 disposait que «les Vénézuéliens ont la liberté de mettre fin à leurs différends au moyen d'arbitres» (traduction libre), l'art. 156 de la Constitution fédérale des Etats-Unis du Mexique de 1824 disait que «nul ne sera privé du droit de mettre fin à ses différends au moyen de juges arbitres, nommés par les deux parties, quel que soit l'Etat du lieu du jugement» (traduction libre), ou encore l'art. 162 de la Constitution politique de la République du Pérou de 1828, au sens duquel «aucun péruvien ne peut être privé du droit de mettre fin à ses différends au moyen de juges arbitres» (traduction libre). C'est donc naturellement qu'en octobre 1832, un tribunal arbitral composé de quatre arbitres a prononcé une sentence arbitrale qui a mis fin à un litige successoral opposant les héritières de Simon Bolivar, grand héros de l'indépendance sud-américaine (cf. ANZOLA ET CHEVERS, p. 62, n. 7). Ainsi, avec le regain d'importance de l'arbitrage, l'Amérique latine entend laisser derrière elle la sombre période CALVO, produit de l'abus de la protection diplomatique.

⁶ Les pays d'Amérique latine que nous avons analysés sont: l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, l'Equateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine, Le Salvador, l'Uruguay et le Venezuela.

- 4 La présente thèse débute par une analyse aussi complète que possible du **contexte normatif de l'arbitrage international** en Amérique latine et en Suisse, à savoir les **sources** (Chapitre 1 – première section). Cette première section se concentrera donc sur l'étude des **sources étatiques** – de nature constitutionnelle et de nature législative –, des **sources internationales** – il sera question des principales conventions internationales en la matière ainsi que de la Loi-type CNUDCI –, des **sources communautaires** – telles que l'Accord de libre-échange Nord-Américain ou l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international – et des **sources privées** – par exemple les règlements d'arbitrage des institutions arbitrales de rang international, régional ou national qui contribuent au rayonnement de l'arbitrage international, ou le rôle du précédent arbitral, terme que nous préférons à celui de jurisprudence arbitrale –.
- 5 La première section du Chapitre 1 est suivie d'une présentation des différentes théories sur la **nature juridique de l'arbitrage** (Chapitre 1 – section deux). Il s'agit d'un sujet polémique qui ne cesse de faire couler de l'encre, en ce sens que la détermination de la nature juridique de l'arbitrage comporte d'importantes conséquences pratiques eu égard aux intérêts juridiques en jeu. Ainsi, l'interaction entre la justice étatique et l'arbitrage, en ce qui concerne, par exemple, les recours contre les sentences arbitrales, la responsabilité des arbitres ou la prise de mesures provisionnelles, est régie en fonction de la nature juridique retenue. Outre la présentation des trois théories qui tentent de saisir la complexité de l'arbitrage – à savoir la théorie contractuelle, la théorie procédurale et la théorie mixte –, le **phénomène de la constitutionnalisation de l'arbitrage** en Amérique latine a, à notre avis, donné naissance à une nouvelle théorie: la théorie sur la nature constitutionnelle de l'arbitrage. Dans un contexte régional, cette théorie repose sur le postulat selon lequel l'arbitrage trouve sa source et ses limites dans la constitution.
- 6 Le dernier volet de cette thèse est consacré à l'étude détaillée de la **convention d'arbitrage** (Chapitre 2). En ce sens, un examen approfondi de la **notion et types des conventions d'arbitrage** (Chapitre 2 – première section) est proposé. Le lecteur y trouvera, dans un premier temps, des observations d'ordre général se rapportant à la qualification juridique de la convention d'arbitrage (Chapitre 2 – première section – titre 2). Ensuite, après l'analyse des éléments communs aux droits latino-américains et suisse, nous avons renoncé – du fait de l'attachement des régimes d'Amérique latine à la théorie procédurale, au concept de «justice de légitimité dérivée»⁷ et de la subsistance, dans un nombre réduit de pays, de la distinction entre *clause compromissoire* et *compromis* – à l'énonciation d'une définition commune du **concept de convention d'arbitrage**. Dès lors, deux définitions sont proposées. Nous avons retenu des notions qui saisissent les réalités de l'arbitrage en Amérique latine et en Suisse (Chapitre 2 – première section – titre 3). En outre, la **nature juridique de la convention d'arbitrage** sera évoquée (Chapitre 2 – première section – titre 3). Tout comme la nature juridique de l'arbitrage, la nature juridique de la convention d'arbitrage est un sujet controversé. En effet, plusieurs opinions coexistent; même si la doctrine majoritaire s'accorde sur le fait que la convention d'arbitrage est un *contrat de procédure*, d'autres secteurs de la doctrine la qualifie soit de véritable *contrat de droit privé* soit d'*acte juridique*. Enfin, nous analyserons la validité de la **convention d'arbitrage par référence** et de la **convention d'arbitrage insérée dans des contrats d'adhésion** (Chapitre 2 – première section – titre 4).
- 7 La convention d'arbitrage, en tant que contrat de droit privé, doit respecter des conditions formelles et matérielles de validité. Elles seront traitées dans la section dédiée à la **formation de la convention d'arbitrage** (Chapitre 2 – section deux). Les **conditions de forme** ont traditionnellement une fonction *ad validitatem* et *ad probationem*, raison pour laquelle la forme écrite et la signature des parties sont, en principe, exigées (Chapitre 2 – section deux – titre deux). Toutefois, des exigences moins rigoureuses sont adoptées par les législations d'un grand nombre de pays étudiés ici. C'est par exemple le cas de la Suisse où une approche consensuelle de la question domine. Dans ce pays, la forme écrite n'est qu'une exigence relative de validité. En ce qui concerne la validité d'une convention d'arbitrage conclue par oral, nous analyserons l'impact que les modifications de l'art. 7 Loi-type CNUDCI, intervenues en 2006, ont eu sur les régimes considérés. Quant aux **conditions de fond** (Chapitre 2 – section deux – titre trois), l'accent sera mis sur les éléments essentiels de la convention d'arbitrage et sur l'arbitrabilité objective de celle-ci. Au cours de cet examen, une place importante sera accordée à la problématique de l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers non signataire. Sur ce point, il faut saluer la codification de cette pratique à l'art. 14 de la Loi péruvienne d'arbitrage du 27 juin 2008.

⁷ Cf. n° 262; SILVA ROMERO 2005, *El consentimiento*, p. 149. Cf. sur la légitimité de l'arbitrage: OPPETIT 2006, p. 35 ss.

La détermination de l'**internationalité de l'arbitrage**, qui se fait à l'aide du critère matériel fondé sur la nature de la controverse, du critère formel fondé sur la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle des parties, et de l'association des deux premiers critères, sera exposée au Chapitre 2 – section trois de la thèse. Dans une grande majorité de pays de l'Amérique latine, un arbitrage est qualifié d'international lorsqu'au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties ont leur domicile, résidence habituelle ou établissement dans des États différents, lorsque les lois d'arbitrage retiennent un critère objectif ayant trait à la nature du litige, et lorsque les parties ont expressément convenu que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays. En Suisse, en revanche l'internationalité du litige ne repose pas sur un caractère matériel, mais sur un critère purement formel de nature géographique (art. 176 al. 1 LDIP). Il s'agit d'un critère beaucoup plus restrictif fondé sur des éléments subjectifs, c'est pourquoi l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international, la Convention européenne de 1961 ou encore la Loi-type CNUDCI préfèrent une approche croisée qui combine le critère matériel et le critère formel.

Le principe de la **séparabilité de la convention d'arbitrage** et le principe de **Kompetenz-Kompetenz** seront présentés au sein de la même section (Chapitre 2 – section quatre). L'analyse du **principe de la séparabilité** (Chapitre 2 – section quatre – titre deux) nécessite au préalable un exercice de délimitation terminologique à l'égard du terme «autonomie», sous lequel ce principe est également connu. Nous lui préférons le terme de «séparabilité», dans la mesure où celui-ci désigne la capacité d'interposer une distance entre deux choses. Ce terme appréhende mieux la nature du principe que celui d'«autonomie» qui désigne le droit de se gouverner par ses propres règles. En effet, le principe de la séparabilité assure à la convention d'arbitrage, dans certaines circonstances, l'indépendance par rapport au contrat de base, garantissant de la sorte son efficacité. Il en découle avant tout que la convention d'arbitrage ne suit pas nécessairement le sort juridiquement réservé au contrat de base. Ainsi, la nullité, l'annulabilité, l'inefficacité, la résolution, la résiliation ou la novation du contrat de base n'entraînent pas *ipso iure* les mêmes effets sur la convention d'arbitrage. Au surplus, nous sommes d'avis que le terme «autonomie» doit être employé pour désigner l'*autonomie juridique* de la convention d'arbitrage, alors que le terme «séparabilité» doit désigner son *autonomie matérielle* – acception qualifiant la séparabilité au sens où nous l'entendons ici –. En effet, la notion d'*autonomie juridique* englobe l'autonomie totale de la convention d'arbitrage, eu égard à n'importe quel droit national susceptible d'être appliqué. Parfois confondu avec le principe de la séparabilité, avec qui il a des liens très étroits, le **principe de Kompetenz-Kompetenz** (Chapitre 2 – section quatre – titre deux) sera analysé en fonction de ses deux effets, à savoir l'effet positif et l'effet négatif. Le premier autorise le tribunal arbitral à statuer, en cas de contestation, sur sa propre compétence, alors que le second interdit au juge étatique saisi au fond du litige, au mépris de l'existence d'une convention d'arbitrage, de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage et sur la compétence du tribunal arbitral. Ces deux effets ne doivent pas être confondus avec l'effet positif de la convention d'arbitrage qui consiste dans l'obligation de recourir à l'arbitrage en cas de litige et avec l'effet négatif de la convention qui interdit aux parties de saisir les tribunaux étatiques pour dirimer les litiges couverts par la convention d'arbitrage.

Les **effets de la convention d'arbitrage** (Chapitre 2 – section cinq) comprennent une pluralité d'obligations *de faire (facere)* dont la plus importante est l'obligation de soumettre le litige à l'arbitrage. Les parties sont également débitrices d'une obligation *de ne pas faire (non facere)* qui leur interdit de recourir au juge étatique. Les autres obligations positives sont des obligations accessoires contenant notamment l'obligation d'agir de bonne foi, l'obligation de faciliter la nomination des arbitres, l'obligation d'avancer les frais de l'arbitrage, l'obligation de confidentialité et l'obligation d'accepter le caractère obligatoire de la sentence arbitrale.

Nous estimons qu'il y a lieu de distinguer l'effet positif et l'effet négatif de la convention d'arbitrage de l'effet positif et l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*⁸. En effet, les premiers trouvent leur fondement dans la volonté des parties, alors que les deuxièmes trouvent leur source dans la loi⁹. Les effets de la convention d'arbitrage – en tant que contrat de droit privé – sont essentiellement de nature matérielle¹⁰. Les parties s'y engagent positivement à déférer aux arbitres les litiges visés par la convention, et négativement à ne pas

⁸ En ce sens, EMMANUEL GAILLARD pour qui «l'apparence d'acceptation uniforme du principe [de Kompetenz-Kompetenz] tient probablement au fait que l'on n'a pas suffisamment insisté sur la double fonction de la règle, qui, comme la convention d'arbitrage elle-même, a un effet positif et un effet négatif» (cf. GAILLARD 1999, p. 387).

⁹ Cf. n° 531 ss, n° 573 ss et n° 597 ss.

¹⁰ Cf. n° 310 ss et n° 573 ss.

recourir, en ce qui concerne les mêmes litiges, aux juridictions étatiques. En revanche, les effets de la compétence-compétence sont de nature procédurale, car son aspect positif autorise le tribunal arbitral à statuer, en cas de contestation, sur sa compétence, sous réserve du contrôle ultérieur du juge étatique, et son aspect négatif interdit au juge étatique saisi au fond du litige, au mépris de l'existence d'une convention d'arbitrage, de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage et la compétence du tribunal arbitral.

- 12 Enfin, le dernier volet de la thèse est consacré aux causes d'**extinction de la convention d'arbitrage** (Chapitre 2 – section six). Ces causes doivent avant tout être distinguées des causes d'extinction du contrat de base. En règle générale, en application du principe de la séparabilité, les motifs d'extinction du contrat de base n'affectent pas l'existence de la convention d'arbitrage, sauf si la nullité du contrat de base, par exemple, influe ou entraîne également la nullité de la convention d'arbitrage. Les causes d'extinction peuvent être ordinaires ou extraordinaires. Elle est notamment ordinaire lorsque l'objectif de la convention est atteint, c'est-à-dire lorsque le litige est tranché par une sentence arbitrale. Elle est extraordinaire, par exemple, lorsque son objectif ne peut plus être atteint.

CHAPITRE 1 :

SOURCES ET NATURE JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE

PREMIERE SECTION:**SOURCES DE L'ARBITRAGE****Titre premier: Présentation générale**

- 13 Cette section a pour intention de présenter un aperçu aussi complet que possible des diverses sources latino-américaines de l'arbitrage, dans l'état actuel de leur évolution. Dans un souci de cohérence et de clarté, nous traiterons également quelques sources communes à la Suisse et aux pays de l'Amérique latine. C'est par exemple le cas de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (CNY). A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que la réticence initiale de certains pays latino-américains à adopter la Convention de New York a été compensée par la promulgation et l'adoption d'un accord régional, la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, entrée en vigueur le 16 juin 1976, dite Convention de Panama (CPa)¹¹, aujourd'hui ratifiée par l'ensemble des Etats latino-américains, à l'exception de Cuba. Dans un contexte régional, cette convention traite les mêmes sujets abordés par la Convention de New York mais, à la différence de celle-ci, la Convention de Panama ne définit pas, par exemple, son champ d'application quant au type de sentences auxquelles elle s'applique (cp. art. I CNY)¹² ou reste vague sur des questions comme l'exception d'arbitrage (cp. art. II ch. 3 CNY). Dès lors une brève étude comparative s'impose
- 14 Il est important à nos yeux de nous pencher, de manière succincte, sur l'importance des changements législatifs entrepris ces dernières décennies par les pays latino-américains et la Suisse¹³. En Amérique latine, cette évolution s'est concrétisée au niveau international par la ratification des principales Conventions régionales et internationales sur le sujet. Au niveau interne, la plupart des pays faisant l'objet de cette étude a entrepris de grands travaux législatifs destinés soit à moderniser leurs lois sur l'arbitrage, soit à adopter une réglementation en la matière pour les pays qui n'en avaient pas¹⁴.
- 15 Nous reprendrons ci-après la classification traditionnelle des sources de l'arbitrage. Le titre deux aura pour objet l'étude des sources d'origine étatique, alors que le titre trois aura trait aux sources internationales¹⁵.
- 16 Cette classification s'est vue quelque peu modifiée par l'apparition d'une nouvelle catégorie: les sources d'origine communautaire. En Amérique latine, le Marché Commun du Sud (Mercosur), la Communauté Andine des Nations (CAN) ou encore l'Accord de Libre-Echange Nord-Américain (ALENA) constituent de bons exemples. Dépassant le cadre de cette étude, nous n'analyserons pas les sources européennes de l'arbitrage, comme par exemple le Traité instituant la Communauté européenne (TCE). En revanche, les sources latino-américaines d'origine communautaire seront traitées au titre quatre¹⁶.
- 17 Cette évolution a également été marquée par le développement des sources non étatiques, dites d'origine privée. Cette catégorie intègre des sources très variées. Ainsi, par exemple, nous exposerons au titre cinq le rôle que les institutions arbitrales de rang international, régional ou national, ainsi que leur règlements respectifs ont joué dans la diffusion de l'arbitrage international. Dans cette section, nous nous référerons également, d'une part, au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (Règl. CNUDCI) et, d'autre part, au concept de jurisprudence arbitrale, ou de précédent arbitral, terme que nous préférons, tout comme une partie de la doctrine.

¹¹ VON WOBESER, p. 259.

¹² PÉREZ PACHECO, p. 372; GÓMEZ-PALACIO, p. 218.

¹³ Le 1^{er} janvier 2011 est entré en vigueur le nouveau Code de procédure civile suisse (CPC). En matière d'arbitrage, son adoption a eu pour effet l'abrogation du Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA) qui réglementait l'arbitrage interne. Cette matière est désormais traitée aux art. 353 ss CPC.

¹⁴ Cf. n° 2.

¹⁵ Cf. n° 18 ss et n° 76 ss.

¹⁶ Cf. n° 153 ss.

Titre deux: Sources d'origine étatique

Les travaux de modernisation des systèmes législatifs ont principalement touché deux domaines: la modification des régimes constitutionnels et la réforme des lois sur l'arbitrage, c'est pourquoi, nous traitons séparément ci-dessous les sources constitutionnelles et les sources législatives. 18

1. Sources constitutionnelles

L'incorporation de l'arbitrage dans les textes constitutionnels ou la reconnaissance jurisprudentielle de ce mécanisme comme un moyen constitutionnellement valable de résolution des conflits est connue sous le nom de constitutionnalisation de l'arbitrage¹⁷. Ce phénomène se manifeste en particulier en Amérique latine, même si la question s'est posée en Italie et en Espagne¹⁸. C'est dernier pays a, pour des raisons évidentes, joué un rôle majeur dans le processus législatif de l'arbitrage international en Amérique latine, c'est pourquoi on s'y attardera brièvement. 19

Dans ce dernier pays, l'art. 117.3 de la Constitution espagnole (Cst.Es) octroie le pouvoir exclusif de rendre la justice aux juges et aux tribunaux étatiques. Nonobstant cette attribution de compétences, l'institution arbitrale trouve son fondement dans la liberté individuelle, liberté que la Constitution espagnole érige en valeur supérieure de l'ordre juridique (art. 1.1 et 9.2 Titre préliminaire, Cst.Es)¹⁹. Par ailleurs, le libre développement de la personnalité (art. 10.1 Cst.Es), ainsi que son corollaire, l'autonomie de la volonté, permettent aux particuliers d'aménager en toute liberté leurs relations juridiques. Il en découle que les particuliers sont habilités à soustraire à la juridiction étatique les litiges considérés comme arbitrables et à les soumettre à un tribunal arbitral. 20

Il est important de signaler que l'Espagne jouit d'une longue tradition arbitrale. Les antécédents constitutionnels de l'arbitrage dans ce pays remontent à la Constitution politique de la Monarchie Espagnole de 1812, mieux connue sous le nom de «Constitution de Cadix»²⁰. L'art. 280 de cette constitution consacrait «l'interdiction de priver tout Espagnol du droit de mettre fin à ses différends au moyen de juges arbitres, élus par les deux parties»²¹. En outre, l'art. 281 disposait que «la sentence prononcée par les arbitres s'exécutera, si les parties ne se sont pas réservé, au moment de la rédaction du compromis, le droit de faire appel»²². 21

Il va sans dire que la conception espagnole de l'arbitrage a trouvé une terre d'accueil fertile en Amérique latine, c'est pourquoi il n'est pas étonnant de voir dans certaines Constitutions latino-américaines contemporaines des articles présentant une ressemblance rédactionnelle avec l'art. 280 de la Constitution de Cadix. Ainsi, par exemple, l'arbitrage est érigé en un véritable droit constitutionnel par l'art. 110 de la Constitution du Honduras (Cst.Hn). Il est libellé comme suit: «aucune personne physique disposant de la libre gestion de ses biens ne peut être privée du droit de mettre fin à ses litiges civils par transaction ou arbitrage»²³. De même, l'art. 43 de la Constitution du Costa Rica (Cst.Cr) dispose que «toute personne physique a le droit de mettre un terme à ses différends patrimoniaux au moyen d'arbitres, même en cas de litispendance»²⁴. Enfin, l'art. 23 de la Constitution du Salvador (Cst.Sv) est également un bon exemple, son texte présentant des similitudes avec la disposition 22

¹⁷ Cf. FRUTOS-PETERSON, p. 91 ss; FRUTOS-PETERSON 1999, p. 11 ss; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 300 ss; CONEJERO ROOS 2009, p. 93 ss; SANTISTEVAN DE NORIEGA, p. 16-66; DE JESÚS O., p. 213-260; DE JESÚS O. 2008, *Le traitement constitutionnel de l'arbitrage*, p. 243 ss; DE JESÚS O. 2007; DE JESÚS O. 2006, p. 63 ss; MOLINA, p. 53 ss; SILVA ROMERO 2008, p. 269 ss; FERNÁNDEZ ROZAS, *La constitución mexicana y el arbitraje comercial*, p. 159 ss; CREMADES M. 2006, p. 185 ss; MARÍN GÁMEZ, p. 223 ss; MERINO MERCHÁN, p. 157 ss; SILVA BASCUÑÁN, p. 103 ss; HERNÁNDEZ-BRETÓN 2005, p. 23 ss; BENETTI SALGAR p. 83; ZULETA LONDOÑO, p. 65 ss; ABANTO TORRES, p. 137 ss.

¹⁸ CREMADES M. 2006, p. 185 ss; MARÍN GÁMEZ, p. 223 ss; MERINO MERCHÁN, p. 157 ss.

¹⁹ A ce propos, le Tribunal Constitutionnel espagnol confirme dans sa décision STC 009/2005 du 17 janvier 2005 sa jurisprudence sur le sujet en affirmant que «[...] l'arbitrage est un moyen hétéronome de résolution de controverses dont le fondement est l'autonomie de la volonté des individus, ce qui le lie constitutionnellement à la liberté en tant que valeur supérieure de l'ordre juridique (art. 1.1 Cst.Es) [...]» (Traduction libre). Remarquons que l'arbitrage en Espagne ne revête pas les caractéristiques d'un droit fondamental, comme se fut le cas dans la Constitution de Cadix de 1812.

²⁰ VILLALBA CUÉLLAR/MOSCOSO VALDERRAMA, p. 146; CONEJERO ROOS 2009, p. 93; DE JESÚS O. 2008, p. 217; MERINO MERCHÁN, *La Constitución de 1812*, p. 33 ss.

²¹ Traduction libre.

²² Traduction libre.

²³ Traduction libre.

²⁴ Traduction libre.

constitutionnelle hondurienne. Au sens de cette disposition, «[...] aucune personne physique disposant de la libre gestion de ses biens ne peut être privée du droit de mettre fin à ses litiges civils ou commerciaux par transaction ou arbitrage. Pour celles qui n'en ont pas la libre gestion, la loi déterminera les cas et les conditions dans lesquels elles pourront le faire»²⁵.

23 En Suisse, la question de la constitutionnalisation de l'arbitrage ne s'est, à notre connaissance, pas posée. Toutefois, ce qui vient d'être dit à propos de l'Espagne vaut, à notre avis, *mutatis mutandis* pour le droit suisse²⁶. De ce fait, l'arbitrage puise son fondement dans la liberté économique de l'art. 27 Cst.CH. Cette garantie constitutionnelle est mise en œuvre par le principe de la liberté contractuelle, élément juridique essentiel de l'autonomie de la volonté (art. 1 et 19 CO)²⁷.

24 Quant à eux, les pays latino-américains ont entrepris, dans les années 90, une campagne de modernisation de leurs *carta magna*. Cette initiative a eu pour résultat la reconnaissance constitutionnelle de l'arbitrage en tant que moyen alternatif de solution de controverses et l'abandon relatif de la doctrine CALVO²⁸.

25 La reconnaissance constitutionnelle de l'arbitrage répond essentiellement aux soucis du législateur d'assurer une protection effective des droits et garanties fondamentaux à l'occasion d'une procédure arbitrale et, de délimiter les compétences juridictionnelles de l'Etat. Dès lors, deux courants se sont développés en Amérique latine. Le premier classe le droit à l'arbitrage dans la section constitutionnelle relative aux droits et garanties fondamentaux²⁹, tandis que le second, répertorie ce droit dans le chapitre consacré à l'organisation judiciaire³⁰.

26 Le Pérou (art. 63 Cst.Pe) et la République Dominicaine (art. 220 Cst.Rép.Do)³¹ dérogent à ces courants en incorporant l'arbitrage dans les dispositions constitutionnelles sur le régime économique. A remarquer que Cuba et le Nicaragua ne font aucune mention de l'arbitrage dans leur constitution respective.

²⁵ Traduction libre.

²⁶ Cf. n° 20 s.

²⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, p. 321, n° 620 ss.

²⁸ Doctrine développée au 19^e siècle par le juriste argentin mais d'origine uruguayenne CARLOS CALVO selon laquelle il convenait de dénier aux étrangers tout traitement de faveur lors de différends avec l'Etat. Le postulat de cette doctrine est le suivant: les étrangers ne peuvent pas revendiquer du pays d'accueil plus de droits que les nationaux, spécialement en ce qui concerne la liquidation de dommages subis. En conséquence, le pays d'origine ne peut pas intervenir en faveur de son citoyen. Bien au contraire, les étrangers restent soumis exclusivement au droit matériel de l'Etat d'accueil. En d'autres termes, CARLOS CALVO prônait le principe d'égalité entre Etats, d'une part, et le principe d'égalité entre ressortissants et étrangers, d'autre part (cf. BIGGS GONZALO, p. 354 ss; TAMBURINI, p. 81 ss; HAMILTON, p. 650; PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES, p. 461; ZULETA JARAMILLO, p. 49; MARZORATI J. 2005, p. 78 ss). Des événements récents tels que les dénonciations de la Convention de Washington par la Bolivie, l'Equateur et le Venezuela font penser que la doctrine CALVO revient à nouveau sur les devants de la scène juridique latino-américaine (cf. n° 130 s.). Certains auteurs parlent désormais de renaissance de la doctrine CALVO (HAMILTON, p. 654 ss; DE JESÚS O. 2008, p. 216, pour qui le phénomène se limite «essentiellement au droit international des investissements et à l'arbitrage international organisé dans le cadre des instruments internationaux pour la promotion et protection des investissements» (traduction libre); CREMADES M., *Resurgence of the Calvo doctrine*, p. 53 ss; CREMADES M. 2004, p. 78 ss; FRUTOS-PETERSON, p. 37 ss, aborde la question de manière négative en se demandant si «nous sommes en train d'assister à la disparition de la Clause Calvo en Amérique latine?» Pour cet auteur, la réponse qui est complexe, la clause CALVO doit être reconsidérée, adaptée, en un mot réinterprétée afin qu'elle cesse d'entrer en conflit avec le développement actuel des pays latino-américains.

Les constitutions de la Bolivie et de l'Equateur nous fournissent les meilleures illustrations de la résurgence de la doctrine CALVO dans certains pays de la région. Ainsi, l'art. 366 Cst.Bo dispose qu'en matière d'hydrocarbures l'Etat «[...] ne reconnaîtra en aucun cas les tribunaux et les juridictions étrangères [...]»; cette norme précise également que les entreprises étrangères «[...] ne pourront ni faire appel à l'arbitrage international ni formuler des réclamations diplomatiques, même à titre exceptionnel [...]» (traduction libre). De plus l'art. 320 al. 2 Cst.Bo soumet, sans exception, les investissements étrangers à la juridiction, aux lois et aux autorités boliviennes. L'art. 422 Cst.Eq interdit la célébration «de traités ou d'instruments internationaux dans lesquels l'Etat renonce ou cède sa juridiction souveraine à des instances arbitrales internationales, à l'occasion des controverses contractuelles ou commerciales entre l'Etat et des personnes privées physiques ou morales» (traduction libre). L'al. 2 de cette disposition prévoit une exception à la prohibition générale du premier alinéa, en sens que sont autorisés «les traités [...] qui établissent la solution de controverses entre Etats et des citoyens en Amérique latine par des instances arbitrales régionales [...]» (traduction libre). Il s'agit là, à notre avis, d'un clin d'œil aux pays du Mercosur, de l'UNASUR et de l'Alba. Au regard de ce qui précède, il est judicieux de se demander si le constituant équatorien a voulu que plus aucun traité ou instrument international instaurant l'arbitrage comme moyen de résolution de conflits ne soit conclu avec un autre Etat, hormis les pays latino-américains (cf. PEREZ ORDOÑES/MARCHAN, p. 191-194).

²⁹ Le Costa Rica (art. 43 Cst.Cr), le Honduras (art. 110 Cst.Hn), Le Salvador (art. 23 Cst.Sv) et l'Uruguay (art. 57 Cst.Uy) adhèrent à ce courant.

³⁰ La Colombie (art. 116 Cst.Col), l'Equateur (art. 190 Cst.Eq), le Panamá (art. 202 Cst.Pa), le Paraguay (art. 248.2 Cst.Py) et le Venezuela (art. 258 Cst.Ve) en font parti.

³¹ En janvier 2010, la République Dominicaine s'est dotée d'une nouvelle Constitution. Elle est publiée dans la *Gaceta Oficial*, n°10561 du 26 janvier 2010. La nouvelle Constitution accorde à l'Etat et aux autres personnes de droit public la faculté de soumettre les controverses, issues des contrats passés avec des personnes physiques ou morales d'origine étrangère domiciliées dans le pays, à l'arbitrage interne ou international, en conformité avec la loi (art. 220 Cst.Rép.Do). Hormis la mention sur l'arbitrage frontalier avec le Haïti en cas de litige (art. 11 Cst.Rép.Do), la Cst.Rép.Do ne contient pas d'autres dispositions sur l'arbitrage. Notons qu'elle ne fait aucune mention à la capacité des personnes privées de recourir à l'arbitrage; cette faculté étant régie par la LA-Rép.Do. A l'instar de la nouvelle Constitution de la République Dominicaine, la Constitution du Panamá (art. 200 al. 4 Cst.Pa), du Pérou (art. 63 Cst.Pe) et du Salvador (art. 146 Cst.Sv) garantissent également à l'Etat le droit de recourir à l'arbitrage interne ou international.

La constitutionnalisation de l'arbitrage se matérialise aussi par les références directes ou indirectes que font les Constitutions des pays d'Amérique latine à l'arbitrage³². Ainsi, les Constitutions du Honduras (art. 110 Cst.Hn) et du Salvador (art. 23 Cst.Sv) garantissent directement aux personnes physiques disposant de la libre gestion de leurs biens, le droit de mettre un terme aux différends d'ordre civil, patrimonial, commercial ou contractuel par la voie d'une procédure arbitrale. Le Costa Rica (art. 43 Cst.Cr) et le Pérou (art. 62 Cst.Pe) reconnaissent également ce droit aux personnes physiques, sans pour autant le subordonner à la libre gestion de leurs biens. D'autres pays comme le Panama (art. 202 Cst.Pa)³³, l'Equateur (art. 191 Cst.Eq), et le Paraguay (art. 248 Cst.Py) se limitent à reconnaître l'institution de l'arbitrage comme moyen alternatif de résolution des conflits.

L'Uruguay (art. 57 Cst.Uy) et le Venezuela (art. 258 Cst.Ve), quant à eux, s'engagent à promouvoir le développement de l'arbitrage. Enfin, l'art. 116 de la Constitution colombienne stipule que «[...] *les particuliers peuvent être investis de manière transitoire de la fonction de rendre la justice en qualité [...] d'arbitres habilités à prononcer des sentences en droit ou en équité, selon les termes de la loi*»³⁴. Les Constitutions de la Colombie, de l'Uruguay et du Venezuela se réfèrent donc indirectement à l'arbitrage lorsqu'elles s'engagent à encourager cette institution ou à reconnaître l'aptitude des particuliers à devenir arbitres.

Au surplus, les Constitutions latino-américaines font également référence à l'arbitrage dans des domaines aussi divers que les conflits de travail³⁵, les querelles frontalières³⁶ ou les litiges dans le domaine des assurances sociales³⁷.

La constitutionnalisation de l'arbitrage, motivée en outre par une claire volonté politique d'ouverture économique, a sans nul doute, d'une manière générale, atteint son principal objectif: garantir aux nationaux et aux investisseurs étrangers le libre accès à la justice arbitrale. Cependant, le développement de ce phénomène et par voie de conséquence, la reconnaissance constitutionnelle de l'arbitrage n'atteint pas le même degré dans tous les pays³⁸. De ce fait, les inconvénients que pose cette pratique varient en intensité selon les Etats.

³² FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 300-304.

³³ Après une période d'incertitude, le gouvernement Panaméen a décidé en 2006 non seulement de reconnaître l'arbitrage comme moyen de résolution des controverses, mais a également décidé d'accorder à l'Etat la faculté de conclure des clauses compromissoires, sans autorisation préalable (art. 200 al. 4 Cst.Pa). En revanche, une autorisation est nécessaire en cas de compromis arbitral. Par ailleurs, le Panama a érigé le principe de *Kompetenz-Kompetenz* en principe constitutionnel (art. 202 Cst.Pa i.f.). Ces modifications constitutionnelles ont été motivées par les décisions du 13 décembre 2001 et du 11 juin 2003 de la Cour Suprême de Justice qui ont mis en péril la praticabilité de l'arbitrage au Panama (cf. n° 38 ss).

³⁴ Traduction libre.

³⁵ Argentine (art. 14bis Cst.Ar), Brésil (art. 114 al. 2 Cst.Br), Chili (art. 19 n° 16 Cst.Cl), Mexique (art. 107. V. d, 123 Cst.Mx), Le Salvador (art. 49 Cst.Sv).

³⁶ Colombie (art. 101 Cst.Col), Honduras (art. 9 Cst.Hn), Le Salvador (art. 146 Cst.Sv), la République Dominicaine (art. 11 Cst.Rép.Do) et le Venezuela (art. 10 Cst.Ve).

³⁷ Colombie (art. 48 Cst.Col).

³⁸ Le degré de constitutionnalisation se mesure, à notre sens, en fonction de l'importance que la doctrine et les tribunaux accordent à la mention de l'arbitrage dans la constitution du pays concerné. Voici quelques exemples: en Colombie, l'art. 116 Cst.Col reconnaît à l'arbitre l'exercice des pouvoirs de la fonction publique, en particulier celui d'administrer la justice. Dès lors deux remarques sont nécessaires: (1) la fonction juridictionnelle dont l'arbitre est investi trouve sa source dans la loi et non dans la volonté des parties (cf. n. 205; Décision de la Cour Suprême de Justice du 21 mars 1991; Décision de la Cour Constitutionnelle du 28 septembre 1995, C-431 de 1995; Décision de la Cour Constitutionnelle du 28 novembre 2002, C-1038 de 2002) et (2) en total accord avec sa fonction juridictionnelle, l'arbitre est investi, au même titre qu'un juge, du pouvoir de prononcer des mesures provisionnelles (Décision de la Cour Constitutionnelle du 6 juillet 1995, C-294 de 1995; Décision de la Cour Constitutionnelle du 28 septembre 1995, C-431 de 1995). En outre en Colombie, avant l'entrée en vigueur de la LANI-Col, l'art. 114 de la loi n° 23 de 1991, désormais abrogé, disposait que «*les arbitres ont les mêmes devoirs, pouvoirs et facultés que les juges [...] et répondent civil, pénal et disciplinairement selon les conditions que la loi réserve aux juges civils de l'arrondissement*» (traduction libre); cf. MOLINA, p. 53 ss; PEÑA CASTRILLON, p. 111 ss; TALERU RUEDA, p. 17 ss; ZULETA LONDOÑO, p. 78). Aujourd'hui en matière d'arbitrage international, l'art. 67 LANI-Col consacre le principe de *l'intégralité de l'arbitrage* selon lequel le juge étatique ne peut intervenir dans l'arbitrage que par voie d'exception. Ainsi, cette disposition signale qu'«*en ce qui concerne les matières régies par la présente section, aucune autorité judiciaire ne pourra intervenir, sauf dans les cas et pour les desseins que cette section dispose*» (traduction libre). Au Pérou, le Tribunal Constitutionnel va plus loin que son homologue colombien en considérant que «*la faculté des arbitres [...] ne découle pas de l'autonomie des parties [...], mais trouve son origine et, en conséquence, sa limite dans l'art. 139 de la Constitution.*» (Décision du 28 de février 2006, *Fernando Cantuarias Salaverry*, Exp. n° 6167-2005-PHC/TC; traduction libre). Le Panama est le seul pays de la région à avoir érigé le principe de *Kompetenz-Kompetenz* en principe constitutionnel (art. 202 Cst.Pa; cf. n° 38 ss). Au Venezuela, contre toute attente, la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice a donné à l'arbitrage une valeur de droit fondamental, alors même que l'art. 258 Cst.Ve est classé dans le chapitre III concernant le Pouvoir judiciaire et le Système de Justice (Décision n° 192 du 28 février 2008, *Bernardo Weiniger y otros c/Ley de protección al consumidor y al usuario*).

31 Certains pays latino-américains ont dû faire face à des recours d'inconstitutionnalité analogues aux *anti-suit injunctions* et aux *anti-arbitration injunctions*, bien connus des systèmes anglo-saxons³⁹. Ces recours portent sur l'efficacité du principe de *Kompetenz-Kompetenz* ou sur la validité de la clause compromissoire; ils peuvent également avoir pour objet la mise en place des recours parallèles aux recours en annulation ou l'instauration d'un double degré juridictionnel en matière d'arbitrage⁴⁰. En définitive, ces recours sont dirigés aussi bien contre les lois d'arbitrage que contre les sentences arbitrales.

32 Voici quelques domaines dans lesquels le droit constitutionnel et le droit de l'arbitrage se sont télescopés:

33 1. *Tribunal arbitral vs Tribunal d'exception*

34 Au Mexique⁴¹, dans un recours constitutionnel interjeté contre une décision portant sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, les demandeurs invoquaient l'inconstitutionnalité de l'arbitrage aux motifs que, premièrement, les tribunaux arbitraux étaient exclusivement constitués dans l'objectif de connaître d'un litige déterminé opposant des parties bien définies et, deuxièmement, qu'ils étaient dépourvus de la faculté de trancher un nombre indéterminé d'affaires de même nature. Pour les demandeurs, la notion de tribunal arbitral était donc englobée dans celle, certes plus large mais interdite, de tribunal d'exception.

35 En d'autres termes, la Cour Suprême de Justice du Mexique a dû répondre à la question de savoir si l'arbitrage (art. 1415 à 1463 CCo-Mx)⁴² était contraire aux art. 13, 14 et 16 Cst.Mx. Ces dispositions constitutionnelles consacrent les garanties d'égalité et de sécurité juridique devant les juridictions de l'Etat en interdisant, entre autres, la création de tribunaux d'exception.

36 La Haute Cour mexicaine répond à cette question par la négative, en considérant que les articles attaqués habilite les particuliers à soumettre leurs controverses à un tribunal arbitral au sein duquel les arbitres résolvent le litige en qualité de particuliers et non en tant que magistrats de l'Etat; raison pour laquelle les tribunaux arbitraux ne revêtent pas le caractère de tribunaux d'exception. La Cour Suprême de Justice précise également que les tribunaux arbitraux tirent leur légitimité de l'accord des volontés des parties d'exclure la juridiction étatique; motif pour lequel les tribunaux arbitraux ne sont pas non plus des tribunaux d'exception interdits par l'art. 13 Cst.Mx.

37 Enfin, la Haute Cour mexicaine, au moyen de cette décision, met en exergue la tradition commerciale mexicaine selon laquelle «*el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes [...], pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral*»⁴³. Nous sommes d'avis que la tradition mercantile mexicaine de donner préférence à la procédure choisie par les parties découle, du

³⁹ Ces recours prennent la forme d'*Amparo constitucional*, de *Tutela constitucional* ou encore de *Mandato de Segurança* au Brésil. Il s'agit des figures procédurales sommaires au moyen desquelles le citoyen peut réclamer au juge la protection de ses droits fondamentaux (cf. GAVIRIA, p. 87). Dans la grande majorité des pays latino-américains, ce moyen de recours peut être dirigé aussi bien contre les Etats, du fait de leurs actions ou omissions (contrôle vertical), que contre les personnes privées (contrôle horizontal). D'autres pays comme le Mexique, le Panama et le Brésil, limitent la portée du recours constitutionnel contre l'Etat. Enfin certains pays n'autorisent cette voie qu'à l'égard de certaines catégories de personnes, c'est le cas de la Colombie, de l'Equateur et du Honduras (cf. DE JESUS O. 2008, p. 237 ss et 243 ss; DE JESUS O. 2007, p. 391 ss; CAIVANO ROQUE, *Planteos de inconstitucionalidad*, p. 107 ss; SANTISTEVAN DE NORIEGA, p. 15 ss; SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Tribunal Constitucional y arbitraje*; SILVA ROMERO 2008, p. 269 ss; GRAHAM JAMES, *La figura mexicana del amparo*, p. 100 ss; VILLEGAS-CARRASQUILLA *La acción de tutela*, p. 324 ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, *La constitución mexicana y el arbitraje comercial*, p. 173 ss; IBAÑEZ NAJAR, p. 81 ss). En droit suisse, ils correspondent au recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 à 119 LTF). Toutefois, dans ce pays, un tel recours n'est pas ouvert en matière d'arbitrage (BESSON 2007, p. 16).

⁴⁰ Décision de la Cour Suprême de Justice du Costa Rica, SC, n° 12215 de 14:45h du 5 août 2009. A ce propos, il y lieu de mentionner le malheureux nouvel art. 66-A LMCA-Sv adopté le 1^o octobre 2010 et qui dispose que «*la sentence arbitrale prononcée à l'issue d'un arbitrage en droit est appelable avec effet suspensif [...]*» (traduction libre). Cette modification législative suppose un bond en arrière car elle institue un double degré juridictionnel en matière d'arbitrage.

⁴¹ Recours en révision 237/2004 du 28 avril 2004. Récemment, le Mexique a adopté une nouvelle *Ley de Amparo* (Loi sur la protection constitutionnelle). Elle a été publiée dans le Journal officiel le 02 avril 2013. Cette nouvelle législation élargie à son art 5 al. 2 la notion de «autorité responsable» en admettant que des particuliers revêtent cette qualité lorsqu'ils prennent des mesures comparables à celles prises par les autorités qui créent, modifient ou éteignent des situations juridiques de manière unilatérale et obligatoire (cf. art. 11 *Ley de Amparo*). De ce fait, se pose la question de savoir si l'arbitre doit être désormais considéré comme une «autorité responsable» dont les mesures – les sentences – peuvent faire l'objet d'un recours constitutionnel en vertu de la nouvelle loi. Au sens du second paragraphe de cette disposition, la qualité d'«autorité responsable» n'est accordée que lorsque (i) les particuliers prennent des mesures équivalentes à celles des autorités, (ii) les mesures affectent unilatéralement les droits des tierces personnes et, (iii) lorsque les facultés des particulier sont délimitées par une norme générale. Selon l'ex-ministre de la Cour Suprême de Justice de la Nation, GUILLERMO ORTIZ MAYAGOITIA, les deux dernières conditions cumulatives ne sont pas remplies car, d'une part, l'arbitre n'agit pas de manière unilatérale mais avec l'accord des parties à l'arbitrage. D'autre part, le magistrat, souligne que les compétences et facultés des arbitres sont déterminées par les parties en litige. Nous ne pouvons que célébrer cette interprétation *in favorem arbitri* qui, par ailleurs, est conforme aux principes de la Convention de New York et de la Convention de Panama, signées par le Mexique. Il ne reste plus qu'à espérer que les juridictions étatiques suivent cette analyse. Le texte de cette loi est consultable sur: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/w06028.pdf> (22.04.2014).

⁴² Au Mexique, le régime de l'arbitrage est réglé par le titre 4^o du livre 5 du Code de commerce (CCo-Mx).

⁴³ Art. 1051 CCo-Mx.

principe de la liberté contractuelle dont les art. 1415 à 1463 CCo-Mx sont l'expression. Sur la base des éléments ci-dessus exposés, la Cour Suprême de Justice du Mexique a conclu, à juste titre, que les articles 1415 à 1463 CCo-Mx sur l'arbitrage sont conformes à la constitution⁴⁴.

2. *Principe de Kompetenz-Kompetenz*

Au Panama, le droit de l'arbitrage a connu une courte période d'incertitude durant laquelle sa praticabilité a été mise à mal. La Cour Suprême de Justice du Panama, au travers de la décision du 13 décembre 2001⁴⁵, a déclaré contraire à l'art. 32 Cst.Pa⁴⁶, les paragraphes premier et troisième de l'art. 17 de l'ancien Décret-loi n° 5 du 8 juillet 1999 qui établissait le Régime général d'arbitrage, de la conciliation et de la médiation (D-Pa). La Haute Cour panaméenne a estimé que le principe de *Kompetenz-Kompetenz* prévu à l'art. 17 aD-Pa violait la garantie constitutionnelle d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

La Cour a retenu l'argument de la demanderesse selon lequel le tribunal arbitral ne pouvait objectivement pas être impartial, dans la mesure où l'intérêt personnel des arbitres l'emporterait lors de l'analyse d'une quelconque exception d'incompétence. Dans son dispositif, la Cour a estimé que l'application du principe de *Kompetenz-Kompetenz* avait pour effet de contraindre une partie, pour autant que le litige tombe dans le champ d'application de la convention arbitrale, à se soumettre au tribunal arbitral, quand bien même elle conteste sa compétence (effet positif).

Selon la Cour, ce principe a donc pour effet d'entraver l'accès à la justice étatique à la partie soulevant une exception d'incompétence, ce qui est contraire à l'art. 32 Cst.Pa. Cette décision a eu comme conséquence le renvoi des procédures arbitrales pendantes devant la justice ordinaire. Cette malencontreuse situation, dont l'origine est à chercher dans la méconnaissance des spécificités du droit de l'arbitrage, a été corrigée en 2006 par un amendement constitutionnel⁴⁷. Ainsi, au sens de l'art. 202 Cst.Pa, les tribunaux arbitraux sont compétents pour connaître et se prononcer sur leur propre compétence.

3. *Inconstitutionnalité de la clause compromissoire*

Au Brésil, à l'occasion de l'examen d'une demande d'homologation d'une sentence étrangère rendue en Espagne, l'un des membres de la Cour Suprême Fédérale du Brésil (*Supremo Tribunal Federal*), a mis en cause, par voie de question incidente, la constitutionnalité de la LA-Br⁴⁸. L'étude du grief d'inconstitutionnalité a duré 5 ans, période durant laquelle l'incertitude sur la viabilité de l'arbitrage dans ce pays a régné.

On contestait en particulier la constitutionnalité de la clause compromissoire. Le demandeur estimait que l'arbitrage ne pouvait porter que sur un litige né et actuel. Pour ce dernier, la clause compromissoire qui recouvre des différends indéterminés – mais déterminables – et futurs ne peut pas porter sur des droits disponibles à l'instar du compromis.

Par décision du 12 décembre 2001⁴⁹, le *Supremo Tribunal Federal* du Brésil a jugé, par sept voix contre quatre, que la LA-Br était conforme à la Constitution et ne violait pas la garantie constitutionnelle de l'universalité de la juridiction du pouvoir judiciaire ou le principe constitutionnel de l'inséparabilité du pouvoir judiciaire⁵⁰. La Cour Suprême Fédérale du Brésil a considéré que, en ce qui concerne les matières disponibles où l'autonomie de la volonté prime, la Constitution brésilienne n'empêche pas aux parties de renoncer volontairement à la juridiction étatique⁵¹. De plus, la Haute Cour brésilienne reconnaît la validité de la clause compromissoire en affirmant que dans le cadre d'une clause compromissoire, les parties ne renoncent pas *in abstracto* aux juridictions étatiques, mais qu'elles le font en relation avec les droits disponibles découlant du contrat.

⁴⁴ Cf. n° 34 ss.

⁴⁵ Décision du 13 de décembre de 2001 (*Pysca Panamá, S.A.*), publié dans la *Gaceta oficial* n° 24.470 du 15 janvier 2002, p. 78. Cf. Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 579-1999, du 11 juin 2003.

⁴⁶ Cette disposition garantit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

⁴⁷ Loi n° 15 du 22 mai 2006.

⁴⁸ La demanderesse considérait que la clause compromissoire était contraire à l'art. 5 XXXV Cst.Br qui consacre le principe de l'inséparabilité du pouvoir judiciaire. Cf. WALD/SHELLENBERG, p. 432 ss.

⁴⁹ Recours en sentence étrangère STF-SE-5.206 du 12 décembre 2001.

⁵⁰ MENDONÇA DE MENEZES, p. 378; WIDDEROWITZ NETO/CARVALHO/AZEVEDO CORRÊA/MARTINS DE OLIVEIRA, p. 171.

⁵¹ CAIVANO ROQUE 2008, p. 87; AMIGO ROMÁN, p. 335.

46 A cette occasion, le *Supremo Tribunal Federal* du Brésil a également répondu à la question de savoir si la conclusion d'un compromis était nécessaire pour rendre efficace la clause compromissoire signée par les parties au contrat. Pour la Haute Cour brésilienne, une clause compromissoire qui prévoit un accord sur les modalités de constitution du tribunal arbitral ou, un accord portant sur l'intervention d'une institution d'arbitrage dispense de la conclusion d'un compromis. Dans sa décision, le *Supremo Tribunal Federal* distingue deux situations, à savoir: la clause compromissoire dite «*blanche*»⁵² et la clause compromissoire dite «*pleine ou complète*»⁵³. La dispense de compromis ne concerne que cette dernière⁵⁴.

47 4. *Recours constitutionnels analogues aux anti-suit injunctions*

48 Un autre exemple frappant de l'utilisation abusive et détournée des recours constitutionnels est l'affaire vénézuélienne *Corporación Todosabor, C.A. c/ Hagggen Dazs International Shoppe Company, Inc.*⁵⁵. In casu, *Todosabor C.A.*, après avoir été condamné par un tribunal arbitral soumis aux règles de l'AAA dont le siège se trouvait à Miami, a décidé d'interjeter une *acción de Amparo Constitucional* dans le but de faire prononcer l'effet suspensif de la sentence arbitrale, puis sa nullité⁵⁶. *Todosabor C.A.* invoquait la violation des ses droits fondamentaux; en particulier des droits de la défense et de la garantie au procès équitable.

49 La décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice du Venezuela a ceci de particulier, qu'en dépit de son incompétence pour juger cette affaire, la décision contenait une opinion dissidente⁵⁷. Dans un écrit longuement motivé, la présidente de la Salle Constitutionnelle expose les raisons pour lesquelles le tribunal compétent devait rejeter l'*Amparo Constitucional*. Selon elle, cette action devait être rejetée dans la mesure où l'on prétendait substituer de manière abusive l'*Amparo Constitucional* aux mécanismes spécifiques du contrôle judiciaire des sentences arbitrales, en relation avec la validité, l'exécution ou la reconnaissance des sentences étrangères, prévus par la LAC-Ve et les traités internationaux que le Venezuela a signés⁵⁸.

50 Fort heureusement, le Tribunal Supérieur de Caracas a retenu les arguments ci-dessus mentionnés et a déclaré l'irrecevabilité *in limine* de l'action constitutionnelle intentée par *Todosabor C.A.*, en ce sens qu'elle n'était pas la voie de recours appropriée contre les sentences arbitrales⁵⁹. Cette décision de rupture avec l'ancienne jurisprudence de la Salle Constitutionnelle du Venezuela doit être saluée par l'ensemble de la doctrine arbitrale latino-américaine. En effet, avant l'arrêt commenté, le Venezuela avait admis la contestation des sentences arbitrales au moyen de l'*Amparo Constitucional*⁶⁰.

51 5. *Violation des droits fondamentaux:*

52 Une autre affaire qui a retenu toute notre attention est le cas colombien *Departamento del Valle c/ Concesiones de infraestructura S.A.* du 11 mai 2005. Au travers de cette décision, la Salle de Révision de la Cour Constitutionnelle colombienne a considéré que le Tribunal arbitral avait violé le droit constitutionnel au procès équitable de cette collectivité publique, ce qui, à son avis, justifiait l'annulation de la sentence arbitrale⁶¹.

⁵² La clause compromissoire «*vazia*» ou «*blanche*» est celle qui reste vague sur les modalités de constitution du tribunal arbitral. L'art. 7 § 7 LA-Br permet à une partie de recourir au juge pour qu'il se substitue à la volonté de l'autre partie qui, en dépit de l'existence d'une clause compromissoire, se refuse à l'arbitrage. Au sens de cet article, la décision du juge aura valeur de *compromis judiciaire*. A noter que le jugement dans lequel le compromis judiciaire est prononcé est soumis au double degré de juridiction. La solution apportée par la LA-Br fait du régime brésilien un régime hybride dans lequel la clause compromissoire sera autosuffisante dans certains cas, tandis que dans d'autres situations le compromis sera requis (CAIVANO ROQUE 2008, p. 89 s.; BOSCO LEE 1997, p. 199 ss).

⁵³ La clause compromissoire «*cheia*» ou «*pleine*» est celle qui prévoit les modalités de désignation des arbitres par référence ou non au règlement d'arbitrage d'une institution arbitrale.

⁵⁴ Cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 88 s.; FRUTOS-PETERSON, p. 278 s.; BOSCO LEE/DE MELLO VALENCIA FILHO, p. 529-536.

⁵⁵ TSJ/SCO/n° 174, *Corporación Todosabor C.A. c/ Hagggen Dazs International Shoppe Company, Inc.*, 14 février 2006. Opinion dissidente: Luisa Estella Morales Lamuño.

⁵⁶ Cf. DE JESÚS O. 2008, *Le traitement constitutionnel de l'arbitrage*, p. 253.

⁵⁷ Le Tribunal Suprême de Justice du Venezuela a estimé que les sentences arbitrales étrangères peuvent faire l'objet d'une «*acción de Amparo Constitucional*» uniquement devant les Tribunaux Supérieurs et non devant la Salle Constitutionnelle.

⁵⁸ Notamment la Convention de New-York de 1958 et la Convention de Panama de 1975.

⁵⁹ Décision du Sixième Tribunal Supérieur, *Corporación Todosabor, C.A. c/ Hagggen Dazs International Shoppe Company, Inc.*, du 9 juin 2006.

⁶⁰ TSJ/SCO/n° 2.635, *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A.*, du 19 novembre 2004, Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán; TSJ/SCO/n° 1981, *Venezolana de Televisión, C.A. c/ Electronica Industrial S.P.A.*, du 16 octobre 2001, Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz.

⁶¹ Décision de la Cour Constitutionnelle, T-481 du 11 mai 2005. La Cour Constitutionnelle reproche en particulier au Tribunal arbitral d'avoir statué sur une matière non arbitrable. A noter que la Haute Cour colombienne a considéré également qu'en principe «*l'action de "Tutela constitucional" n'est pas la voie adéquate pour contester les sentences arbitrales [...], mais que l'action de tutela constitucional est exceptionnellement recevable lorsque la sentence arbitrale implique une rupture flagrante, ostensible et grave d'une norme constitutionnelle ou légale qui régit la matière, c'est-à-dire, en cas de voie de fait [...]*» (traduction libre).

La décision de la Cour Constitutionnelle colombienne nous amène à faire deux constatations pour le moins inusuelles. D'une part, aux yeux de la Cour, la protection des droits fondamentaux justifie l'auto-attribution des fonctions juridictionnelles qui en temps normal appartiennent à d'autres juges. Dans le cas d'espèce, la Cour Constitutionnelle colombienne a annulé une sentence arbitrale dont l'annulation avait été refusée par le tribunal compétent, à savoir le Conseil d'Etat⁶². D'autre part, nous partageons l'avis d'une partie de la doctrine arbitrale selon lequel, au travers de cette décision, la Haute Cour colombienne a méconnu de manière grossière la théorie générale sur la protection des droits fondamentaux, en reconnaissant à une entité publique la titularité des tels droits⁶³. En effet, cette décision confirme non seulement le rôle de garant et débiteur des droits fondamentaux de l'Etat, mais fait de lui également un créancier de ces mêmes droits, dont la violation peut être invoquée par l'Etat et les entités publiques qui le composent. Autrement dit en Colombie, l'Etat est habilité à invoquer les violations des droits fondamentaux dont les particuliers seraient les auteurs !

Le 14 mars 2007, la Cour Constitutionnelle colombienne, réunie en séance plénière, a annulé la décision controversée du 11 mai 2005⁶⁴. Par la même occasion, elle a avalisé la compétence des tribunaux arbitraux pour trancher les controverses ayant trait aux effets économiques des actes administratifs pris entre la conclusion et l'extinction des contrats conclus avec l'Etat, à condition qu'ils n'aient été pris dans l'exercice des pouvoirs exceptionnels de l'administration⁶⁵. La Haute Cour colombienne n'a, à notre avis, su saisir l'opportunité de se prononcer sur l'utilisation de voies de recours inadéquates contre des sentences arbitrales, tels les recours constitutionnels. Alors qu'elle aurait pu – mieux dû – décliner sa compétence en faveur du Conseil d'Etat colombien et, à l'instar de son homologue vénézuélien⁶⁶, écarter définitivement l'application de la *Tutela Constitucional* comme voie de recours contre les sentences arbitrales, elle a confirmé sa jurisprudence de 2005 selon laquelle la *Tutela Constitucional* est exceptionnellement recevable lorsque la sentence arbitrale implique une violation directe d'un droit fondamental. Au sens de la Cour constitutionnelle colombienne, «*cette approche jurisprudentielle s'explique par (a) la stabilité juridique dont les sentences arbitrales jouissent, (b) la nature exceptionnelle de la résolution de conflits au moyen de l'arbitrage, (c) le respect de la volonté des parties de soumettre la résolution de leurs controverses à un particulier spécifiquement habilité pour cela et non aux juges étatiques, et (d) le caractère restrictif des voies judiciaires de contrôle des décisions proférées par les arbitres*»⁶⁷. A noter que dans une décision encore plus récente, la Cour Constitutionnelle colombienne a subordonné l'action de *Tutela Constitucional* contre les sentences arbitrales au respect de deux conditions: (i) l'épuisement des voies de recours prévus par la loi pour attaquer la décision arbitrale et (ii) l'existence d'une voie de fait⁶⁸.

Force est de constater que la jurisprudence que les Cours Constitutionnelles et Hautes Cours d'Amérique latine ont développée dans ce domaine amplifie et renforce le désordre juridique que le phénomène de la constitutionnalisation de l'arbitrage a semé dans les pays latino-américains⁶⁹. Ce désordre se concrétise, avant tout, par le recours croissant aux actions d'*Amparo ou Tutela Constitucional* soit avant la constitution du tribunal arbitral, soit pendant la procédure arbitrale ou soit au terme de celle-ci contre la sentence arbitrale⁷⁰. Ces recours ont clairement pour objectif le contournement de la convention d'arbitrage, l'éviction des procédures conformes

⁶² Le Conseil d'Etat, qui est de même rang que la Cour Constitutionnelle, est dans le système judiciaire colombien, la plus haute Cour compétente en matière de contentieux administratif. Il est le juge naturel des recours en annulation contre des sentences arbitrales dont l'une des parties est une entité Etatique (art. 162 aD-Col; art. 46 al. 3 et art. 68 al. 3 LANI-Col).

⁶³ Cf. SILVA ROMERO 2008, p. 275; DE JESÚS O. 2007, p. 392 ss.

⁶⁴ Décision de la Cour Constitutionnelle, SU-174 de 2007, *Departamento del Valle c/Concesiones de infraestructura S.A.*, du 14 mars 2007.

⁶⁵ POSSE VELASQUEZ, p. 105 s.; Remarquons que le Conseil d'Etat s'était prononcé favorablement sur cette question dans sa Décision, n° 16973, du 8 juin 2000, M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶⁶ Cf. n° 48 ss.

⁶⁷ Traduction libre.

⁶⁸ Décision de la Cour Constitutionnelle colombienne, T-466, du 9 juin 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Cf. n. 61 pour la définition de la notion de voie de fait en droit colombien.

⁶⁹ Cf., FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 302; DE JESÚS O. 2008, p. 235; SILVA ROMERO 2008, p. 275.

⁷⁰ Ce désordre se matérialise également par la mise sur pied d'un système juridique «*parallèle*» de contrôle des sentences arbitrales (cf. SILVA ROMERO 2008, p. 271; DE JESÚS O. 2008, p. 235). En règle générale, il est admis que les recours constitutionnels interjetés à l'encontre des sentences arbitrales ne sont recevables qu'à la condition d'avoir épuisé préalablement toutes les voies ordinaires de droit (Décision de la Cour Constitutionnelle colombienne, SU-174 de 2007, *Departamento del Valle c/Concesiones de infraestructura S.A.*, du 14 mars 2007; Décision de la Cour Constitutionnelle colombienne, T-466, du 9 juin 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Décision du Tribunal Suprême de Justice du Venezuela, TSJ/SCO/n° 827, *Grupo inmensa, C.A. y otros c/ Soficrédito banco de inversión, C.A.*, du 23 mai 2001; Décision de Tribunal Constituionnel péruvien du 28 de février 2006, en el juicio de *Fernando Cantuarias Salaverry*, Exp. n° 6167-2005-PHC/TC; cf. TALERO RUEDA, p. 404; SANTISTEVAN DE NORIEGA, p. 47; ABANTO TORRES, p. 193).

aux lois d'arbitrage et aux règlements d'arbitrage, l'annulation de la sentence ou encore la suspension de ses effets⁷¹.

56 Pour ces raisons, nous sommes d'avis que ce fondamentalisme constitutionnel torpille les efforts déployés dans le but de faire de l'arbitrage latino-américain une institution fiable et efficace; il constitue un véritable frein au développement de l'arbitrage dans certains Etats de la région⁷². En effet, le prestige d'une place arbitrale et l'efficacité des sentences y prononcées ou susceptibles d'y être exécutées sont intimement liés à la rapide exécution de ces dernières et à l'assurance qu'elles ne feront pas l'objet de recours capricieux. Les parties sont en droit d'attendre des tribunaux étatiques qu'ils collaborent au bon déroulement de la procédure arbitrale (p.ex. par le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires ou, des mesures facilitant la rapide exécution de la sentence, etc.) et non qu'ils deviennent un facteur d'entrave à la célérité et à l'efficacité de ce moyen de résolution des controverses⁷³.

57 Au surplus, nous sommes d'avis qu'en Amérique latine, la protection des garanties constitutionnelles par voie de *Tutela Constitucional* o *Amparo Constitucional* est superflue à l'occasion d'une procédure arbitrale, car le contrôle de la conformité de l'arbitrage à l'ordre public est pleinement satisfait par le recours en annulation exercé contre la sentence arbitrale⁷⁴. La finalité de ce type de recours n'est pas le contrôle quant au fond de la cause, mais de sa conformité à quelques principes limitativement énumérés et jugés fondamentaux. Ainsi, une sentence arbitrale peut être annulée pour cause de vices de procédure, tels la constitution irrégulière du tribunal arbitral, la violation des droits de la défense, le déni de justice, la violation du droit d'être entendu, le prononcé d'une sentence *infra* ou, *ultra* ou *extra petita*, la déclaration erronée de la compétence ou de l'incompétence du tribunal arbitral ou la contrariété à l'ordre public⁷⁵.

2. Sources législatives

58 Outre les sources constitutionnelles, les sources internes sont constituées par les règles d'arbitrage élaborées par chaque pays⁷⁶. Elles ont comme caractéristique essentielle la particularité de reconnaître aux parties la possibilité de recourir à l'arbitrage⁷⁷. Motivés par un profond désir de se défaire de l'étiquette de pays «hostiles»

⁷¹ A cela s'ajoutent les conséquences perverses des décisions des Cours Constitutionnelles et Hautes Cours d'Amérique latine lorsqu'elles vont à l'encontre des intérêts de l'arbitrage. Des arrêts ci-dessus exposés, nous avons notamment soulevé les effets négatifs suivants: Au Panama, les arbitrages postérieurs à la décision d'inconstitutionnalité des paragraphes premier et troisième de l'art. 17 aD-Pa ont dû être déferés à la justice civile; justice à laquelle les parties au conflit voulaient justement se soustraire (cf. n° 41). Dans l'affaire *Departamento del Valle c/ Concesiones de infraestructura S.A.* du 11 mai 2005, la Cour Constitutionnelle colombienne a, à notre sens, dénaturé l'essence même des droits fondamentaux en intégrant dans leur champ de protection les entités publiques (cf. n° 53). Cette fondamentalisation des droits constitutionnels fragilise de toute évidence la place arbitrale colombienne. Le Tribunal Constitutionnel du Pérou dans l'affaire du 28 février 2006, n° 6167-2005-PHC/TC a réduit considérablement la portée du principe de l'autonomie de la volonté en déclarant que la faculté des arbitres de trancher un litige trouve son fondement dans la Constitution (art. 139 al. 1 Cst.Pe) et non dans la volonté des parties. Cette approche va à l'encontre de l'opinion unanimement admise selon laquelle l'arbitrage tire sa légitimité de la volonté des parties (cf. n. 38).

⁷² Cf., ZULETA LONDOÑO, p. 99; MANTILLA-SERRANO, p. 601. Ce dernier auteur évoque l'éventualité de voir la constitutionnalisation de l'arbitrage se transformer en un «cadeau empoisonné».

⁷³ C'est pour cette raison que le choix du lieu du siège de l'arbitrage doit être mûrement réfléchi ou du moins laissé à une institution arbitrale. Dans la mesure où l'élection du siège entraîne l'application de la loi d'arbitrage du siège choisi, cette élection a de toute évidence des conséquences procédurales pouvant se rapporter au prononcé de la sentence, sa viabilité, sa reconnaissance ou son exécution (cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2007, p. 26, 37-40, 43; MANTILLA-SERRANO, p. 571, n. 25; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 48, n° 110; *plus nuancé*: CLAY 2007, p. 205, pour qui le choix du siège de l'arbitrage permettrait uniquement d'éviter les *anti-suit injunctions*; *contra*: DE JESÚS O. 2008, p. 232).

⁷⁴ Il y a lieu de signaler les nouvelles lois d'arbitrage de la Colombie (art. 107 LANI-Col), du Costa Rica (art. 34 LA-Cr), de Panama (art. 66 LACNI-Pa), du Pérou (art. 62 LA-Pe) et de la République Dominicaine (art. 39 LAM-Rép-Do) disposent que le recours en annulation est la seule voie de recours mise en place contre la sentence arbitrale. Au surplus, l'art. 66 LACNI-Pa précise que le recours en annulation est la voie appropriée pour «protéger tout droit constitutionnel menacé ou violé au cours de l'arbitrage ou dans la sentence» (traduction libre).

⁷⁵ Cf. art. V CNY, art. 5. CPa, art. 190 al. 2 LDIP (Suisse), art. 63 LAC-Bo (Bolivie), art. 32 LA-Br (Brésil), art. 108 LANI-Col (Colombie), art. 34 LA-CR (Costa Rica), art. 34 LAC-Cl (Chili), art. 31 LAM-Eq (Equateur), art. 67 LMCA-Sv (Le Salvador), art. 43 LA-Gu (Guatemala), qui curieusement le qualifie de *recours en révision*, art. 73 LCA-Hn (Honduras), art. 1457 CCo-Mx (Mexique), art. 58 et 61 LMA-Ni (Nicaragua), art. 67 LACNI-Pa (Panama), art. 40 LAM-Py (Paraguay), art. 62-66 LA-Pe (Pérou), art. 39 LAM-Rép-Do (République Dominicaine), art. 44 LAC-Ve (Venezuela). En l'absence de lois d'arbitrage en Argentine et en Uruguay (cf. n° 66 s.), les causes d'annulation des sentences arbitrales sont directement déterminées par les art. V CNY, par l'art. 5. CPa et par l'art. 22 de l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international au Mercosur du 23.07.1998. A Cuba, la loi sur l'arbitrage commercial international ne traite pas du recours en annulation, c'est pourquoi les causes et modalités d'un tel recours sont régies également par l'art. V de la CNY et par l'art. IX de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21.04.1961 à laquelle cette nation a adhéré en 1964.

⁷⁶ Pour une analyse approfondie de l'état actuel de la législation arbitrale en Amérique latine voir: AMIGO ROMAN, p. 331; CANTUARIAS SALAVERRY; CONEJERO ROOS 2005, p. 89 ss; CONEJERO ROOS 2004, p. 255 ss; CONEJERO ROOS 2009, p. 57 ss; FERNÁNDEZ ROZAS 2007, p. 45 ss; FERNÁNDEZ ROZAS 2008 p. 212 ss; MENDONÇA DE MENEZES, p. 375 ss; MANTILLA-SERRANO, p. 561 ss; SALERNO URBANO, p. 233 ss; VON WOBESER, p. 257 ss; FOLLONIER-AYALA, p. 15 ss; FOLLONIER-AYALA 2013, p. 110 ss.

⁷⁷ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 12, n° 55.

à l'arbitrage, les pays latino-américains ont entrepris, dès la fin du 20^e siècle, de grands travaux législatifs destinés soit à moderniser leur lois d'arbitrage, soit à adopter une réglementation pour les pays qui n'en avaient pas⁷⁸.

Conscients du retard législatif accumulé à l'égard des pays européens et des Etats-Unis et de la nécessité de satisfaire aux nouvelles exigences du commerce international, les pays du subcontinent américain, qui n'étaient pas encore partie à la Convention de New York et à la Convention de Panama, se sont empressés de les ratifier⁷⁹. Cette initiative leur a permis de se doter dans un premier temps d'instruments modernes pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères⁸⁰.

Hormis ces deux Conventions, l'adoption de la Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 (Loi-type CNUDCI) a joué un rôle déterminant dans le processus législatif arbitral en Amérique latine⁸¹. Elle codifie de manière cohérente les principes communément acceptés et reconnus en matière arbitrale. Sa vocation universelle a permis de la prendre comme modèle d'harmonisation, d'uniformisation et de modernisation pour parer aux déficiences des lois nationales⁸².

Les déficiences dont il était question étaient entre autres: le traitement essentiellement procédural de l'arbitrage, l'intervention accrue du juge étatique, l'existence de nombreuses voies ordinaires et extraordinaires de recours tout au long de la procédure arbitrale, l'absence de reconnaissance de la validité de la clause arbitrale, la subordination de la validité formelle de la convention d'arbitrage au respect d'une forme écrite qualifiée (en général un acte authentique était exigé), la distinction entre clause compromissoire et compromis, la méconnaissance du principe de *Kompetenz-Kompetenz* ou encore du principe de la séparabilité de la convention⁸³.

Cette partie a pour objectif de présenter une étude comparative sommaire des sources législatives de l'arbitrage des pays ici traités, dans l'état actuel de leur évolution. La comparaison portera sur le choix de la forme législative retenue⁸⁴ et le choix entre le système dualiste ou moniste de la loi d'arbitrage⁸⁵. La formation de la convention d'arbitrage⁸⁶, l'arbitrabilité subjective et objective du litige⁸⁷, l'internationalité de l'arbitrage⁸⁸, les principes de séparabilité et de *Kompetenz-Kompetenz*⁸⁹ et, enfin, les effets de la convention d'arbitrage et les motifs de son extinction⁹⁰ seront traités en relations avec les chapitres qui les concernent.

⁷⁸ Parmi les pays précurseurs, nous trouvons la Colombie, avec quatre réformes (1991, 1996, 1998 et 2012), le Mexique (1993), le Guatemala (1995), le Brésil (1996) et le Costa Rica (1997). Les derniers pays à avoir modifié leur réglementation ou à s'être dotés d'une loi en la matière sont le Chili (2004), le Nicaragua (2005), Cuba (2007), le Pérou (2008), République Dominicaine (2008) le Costa Rica (2011), la Colombie (2012) et le Panama (2014). La Suisse a adopté en 2011, le nouveau Code de procédure civile fédéral qui contient les dispositions sur l'arbitrage interne, il a entraîné l'abrogation du Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27.08.1967 (CIA).

⁷⁹ Les pays latino-américains ayant ratifié la Convention de New York à partir des années 90 jusqu'à aujourd'hui sont: la Bolivie (27.07.1995), le Brésil (2.09.2002), le Honduras (01.01.2001), le Nicaragua (23.12.2003), le Paraguay (06.01.1998), la République Dominicaine (10.07.2002), Le Salvador (27.05.1998) et le Venezuela (09.05.1995). En ce qui concerne la Convention de Panama, l'Argentine (5.1.1995), la Bolivie (29.04.1999), le Brésil (27.11.1995), l'Equateur (23.10.1991), le Nicaragua (02.10.2003) et la République Dominicaine (07.07.2008) l'ont ratifiée pendant la même période.

⁸⁰ La ratification de ces deux Conventions a constitué un grand pas en avant dans le processus d'adoption de l'arbitrage comme moyen alternatif de résolution des conflits en Amérique latine. Néanmoins, en dépit de ces ratifications, la praticabilité de l'arbitrage international dans ces pays était loin d'être garantie. En effet, à cette époque, le champ d'application des législations locales ne couvrait pratiquement que les arbitrages internes, dès lors, il y avait lieu de les interpréter comme si elles s'appliquaient également aux arbitrages internationaux. Dans ces circonstances, les législations arbitrales locales étaient encore inaptes au bon déroulement de l'arbitrage international (voir: CONEJERO ROOS 2009, p. 64; CONEJERO ROOS 2005, p. 97; MANTILLA-SERRANO, p. 566; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 213-220).

⁸¹ A titre d'exemple, l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international, mieux connu sous le nom d'Accord du Mercosur du 23 juillet 1998, ne prend pas seulement la Loi-type CNUDCI comme modèle, mais son art. 25 al. 3 va jusqu'à l'ériger au rang de source directe et ultime en cas de lacune (cf. BOSCO LEE, p. 581).

⁸² Cf. n° 132 ss.

⁸³ Le caractère procédural dont l'arbitrage latino-américain était empreint avant ces réformes explique l'insertion des dispositions sur l'arbitrage dans des codes de procédure civile, lesquels étaient marqués par des particularismes locaux. Ce choix législatif était dicté par l'influence juridique encore exercée par l'ancien empire colonial espagnol, en particulier par les «Leyes de enjuiciamiento civil españolas de 1851 (art. 770 à 818) et de 1881 (art. 790 à 826)». A notre sens, le caractère juridictionnel de l'arbitrage est encore présent en Argentine, en Equateur et en Uruguay. Cela a été encore le cas au Costa Rica jusqu'en 2011 – date de l'adoption de la nouvelle Loi d'arbitrage commercial international – et en Colombie jusqu'en 2012 – date de l'adoption du nouveau Statut d'arbitrage national et international. Cf. MANTILLA-SERRANO, p. 565-577; CONEJERO ROOS 2005, p. 97 s.; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 212-218.

⁸⁴ Cf. n° 63 ss.

⁸⁵ Cf. n° 68 ss.

⁸⁶ Cf. n° 352 ss.

⁸⁷ Cf. n° 403 ss et n° 456 ss.

⁸⁸ Cf. n° 486 ss.

⁸⁹ Cf. n° 518 ss.

⁹⁰ Cf. n° 573 ss et n° 639 ss.

2.1 Formes législatives

63 Les règles nationales sur l'arbitrage peuvent prendre des formes très diverses. Généralement, elles prennent la forme d'une loi; elles peuvent néanmoins être insérées dans des codes de commerce comme au Mexique, de procédure, de droit international privé comme en Suisse ou encore dans des décrets législatifs comme c'est encore le cas à Cuba.

64 Les réformes législatives ne se sont pas limitées à l'arbitrage international. Certains pays ont également décidé de réglementer dans un même texte législatif d'autres mécanismes alternatifs de résolution des conflits. Ainsi, bon nombre de pays latino-américains ont inséré dans leur législation sur l'arbitrage des dispositions sur la conciliation et/ou la médiation. D'autres ont décidé de limiter l'application de leur loi exclusivement aux arbitrages commerciaux.

65 Les pays faisant l'objet de cette étude ont choisi les formes législatives suivantes: la Bolivie (Loi d'arbitrage et de conciliation n° 1770 du 10.03.1997), le Brésil (Loi d'arbitrage n° 9.307/96 du 23.11.1996), le Chili (Loi d'arbitrage commercial international n° 19.971 du 29.09.2004), la Colombie (Loi établissant le Statut d'arbitrage national et international n° 1563 du 12.07.2012), le Costa Rica (Loi d'arbitrage commercial international n° 17.593 du 09.03.2011)⁹¹, Cuba (Décret-loi sur la Cour cubaine d'arbitrage commercial international n° 250 du 30.07.2007), l'Équateur (Loi d'arbitrage et médiation n° 000.RO/417 du 14.12.2006), le Guatemala (Loi d'arbitrage, décret 67-95 du 10.03.1995), le Honduras (Loi de conciliation et d'arbitrage, D-lég n° 161-2000 du 29.12.2000), le Mexique (Code de commerce, livre V, titre IV sur l'arbitrage commercial du 23.07.1993), le Nicaragua (Loi de médiation et arbitrage n° 540 du 25.05.2005), le Panama (Loi d'arbitrage commercial national et international n° 131 du 31.12.2013), le Paraguay (Loi d'arbitrage et médiation n° 1879/2002 du 24.04.2002), le Pérou (Loi d'arbitrage, décret législatif n° 1071 du 27.06.2008), la République Dominicaine (Loi d'arbitrage commercial n° 489-08 du 30.12.2008), le Salvador (Loi de médiation, conciliation et arbitrage, décret législatif n° 914 du 23.7.2002)⁹², la Suisse (Loi sur le droit international privé, chapitre 12: arbitrage international du 18.12.1987) et le Venezuela (Loi d'arbitrage commercial n° 36.430 du 07.04.1998).

66 L'Argentine, quant à elle, ne dispose pas de loi fédérale sur l'arbitrage. Dans ce pays, les compétences législatives en matière procédurale appartiennent à chacune des Provinces. Il en découle que les normes de base sont contenues dans les codes de procédure provinciaux et dans le Code de procédure civile et commerciale de la nation (CPCCN). L'art. 1 CPCCN joue toutefois un rôle prépondérant en matière d'arbitrage international, dans la mesure où, sans donner une définition de l'arbitrage international, cette disposition pose les conditions dans lesquelles un litige peut faire l'objet d'un arbitrage international. Au surplus, la procédure arbitrale est réglementée dans le livre VI du CPCCN aux art. 736 ss. Compte tenu du caractère procédural que l'Argentine accorde à

⁹¹ Nous sommes d'avis que l'adoption des nouvelles lois par le Costa Rica, la Colombie et le Panama permettra, sans l'ombre d'un doute, à ces trois pays de concurrencer les meilleures places arbitrales en Amérique latine. Ses caractéristiques seront abordées ci-après en fonction des sujets traités dans cette étude. Ce changement législatif est à saluer car, en ce qui concerne le Costa Rica, une lecture attentive de la Loi sur la résolution alternative des conflits et sur la promotion de la paix sociale de 1997 (LRC-Cr) – qui s'appliquait par défaut à l'arbitrage international et qui concerne désormais exclusivement l'arbitrage interne – permet de conclure qu'elle ne tient pas compte des particularités du commerce international (cf. MANTILLA-SERRANO, p. 572, n. 27; CANTUARIAS SALAVERRY, p. 2; SILVA ROMERO 2011, p. 843). Quant à la Colombie, la nouvelle Loi d'arbitrage réunit dans un même instrument législatif les dispositions relatives tant à l'arbitrage interne qu'international. De plus, la nouvelle Loi qui s'inspire largement de la Loi-type CNUDCI dispose, par exemple, que la reconnaissance d'une sentence arbitrale ne peut être refusée que dans les hypothèses prévues par la CNY (art. 112 LANI-Col) ou que l'État colombien ne pourra pas invoquer son propre droit pour contester l'applicabilité d'une convention d'arbitrage (art. 62 LANI-Col). Ainsi, la Colombie a adopté une loi moderne qui répond aux exigences actuelles de l'arbitrage international (cf. ZULETA JARAMILLO 2012, p. 27 ss; ESGUERRA PORTOCARRERO, p. 15 ss). En ce qui concerne le Panama, quand bien même l'adoption du Décret-loi n° 5 établissant le régime général d'arbitrage, de la conciliation et de la médiation du 8 juillet 1999 avait apporté au Panama une législation respectueuse des standards internationaux, le législateur national a estimé qu'il était nécessaire de renforcer la place arbitrale panaméenne au moyen d'une loi plus moderne (cf. ARAÚZ RAMOS, p. 148).

⁹² Le Salvador a adopté au moyen du D-Lég n° 141 du 1^{er} octobre 2009 quelques modifications – malvenues – de la LMCA-Sv. Notre critique s'adresse en particulier aux nouveaux al. 4 et 5 de l'art. 37 LMCA-Sv relatifs à la désignation des arbitres et selon lesquels «*dans tous les cas, la désignation de l'arbitre ou des arbitres se fera par tirage au sort, moyennant au préalable une citation des parties ou de leurs représentants. Si l'une ou toutes les parties également citées ne comparaissent pas, la désignation aura lieu en leur absence; les parties et leurs représentants auront droit à contrôler la liste de personnes éligibles sujettes au tirage au sort. De même, la désignation de l'arbitre ou des arbitres pourra se faire par les Chambres de la Capitale de la République dotées de la compétence en matière civile [...]*» (traduction libre). D'une part, ces modifications obligent donc les parties à assister à la cérémonie de nomination du tribunal arbitral dans son ensemble ou, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre de l'autre partie. D'autre part, la désignation «aléatoire» des arbitres, c'est-à-dire totalement dépendante du hasard ne tient pas compte d'un des principaux attraits de l'arbitrage qu'est la possibilité de choisir le tribunal arbitral. Ce choix s'opère indubitablement en fonctions des qualités personnelles, académiques, professionnels, linguistiques, etc. des arbitres. Priver les parties de ce choix est une décision inexplicable qui découragera le choix du Salvador comme siège arbitral, de peur que le tribunal arbitral ne remplisse pas les qualités requises pour trancher tel ou tel litige. A signaler également le nouvel art. 66-A qui prévoit un recours en appel avec effet suspensif contre la sentence arbitrale, instaurant de la sorte un double degré de juridiction en matière arbitrale. (cf. SÁENZ MARINERO, p. 38 ss).

l'arbitrage, chaque Province connaît un régime différent d'arbitrage interne⁹³. Ce fût le cas en Suisse jusqu'à l'adoption du CIA en 1969. Avant cette date, l'arbitrage était régi par les lois d'organisation et de procédure civile de chacun des cantons suisses⁹⁴.

L'Uruguay, à l'instar de l'Argentine, ne possède pas non plus de loi d'arbitrage; c'est pourquoi dans ce pays, l'arbitrage international est principalement régi par les conventions et traités internationaux auxquels l'Uruguay a suscrite. L'arbitrage interne est régi, quant à lui, par le Code général de la procédure (CGP-Uy) aux titres VIII du livre II et X, Loi n° 15.982 du 18.10.1988. En sus, l'art. 543 CGP-Uy stipule que les dispositions du Titre X, Chapitre IV CGP-Uy sur la reconnaissance et exécution de jugements étrangers s'appliquent également aux sentences arbitrales étrangères.

2.2 Système dualiste et système moniste

Le législateur national peut, après avoir défini les critères d'internationalité de l'arbitrage⁹⁵, traiter l'arbitrage interne et l'arbitrage international dans des lois séparées. C'est l'approche dualiste⁹⁶. Il peut également décider qu'un seul et même texte régira l'arbitrage domestique et l'arbitrage international. C'est le système moniste⁹⁷. En Amérique latine, un troisième groupe, dont les lois nationales s'éloignent des standards internationaux, ne fait pas la distinction entre arbitrage interne et arbitrage international⁹⁸.

Le choix législatif de l'un ou l'autre système est déterminé par des impératifs propres à l'ordre juridique de chaque pays⁹⁹. Par exemple, en Suisse, avant l'adoption de la LDIP, l'arbitrage interne et l'arbitrage international étaient régis par un seul et unique régime: le Concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969 (CIA). Très vite, des imperfections du CIA, en matière d'arbitrage international, ont motivé une modification de la législation arbitrale suisse¹⁰⁰. Dans la perspective de continuer de garantir le prestige de la place arbitrale helvétique et d'éviter la

⁹³ MACCHIA/ZAPIOLA, p. 115 s.; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 237; CAIVANO ROQUE 2008, p. 60 et 63; RIVERA 2007, p. 31; RIVERA 2005, p. 157; SALERNO URBANO, p. 235.

⁹⁴ POUURET/BESSON, p. 26, N 24; PERRET, p. 141.

⁹⁵ Cf. n° 486 ss. Les distinctions entre arbitrage interne/arbitrage international et système moniste/dualiste n'ont pas d'incidences quant à la classification des ces normes dans la catégorie de sources internes de l'arbitrage. En effet, ce qui est relevant ce n'est pas la technique législative choisie, mais le caractère national ou non de la norme. En revanche, la notion d'internationalité de l'arbitrage joue un rôle prépondérant dans la délimitation de l'ordre public et de l'arbitrabilité du litige.

⁹⁶ Pays ayant adopté le système dualiste: la Colombie (art. 1 ss et 62 ss LANI-Col), le Chili (art. 1 LAC-Cl), Cuba (art. 9 D-Cub), l'Equateur (art. 42 LAM-Eq), le Costa Rica (art. 1 al 1 LA-Cr), l'Uruguay et la Suisse (art. 176 LDIP). La Bolivie, qui a choisi le système dualiste (art. 71 ss LAC-Bo), réserve toutefois l'application supplétive des règles générales applicables à l'arbitrage interne aux arbitrages internationaux, lorsque cela s'avère nécessaire (art. 72 al. 2 LAC-Bo).

⁹⁷ Pays ayant adopté le système moniste: l'Argentine (art. 1 CPCCN), le Guatemala (art. 1 LA-Gu), le Honduras (art. 27 LCA-Ho), le Mexique (art. 1415 CCo-Mx), le Nicaragua (art. 22 LMA-Ni), le Panama (art. 1 LACNI-Pa), le Paraguay (art. 1 LMA-Py), le Pérou (art. 13 ch. 7 LA-Pe), la République Dominicaine (art. 1 LAC-Rép.Do) et Le Salvador (art. 21 LMCA-Sv).

⁹⁸ Jusqu'en 2011, ce groupe était composé du Brésil, du Costa Rica et du Venezuela. Le risque que comporte cette approche est celui de voir appliquer des dispositions nationales inadaptées aux arbitrages internationaux. Sur ce sujet, deux auteurs ont retenu toute notre attention; le premier, FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, émet une critique très sévère à l'égard des pays composant ce groupe. Il considère que les lois de ces pays sont «*si localistes et si éloignées des standards internationaux qu'elles sont peu favorables au déroulement des arbitrages commerciaux internationaux à l'intérieur de leurs frontières*» (traduction libre). Cet auteur estime également que la vocation des lois du Costa Rica et du Venezuela est de régir uniquement les arbitrages internes (CANTUARIAS SALAVERRY, p. 2). Nous partageons cet avis uniquement en ce qui concerne le régime de l'arbitrage costaricain antérieur à l'entrée en vigueur de la LA-Cr (cf. n. 91). Le second auteur à avoir retenu notre attention, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, est plus pondéré dans sa critique; il est d'avis que les risques encourus sont moindres au Brésil et au Venezuela où les lois permettent, sans trop d'entraves, le déroulement d'un arbitrage international. En outre, cet auteur souligne, à juste titre, qu'un arbitrage international se déroulant dans l'un de ces trois pays peut échapper aux dispositions locales contraires, par l'application *ipso facto* de la Convention de Panama (MANTILLA-SERRANO, p. 573). Il n'en reste pas moins que des dispositions comme les art.19 et 20 LAC-Ve, selon lesquels le tribunal arbitral est en droit de se dessaisir du litige si le paiement des provisions aux arbitres ne se fait pas dans les délais impartis ou si les parties et les arbitres ne trouvent pas un accord sur le montant des honoraires, sont peu compatibles avec les critères du droit de l'arbitrage international. Il en va de même des art. 25 et 41 LRC-Cr qui s'appliquait jusqu'en 2011 à l'arbitrage international au Costa Rica et qui exigent que l'arbitre d'un arbitrage en droit soit avocat et que la procédure se déroule en espagnol.

⁹⁹ Cf. PELLERIN, p. 133, n° 1; POUURET/BESSON, p. 24, n° 22 ss; MANTILLA-SERRANO 2005, p. 24. Pour ce dernier auteur, un régime dualiste ne se justifie de nos jours que si l'arbitrage interne est empreint des particularismes propres à des institutions typiquement judiciaires, et si son exercice est réticent à l'adoption d'un système moins rigoureux et mieux adapté aux besoins du commerce. Ainsi par exemple, en ce qui concerne la nouvelle Loi colombienne d'arbitrage, le législateur a considéré que la profonde tradition procéduraliste qu'a toujours dominé dans l'arbitrage interne s'oppose à toute tentative d'application à l'arbitrage interne des règles de l'arbitrage international (SILVA ROMERO 2013, p. 346). PIERRE LALIVE, considère, quant à lui, que «*les préférences de chaque législateur national, quant au choix entre dualité ou unité de réglementation en matière arbitrale sont en définitive une question de politique juridique qu'il appartient à chaque pays de trancher*» (LALIVE, p. 263).

¹⁰⁰ Il a surtout été question de la possibilité de demander, devant les instances cantonales, l'annulation de la sentence en raison de la violation grossière d'une disposition légale claire ou d'un principe général élémentaire et indiscuté; autrement dit pour cause d'arbitraire (art. 36 al. 1 let. f CIA). Au surplus, la décision cantonale pouvait être attaquée au moyen d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral (cf. LALIVE/POURET/REYMOND, p. 212-215; PERRET, p. 141). D'autres dispositions du CIA apparurent inadaptées aux arbitrages internationaux, et furent l'objet de nombreuses critiques. Par exemple, l'art. 6 CIA, en relation avec l'art. 13 CO, qui assujettissaient la validité de la convention

nécessité d'obtenir l'accord de tous les cantons parties au CIA, la Confédération Helvétique s'est déclarée compétente en matière d'arbitrage international et en a réglementé la matière au chapitre 12 de la Loi sur le droit international privé de 1987 (LDIP), passant de la sorte à un système dualiste¹⁰¹. Le choix du système dualiste s'explique donc par l'ancienne répartition des compétences législatives en matière de procédure civile qui étaient, en vertu de l'ancien art. 122 al. 2 Cst.CH (64 aCst.CH), attribuées aux cantons¹⁰².

70 Depuis le 1^{er} janvier 2007, la compétence en matière de procédure civile est de l'exclusivité de la Confédération (art. 122 al. 1 Cst.CH, nouvelle teneur). Cela a entraîné l'abrogation du CIA et l'adoption du nouveau Code de procédure civile (CPC). Malgré ces changements, le droit suisse de l'arbitrage continue de traiter l'arbitrage interne et l'arbitrage international dans deux textes législatifs distincts, le CPC et la LDIP¹⁰³. Toutefois, au sens de l'art. 353 al. 2 CPC, «*les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement, exclure l'application du présent titre et convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables. La déclaration est soumise à la forme prévue à l'art. 358*». Cette faculté est connue sous le nom de «*clause opting-in*» par opposition à la «*clause opting-out*» de l'art. 176 al. 2 LDIP qui permet aux parties de rendre inapplicables, par convention, les dispositions sur l'arbitrage international de la LDIP¹⁰⁴.

71 A l'instar de la Suisse, une minorité des pays d'Amérique latine ont préféré le système dualiste. Au Chili, avant l'adoption de la LAC-CI de 2004, l'arbitrage international était régi par les normes applicables à l'arbitrage domestique. L'évolution de l'arbitrage sur le plan international a eu pour effet de mettre en évidence les déficiences du droit chilien en matière d'arbitrage commercial international. Elles touchaient particulièrement les domaines commercial et international de l'arbitrage¹⁰⁵.

72 Le législateur chilien a décidé (sur la base du rapport du groupe de travail mandaté pour l'élaboration du projet de loi) de maintenir en place le régime de l'arbitrage interne et d'élaborer une loi pour l'arbitrage commercial international. Trois raisons expliquent cette prise de position: la première est du domaine de la politique législative interne. Le législateur a estimé que la protection du consommateur sur le plan interne s'opposait à l'adoption d'une loi moniste. La deuxième concerne l'opposition des milieux juridiques à l'abandon de la législation arbitrale dont l'efficacité ne pouvait être mise en doute¹⁰⁶. La troisième, c'est l'influence exercée par le droit suisse de l'arbitrage¹⁰⁷.

73 La grande majorité des pays latino-américains a opté pour l'approche moniste. Ce choix s'explique, avant tout, par l'influence exercée par la Loi-type CNUDCI dans chaque processus législatif. Même si la Loi-type est conçue pour l'arbitrage commercial international, les solutions qu'elle apporte sont aussi valables pour l'arbitrage interne, dans l'immense majorité des cas¹⁰⁸.

74 Le Pérou et la République Dominicaine sont les derniers Etats latino-américains en date à avoir rejoint ce groupe. Au Pérou, la nouvelle LA-Pe du 27 juin 2008 s'inspire de la Loi-type CNUDCI, dans sa version de 2006. Cette nouvelle législation cristallise le passage d'un système dualiste à un système moniste, dans lequel l'arbitrage interne et l'arbitrage international sont réglementés par les mêmes normes. Toutefois, en raison de son caractère spécifique, cette loi réserve à l'arbitrage international des dispositions qui lui sont exclusivement applicables¹⁰⁹.

d'arbitrage à la signature des parties ou l'art. 26 CIA qui interdisait aux arbitres d'ordonner des mesures provisionnelles (cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 264-265, n° 11; PERRET, p. 142).

¹⁰¹ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 260, n° 6; BUCHER/BONOMI, p. 328, n° 1221; POUDRET/BESSON, p. 26, n° 24.

¹⁰² Cf. POUDRET/BESSON, p. 26, n° 24.

¹⁰³ D'aucuns regrettent que les derniers développements du droit suisse de l'arbitrage n'aient pas abouti au retour au système moniste: FRANÇOIS PERRET considère que la modification de l'art. 122 Cst.CH aurait permis de «*revenir au régime moniste existant avant l'entrée en vigueur de la LDIP en y apportant toutefois les améliorations que contient cette loi. Mais il n'en a rien été [...]*» (PERRET, p. 143). JEAN-FRANÇOIS POUDRET considère, quant à lui, que la dualité «*peut être à certains égards jugée rétrograde, alors qu'elle était considérée il y a une vingtaine d'années comme une solution d'avant-garde propre à promouvoir la spécificité de l'arbitrage international*» (POUDRET, p. 153).

¹⁰⁴ Certains auteurs émettent des critiques quant à la souplesse rédactionnelle de cette norme. Ainsi, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI sont d'avis qu'il «*eût été préférable de limiter l'opting-in aux litiges empreints d'éléments d'extranéité. Cela aurait évité les difficultés qui pourraient surgir de l'application du chapitre 12 [de la LDIP] à des situations purement internes*» (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 58, n° 136a).

¹⁰⁵ SATELER, p. 384.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ ROZAS 2006, p. 12.

¹⁰⁷ SATELER, p. 381.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ ROZAS 2006, p. 6.

¹⁰⁹ Cf. SOTO COAGUILA, p. 606; CANTUARIAS SALAVERRY/CAIVANO ROQUE, p. 55.

La Loi péruvienne de l'arbitrage s'inspire aussi d'autres régimes comme les lois d'arbitrage d'Allemagne de 1998, d'Espagne de 2003 et d'Autriche de 2006¹¹⁰. Il est opportun de préciser que la Loi suisse sur le droit international privé (LDIP) a également servi de base pour sa rédaction¹¹¹. Deux exemples illustrent bien cette influence:

LDIP	LA-Pe
<p>Art. 177 al. 2. II. Arbitrabilité</p> <p>Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage.</p>	<p>Art. 2 al. 2. Matières susceptibles d'arbitrage</p> <p>Lorsque l'arbitrage est international et l'une des parties est un Etat, une société, une organisation ou une entreprise contrôlée par un Etat, cette partie ne pourra invoquer les prérogatives de son propre droit pour se soustraire aux obligations dérivées de la convention arbitrale¹¹².</p>
<p>Art. 178 al. 2. III. Convention arbitrale</p> <p>Quant au fond, la convention d'arbitrage est valable si elle répond aux conditions que pose le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.</p>	<p>Art. 13 al. 7. Fond et forme de la convention arbitrale¹¹³</p> <p>Lorsque l'arbitrage est international, la convention arbitrale sera valable et la controverse sera susceptible d'arbitrage, si sont remplies les conditions requises par les normes juridiques choisies par les parties pour régir la convention arbitrale, ou par les normes juridiques applicables au fond de la controverse, ou par le droit péruvien¹¹⁴.</p>

Titre trois: Sources d'origine internationale

1. Traités internationaux

1.1 Conventions de Genève de 1923 et 1927

1.1.1 Protocole de Genève de 1923

Ce protocole «relatif aux clauses d'arbitrage» est entré en vigueur le 28 juillet 1924. Il a été ratifié par la Suisse le 14 mai 1928¹¹⁵. Un seul pays latino-américain, le Brésil, y a adhéré, par ratification du 5 février 1932. Le

¹¹⁰ CANTUARIAS SALAVERRY 2010, p. 644.

¹¹¹ La nouvelle LAC-Rép.Do s'inspire aussi de la loi-type CNUDCI ainsi que des législations espagnoles et suisses. Les art. 2 al. 2 et 10 al. 5 LAC-Rép.Do reprennent les principes des art. 177 al. 2 et 178 al. 2 LDIP, ci-après cités en relation avec la loi péruvienne sur l'arbitrage. A noter, que l'art. 177 al. 2 LDIP a été également repris par les législations de la Bolivie (art. 76 LAC-Bo), de la Colombie (art. 62 LANI-Col), du Guatemala (art. 51 LA-Gu) et du Panama (art. 4 al. 2 LACNI-Pa).

¹¹² Traduction libre.

¹¹³ Le texte en espagnol de cette disposition reprend *mutis mutandis* l'art. 9 al. 6 de la Loi espagnole 60/2003 du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage, qui lui-même s'inspire de l'art. 178 al. 2 LDIP. La norme suisse est considérée comme l'une des dispositions les plus modernes en ce qui concerne la validité de la convention arbitrale et l'arbitrabilité internationale. Cet art. 178 al. 2 LDIP est une règle de conflit *in favorem validitatis* de nature alternative (MANTILLA-SERRANO 2005, p. 83 s.; KARRER, p. 180, n° 9).

¹¹⁴ Traduction libre.

¹¹⁵ La Suisse reste liée pour toutes les dispositions du Protocole à l'égard de l'Irak, pays qui n'a pas ratifié la Convention de New York (RS 0277.11).

Chili (16 septembre 1924), le Salvador (13 septembre 1924) et le Panama (24 septembre 1923) l'ont signé mais ne l'ont jamais ratifié¹¹⁶.

77 Le protocole visait deux objectifs principaux: premièrement, garantir l'efficacité internationale des clauses compromissoires et des compromis en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage, de sorte que les parties à la convention d'arbitrage soient tenues de dirimer leurs différends devant des tribunaux arbitraux et non devant la justice étatique. Secondement, garantir l'exécutabilité des sentences arbitrales sur le territoire des pays dans lesquels elles étaient prononcées¹¹⁷.

78 Il a le mérite d'avoir reconnu à l'art. 2 l'un des fondements de l'arbitrage, à savoir : la volonté des parties. Cette disposition prévoit que *«la procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu»*.

1.1.2 Convention de Genève de 1927

79 La Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères concernait principalement l'extension du champ d'application du Protocole de Genève de 1923¹¹⁸. Il prévoyait la reconnaissance des sentences arbitrales prononcées – en accord avec le Protocole – sur le territoire de l'ensemble des Etats cocontractants et non uniquement sur celui du pays de la sentence¹¹⁹.

80 Malgré leurs limites¹²⁰, le Protocole et la Convention ont été la première étape vers l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales au plan international¹²¹.

1.2 Convention de droit international privé de 1928

81 Le Convention de droit international privé, adoptée le 20 février 1928 à l'occasion de la VI. Conférence internationale américaine de la Havane, est mieux connue sous le nom de Code Bustamante¹²². Il traite aux art. 423 à 433 de questions relatives à la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers. Ces dispositions s'appliquent par analogie aux sentences arbitrales, pour autant que la cause puisse faire l'objet d'un compromis¹²³.

82 Le Code Bustamante est le résultat du plus grand effort de codification en matière de droit privé international consenti dans la région, et est considéré comme le plus important document législatif de droit international privé panaméricain du vingtième siècle¹²⁴.

1.3 Convention de New York de 1958

83 La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, plus communément appelée Convention de New York, est entrée en vigueur le 7 juin 1959. Cet instrument,

¹¹⁶ La liste complète des pays parties au protocole est publiée sur le site: http://www.dfae.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/intrea/dbstv/data24/e_19230024.html (07.03.2014).

¹¹⁷ REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p.141, n° 1-145.

¹¹⁸ Le Brésil, pays partie au Protocole de 1923, n'a pas ratifié la Convention de 1927.

¹¹⁹ REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 141, n° 1-146.

¹²⁰ La «double exequatur» était la principale limitation que la Convention de 1927 a connue. Elle imposait à la partie qui avait eu gain de cause, le préalable de requérir une déclaration judiciaire du pays de l'arbitrage dans laquelle le caractère définitif de la sentence était garanti (GONZALEZ DE COSSIO, p. 4; REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 142, n° 1-146).

¹²¹ Cf. POUDRET/BESSON, p. 52, n° 66; PICAND ALBÓNICO, p. 99.

¹²² Appelé ainsi en honneur du très grand juriste cubain ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN qui a présidé la VI Conférence panaméricaine de la Havane. Il a été ratifié par la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa Rica, Cuba, l'Equateur, Le Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la République Dominicaine et le Venezuela. Le texte original en espagnol du Code Bustamante est disponible sur le site web suivant: <http://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20de%20Derecho%20Internacional%20Privado%20C%C3%B3digo%20de%20Bustamante%20Repubblica%20Dominicana.pdf> (08.03.2014).

¹²³ Art. 342 Code Bustamante.

¹²⁴ GALAN BARRERA, p. 193. Certains auteurs comme CLAUDIA FRUTOS-PETERSON déplorent que l'arbitrage et la réglementation des jugements étrangers aient fait l'objet d'un traitement conjoint et que l'arbitrage n'ait été envisagé comme une discipline indépendante et propre à promouvoir les relations commerciales internationales (FRUTOS-PETERSON, p. 44).

composé de 16 dispositions, constitue le traité le plus ratifié en la matière. A ce jour, il lie 149 Etats, dont la totalité des pays latino-américains et la Suisse¹²⁵.

Eu égard à son caractère universel, cette Convention est considérée comme la pierre angulaire de l'arbitrage international. Elle poursuit deux objectifs: harmoniser le régime de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères, d'une part, et faciliter la reconnaissance et l'exécution de ces sentences, d'autre part¹²⁶. Toutefois, la Convention de New York fait l'objet d'interprétations divergentes selon les pays, et ce malgré son rôle unificateur¹²⁷.

La Convention de New York vise donc principalement l'exécution de la convention d'arbitrage et l'exequatur de la sentence arbitrale. Cette affirmation doit cependant être nuancée car l'art. II CNY¹²⁸ traite des conditions formelles de validité de la convention d'arbitrage et des effets de celle-ci¹²⁹. L'art. II ch. 3 CNY dispose également que «*le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renverra les parties à l'arbitrage, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée*». Par ce moyen (exception d'arbitrage), la Convention s'assure de la pleine efficacité de la convention d'arbitrage¹³⁰.

Au sens de l'art. I ch. I CNY, la Convention s'applique lorsque les sentences sont «*rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées, et [lorsqu'elles sont] issues de différends entre personnes physiques ou morales*». Elle s'applique également aux sentences «*qui ne sont pas considérées comme sentences nationales*» dans l'Etat de la reconnaissance¹³¹.

Contrairement au Protocole de Genève de 1923 et à la Convention de Genève de 1927, la Convention de New York ne subordonne pas son application à la nationalité des parties¹³². Sur ce point le champ d'application de la Convention de 1958 est plus large que ceux des Traités de 1929 et 1927, dans la mesure où il n'est pas limité *ratione personae*. Par contre, la Convention permet aux Etats de restreindre son champ d'application si, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, ils se prévalent des réserves prévues à l'art. I ch. 3 CNY. Ces réserves sont la *réserve de réciprocité* et la *réserve de commercialité*¹³³.

En se prévalant de la réserve de réciprocité, les Etats parties limitent le champ d'application *ratione personae* de la Convention aux reconnaissances et exécutions des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant. Dans la grande majorité des pays étudiés ici, la Convention s'applique quand bien même la sentence arbitrale ait été prononcée par un Etat non-partie (application *erga omnes*). En effet, les seuls pays à avoir

¹²⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (08.03.2014). Cf. FAVRE-BULLE, p. 61 ss; CAIVANO ROQUE 2009, p. 25 ss; MARZORATI J, p. 61 ss; PUCCI, p. 97 ss; FERNÁNDEZ RUIZ/ JIMENEZ FIGUERES, p. 117 ss; ROMERO SEGUÉL 2009 p. 125 ss; POSSE VELASQUEZ 2009, p. 145 ss; NEIRA ORELLANA 2009, p. 151 ss; GRAHAM JAMES/PEREZNIETO CASTRO, p. 585 ss; TREVIÑO MEIXUEIRO, p. 595; MORENO RODRIGUEZ 2009, p. 649 ss; MORENO RODRIGUEZ-ALCALA, p. 681 ss; JAIME RAMIREZ, p. 603 ss ; AMPRIMO PLA, p. 705 ss; CANTUARIAS SALAVERRY 2009, p. 717 ss; LEPERVANCHE MICHELENA 2009, p. 781; MEZGRAVIS, p. 797 ss.

¹²⁶ Ne définissant pas la notion de «sentences arbitrales», la Convention de New York laisse cette prérogative aux Etats. En revanche, l'art. I ch. 2 CNY précise que les sentences arbitrales rendues par des institutions d'arbitrage permanentes tombent sous le coup de la Convention. Elle s'applique donc aussi bien à l'arbitrage *ad hoc* qu'à l'arbitrage institutionnel.

¹²⁷ Ainsi par exemple, dans l'affaire anglaise *Zambia Steel & Builing Supplies Ltd. V. James Clark & Eaton Ltd.* [1986] 2 Lloyd's Rep. 225, CA (Civ. Div), la Cour d'Appel a décidé le 16 mai 1986 qu'une acceptation tacite d'une offre faite par écrit et contenant une convention d'arbitrage remplissait les conditions de l'art. II ch. 2 CNY, alors même que cette disposition subordonne la validité de la convention d'arbitrage à la conclusion d'un écrit signé (cité in: REDFERN/HUNTER/SMITH, p. 110 et TALERO RUEDA, p. 109 S). En revanche, en Norvège, la reconnaissance d'une sentence étrangère a été refusée au motif qu'un échange de messages électroniques n'est pas conforme aux exigences formelles de la Convention de New York, alors même qu'il est largement admis que l'énumération des moyens de communication de cette disposition n'est pas exhaustive (Décision du Tribunal d'Appel de Halogaland du 16 août 1999 [2002] XXVII Yearbook commercial arbitration 519, cité in: REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 225 s., n° 3-09).

¹²⁸ Cette disposition est toutefois dépassée par l'évolution des moyens de communication. Le Tribunal fédéral suisse a, dans un arrêt de principe, décidé qu'une clause arbitrale qui ne remplissait pas les conditions posées par la Convention de New York était, en réalité, formellement conforme au sens de l'art. II CNY. Cette disposition fut interprétée à la lumière de l'art. 178 al. 1 LDIP. Initiative téméraire, en principe, car la LDIP ne peut pas servir à interpréter la Convention dans la mesure où elle est entrée en vigueur trente ans plus tard (ATF 121 III 38 c. 2c, p. 44).

¹²⁹ POUDET/BESSON, p. 53, n° 68; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, p. 461, n° 780a; CAIVANO ROQUE 2008, p. 140. Pour une étude complète voir VAN DEN BERG, p. 122 ss.

¹³⁰ Cf. n° 556 ss.

¹³¹ Ce sont p. ex. les cas des sentences rendues à l'étranger mais qui concernent une affaire nationale dans le pays de la reconnaissance ou les cas où un arbitrage a été conduit selon une loi étrangère dans le même pays de la reconnaissance (POUDET/BESSON, p. 53, n° 69).

¹³² L'art. 1 du Protocole de 1923 et l'art. 1 de la Convention de 1927 stipulent que les deux traités ne s'appliquent «*qu'aux personnes soumises à la juridiction de l'une des Hautes Parties Contractantes*».

¹³³ L'art. 1 al. 2 du Protocole de 1923 prévoyait une réserve similaire.

fait usage de la réserve de réciprocité sont: l'Argentine, Cuba, l'Equateur, le Guatemala et le Venezuela¹³⁴. La Suisse, pays qui initialement avait émis cette réserve, l'a formellement retirée le 23 avril 1993¹³⁵.

89 La réserve de commercialité restreint *ratione materiae* l'application de la Convention «[...] *aux différends exclusivement issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux*» par la loi nationale du pays réservataire. Il appartient à chaque Etat formulant la réserve de définir le terme «commercial»¹³⁶.

90 L'art. V ch. 1 CNY, sans doute l'un des plus importants de la Convention, dispose que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale ne pourront être refusées que dans les cas exhaustivement énumérés. Ainsi, un refus n'est admis que si: (a) les parties à la convention d'arbitrage étaient frappées d'une incapacité ou si la convention n'est pas valable en vertu de la loi à elles applicable, (b) la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible de faire valoir ses moyens, (c) le tribunal arbitral prononce une sentence *ultra* ou *extra petita*, (d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, à la loi du lieu de l'arbitrage, ou enfin (e) la sentence n'est pas encore devenue obligatoire ou a été annulée par un tribunal du pays dans lequel la sentence a été rendue.

91 L'art. V ch. 2 CNY prévoit encore deux motifs de refus supplémentaires. Les autorités de l'exequatur pourront dénier la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale si elles constatent: (a) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage, ou (b) que la reconnaissance et ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

92 Pour terminer, l'art. VII CNY garantit l'application de la norme la plus favorable en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères (principe «*d'efficacité maximales*»)¹³⁷.

1.4 Convention européenne de 1961

93 La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 est entrée en vigueur le 7 janvier 1964¹³⁸. Selon son préambule, elle a pour but de promouvoir et développer le commerce intra-européen à travers le règlement des litiges par voie d'arbitrage. L'art. I de la Convention dispose qu'elle ne s'applique qu'aux litiges résultant «*d'opérations de commerce international*»; sur ce point elle s'écarte de l'approche adoptée par la Convention de New York¹³⁹.

94 D'une manière générale, cette Convention couvre les domaines suivants: (i) la capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage, (ii) l'organisation du déroulement de l'arbitrage, (iii) le principe de *Kompetenz-Kompetenz*, (iv) la détermination du droit applicable au fond du litige et (v) la capacité des étrangers d'être arbitres. Il en découle que la Convention de 1961 est de nature complémentaire à celle de 1958¹⁴⁰. Par ailleurs, elle s'intéresse peu à la reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale qui ont déjà été traitées par la Convention de New York¹⁴¹.

¹³⁴ Ces mêmes Etats ont également décidé de faire usage de la réserve de commercialité. Cf. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (08.04.2014).

¹³⁵ RO 1993 III p. 2439. Cf. REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 605, n° 10-26, n. 51; POUURET/BESSON, p. 54, n° 70; POUURET 1995, p. 355 ss.

¹³⁶ Cette prérogative laissée aux Etats a pour inconvénient la coexistence de diverses interprétations du terme «commercial», ce qui n'est pas sans poser problèmes (REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 606, n° 10-28). Toutefois, de nos jours, il est conseillé que ce terme soit interprété dans son sens le plus large, de façon à intégrer des questions issues des rapports commerciaux ou contractuels ou, en fonction des besoins en matière de commerce international (cf. FRUTOS-PETERSON, p. 65; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 1206).

¹³⁷ Ce principe vise aussi bien les éventuels traités internationaux que les dispositions de droit national (POURET/BESSON, p. 55, n° 74). Ceci signifie que la Convention ne déroge pas à la norme de droit national la plus favorable, ni à celles plus favorables contenues dans les traités auxquels ledit pays est partie (FRUTOS-PETERSON, p. 83).

¹³⁸ A l'exception de Cuba, pays qu'y a adhéré le 1^{er} septembre 1965, aucun autre Etat considérés ici n'y est partie. Toutefois, il est important de signaler qu'en l'absence de dispositions sur le recours en annulation dans le D-Cub, l'art. IX de la Convention de 1961 et l'art. V CNY régissent directement les causes et modalités d'un tel recours.

¹³⁹ Cf. n° 83 ss.

¹⁴⁰ VAN DEN BERG, p. 94 ss.

¹⁴¹ REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 144, n° 1-149.

Mentionnons pour terminer que le parallélisme existant entre les motifs d'annulation de la sentence arbitrale prévus à la Convention de 1961 (art. IX Convention de 1961) et les causes de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale de la Convention de New York (art. V CNY) n'est pas absolu. En effet, la violation de l'ordre public et l'arbitrabilité du litige ne figurent pas parmi les motifs – limitativement – énumérés à l'art. IX ch. 1 de la Convention de 1961, alors qu'ils figurent à l'art. V ch. 2 CNY¹⁴². 95

1.5 Convention de Panama de 1975

La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international du 30 janvier 1975, plus connue sous le nom de Convention de Panama, fut présentée et approuvée à l'occasion de la première Conférence interaméricaine sur le droit international privé qui s'est tenue dans ce pays. A l'heure actuelle cette Convention a été ratifiée par 19 Etats du continent américain, y compris les Etats-Unis, le Brésil et le Mexique¹⁴³. Seuls Cuba et Haïti n'en font pas partie. 96

Historiquement, les pays de l'Amérique latine ont ouvertement manifesté leur méfiance à l'endroit de l'arbitrage¹⁴⁴. Cette hostilité s'est traduite par la réticence de ces pays à ratifier la Convention de New York ou la Convention européenne de 1961¹⁴⁵. Pour contourner ce problème, le Comité juridique interaméricain a proposé l'adoption d'une Convention régionale en la matière¹⁴⁶. Dans ce contexte, la Convention de Panama s'est avérée une bien meilleure solution et a représenté un énorme bond en avant pour les pays de la région, en particulier pour les Etats latino-américains¹⁴⁷. 97

La Convention de Panama, composée de 13 articles, a une vocation universelle, car son champ d'application n'est pas limité aux seuls membres de l'Organisation des Etats Américains (OEA)¹⁴⁸, mais peut être également signée par tous les autres pays (art. 7 et 9 CPa)¹⁴⁹. 98

Elle traite de la validité de l'«accord» entre les parties (art. 1), de la désignation des arbitres (art. 2), du libre choix des règles de procédure (art. 3), de l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales (art. 4) et des causes de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale (art. 5). La Convention de Panama ne définit pas de manière précise son champ d'application, c'est pourquoi il doit être déterminé par voie d'interprétation. Elle doit se faire à l'aide des quelques indices contenus principalement aux art. 1 et 5 al. 1 let. e CPa et de son *nomen juris*: Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international¹⁵⁰. 99

¹⁴² Décision de Cour Suprême autrichienne, *Redenska c/ Kajo*, in: Rév. arb. 1998, p. 419; DÁVALOS FERNÁNDEZ, p. 281.

¹⁴³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (08.04.2014).

¹⁴⁴ Cf. n° 1.

¹⁴⁵ BUENO/DE ALMEIDA, p. 290 s.; FRUTOS-PETERSON, p. 50 s.; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 171. Les principaux reproches formulés à l'égard de la CNY étaient son champ d'application *ratione materiae* jugé trop restreint – se limitant exclusivement à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales – et l'origine européenne de cette codification. Les pays latino-américains estimaient, en outre, que l'adhésion à la Convention de 1961 n'était pas appropriée car elle ne tenait pas en compte le rôle clé de la Commission interaméricaine d'arbitrage international (CIAC) en Amérique latine.

¹⁴⁶ Le Comité juridique interaméricain est l'organe consultatif de l'Organisation des Etats américains en matière de droit international. Il est actuellement chargé, entre autres, de la promotion du développement progressif et de la codification du droit international de la région. Il a son siège à Rio de Janeiro et est composé de 11 juristes des Etats membres (art. 99 à 105 de la Charte de l'organisation des Etats américains).

¹⁴⁷ Durant plusieurs années, avant que l'ensemble des pays de la région n'adhèrent à la Convention de New York, le seul instrument international en matière de reconnaissance et/ou d'exécution des sentences arbitrales fut la Convention de Panama. Tel a été, par exemple le cas du Brésil, du Costa Rica, du Panama, du Paraguay ou encore du Salvador.

¹⁴⁸ L'OEA est une organisation régionale regroupant l'ensemble des gouvernements des Etats du continent américain. Elle poursuit quatre objectifs essentiels à savoir, la défense de la démocratie, des droits de l'homme, de la sécurité et du développement. Site officiel: <http://www.oas.org/fr/> (14.04.2014).

¹⁴⁹ A ce jour, la Convention de Panama a été ratifiée uniquement par des pays du continent américain. Cela s'explique, sans doute, par l'énorme succès que la Convention de New York a rencontré.

¹⁵⁰ PICAND ALBÓNICO 2005, p. 139 s.

- 100 L'art. 1 CPa limite *ratione materiae* l'application de la Convention aux différends résultant «*d'une affaire commerciale*»¹⁵¹. Le litige doit, en outre, être de nature «*internationale*»¹⁵².
- 101 Le terme «*accord*» de l'art. 1 CPa se réfère indistinctement aux notions de compromis et de clause compromissoire¹⁵³. Ce choix s'explique principalement par la volonté de trouver un terrain d'entente entre les pays qui comme la Colombie ou le Panama avaient inséré dans leurs législations de l'époque la distinction entre le compromis et la clause compromissoire et, ceux pour qui, comme les États-Unis, cette distinction était étrangère à leur système juridique¹⁵⁴. La validité de l'accord est assujettie au respect de la forme écrite et à la signature des parties; il peut aussi être passé «*[...] par échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télex*» (art. 1 CPa i.f.).
- 102 L'art. 2 CPa fait référence aux modalités de désignation des arbitres, qui peut être faite par les parties elles-mêmes ou être déléguée à une tierce personne physique ou morale. Enfin, cette disposition accorde aux étrangers le droit d'arbitrer¹⁵⁵.
- 103 L'art. 3 CPa reconnaît le *principe d'autonomie procédurale* en vertu duquel les parties peuvent directement régler la procédure arbitrale. Si elles ne font pas usage de cette prérogative, la conduite de l'arbitrage s'effectuera selon les règles de procédure de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC). Etant de rang *supranational*, cette disposition prime sur les normes internes de procédure. Toutefois, la rédaction maladroite de l'art. 3 CPa entre en contradiction avec le texte de l'art. 5 al. 1 let. d CPa, au sens duquel la reconnaissance et l'exécution de la sentence peuvent être refusées si «*la procédure arbitrale n'est pas conforme à la loi de l'Etat où a eu lieu l'arbitrage*».
- 104 L'art. 4 CPa octroie à la sentence étrangère non susceptible de recours la force de chose définitivement jugée. Son exécution ou reconnaissance peut être exigée de la même manière que pour les jugements nationaux et n'est pas soumise à une quelconque condition de réciprocité¹⁵⁶.
- 105 Les rédacteurs de la Convention de Panama ont décidé, pour éviter des conflits avec la Convention de New York, de reproduire à l'art. 5 CPa quasi-littéralement, l'art V CNY relatif aux motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution des sentences.
- 106 Les conflits d'application entre les deux Conventions sont réglés par les principes «*lex posterior derogat priori*» et «*d'efficacité maximale*». Le premier principe, selon lequel la loi postérieure déroge à la loi antérieure, entraîne l'application de la Convention de New York au lieu de celle de Panama dans les États ayant ratifié la première de manière postérieure. C'est le cas pour le Brésil, le Costa Rica, le Honduras, le Mexique, le Panama, le Paraguay, Le Salvador, l'Uruguay et le Venezuela. La solution inverse vaut pour les pays qui ont ratifié la Convention de Panama après avoir ratifié celle de New York. L'Argentine, la Bolivie, le Chili, la Colombie, l'Équateur, le Guatemala, le Pérou et la République Dominicaine tombent dans ce cas de figure. Ceci ressort de l'application de l'art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il convient toutefois de signaler que

¹⁵¹ Sur ce point, le champ *ratione materiae* de la Convention de Panama est plus restreint que celui de la Convention de New York. Cette dernière s'applique indifféremment aux litiges commerciaux ou civils, quand bien même la réserve de commercialité peut limiter sa portée (cf. n° 87 ss). La Convention de Panama ne définit pas le concept «*d'affaire commerciale*», il appartient dès lors à chaque pays membre de déterminer l'étendue de cette notion. Nous sommes toutefois d'avis, qu'il est nécessaire que ce terme soit interprété dans son sens le plus large, de façon à y intégrer toutes les opérations du commerce international (cf. n. 136).

¹⁵² Cette exigence découle, à défaut de dispositions en la matière, du titre même de la Convention. Par ailleurs, l'art. 5 al. 1 let e CPa ne détermine qu'indirectement l'élément d'internationalité, lorsqu'en rapport avec les raisons de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence, il dispose «*que la sentence n'est pas encore obligatoire pour les parties, ou qu'elle a été annulée ou suspendue par une autorité compétente de l'Etat dans lequel, ou selon la loi duquel, elle a été rendue*».

¹⁵³ PÉREZ PACHECO, p. 373.

¹⁵⁴ FRUTOS-PETERSON, p. 52 à 54; PÉREZ PACHECO, p. 373.

¹⁵⁵ Ce paragraphe a pour but de laisser sans effet les dispositions internes des États parties à la Convention de Panama qui interdisaient aux étrangers d'exercer la charge d'arbitre en raison de leur nationalité (DOS SANTOS, p. 197, n. 30).

¹⁵⁶ Cela implique que la Convention de Panama s'applique lorsque le pays du lieu de l'arbitrage et celui du lieu de la reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale sont parties à la Convention, mais aussi lorsque seul le pays de l'exequatur l'a ratifiée (PÉREZ PACHECO, p. 373; FRUTOS-PETERSON, p. 69). Certains auteurs affirment que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale ne peuvent être accordées que s'il existe une réserve de réciprocité à deux niveaux: le premier exigerait que la sentence ait été prononcée dans un État cocontractant et le second que le procès arbitral ait opposé des ressortissants des États cocontractants (CANTUARIAS SALAVERRY 2004, p. 1; VAN DEN BERG 1989, p. 220 ss). Selon ces auteurs, cela s'explique par le champ d'application de la Convention, qui ne s'applique qu'aux États de la région. A notre avis, ces auteurs perdent de vue l'optique universelle dans laquelle la Convention de Panama a été conçue.

cette règle réserve l'application du traité antérieur «dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec le traité postérieur»¹⁵⁷.

Le principe d'efficacité maximale¹⁵⁸, développé par la doctrine et la jurisprudence, impose, sans tenir compte de la date de la ratification, l'application de la Convention la plus favorable en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ce principe devrait avoir le pas sur le principe *lex posterior derogat priori* dans la mesure où il retient la norme la plus efficace et non la norme la plus récente, qui peut s'avérer moins favorable que la Convention antérieure¹⁵⁹.

A notre avis, la Convention de New York est plus favorable à l'arbitrage que la Convention de Panama. D'une part, la Convention de Panama ne délimite pas précisément son champ d'application, raison pour laquelle elle doit être interprétée. D'autre part, le principe d'efficacité maximale que la Convention de New York incorpore s'applique aussi bien à l'égard des législations internes que des traités internationaux.

Pour terminer, la Convention de Panama se veut une «duplicata» à échelle régionale de la Convention de New York. A ce propos, d'aucuns affirment que la Convention de Panama est une «copie au charbon» de la Convention de New York¹⁶⁰. Malgré leurs similitudes, une comparaison attentive des deux Conventions révèle que la Convention de Panama ne définit pas son champ d'application quant au type de sentences auxquelles elle s'applique (cp. art. I CNY), qu'elle reste vague sur des questions comme l'exception d'arbitrage (cp. art. II ch. 3 CNY) ou encore qu'elle omet de préciser les types de documents et les conditions auxquelles la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale sont subordonnées (cp. art. IV CNY). En revanche, la Convention de Panama règle d'autres domaines que la Convention de New York ne traite pas, tels la désignation des arbitres (art. 2 CPa) et le libre choix des règles de procédure (art. 3 CPa).

1.6 Convention de Montevideo de 1979

La Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères, mieux connue sous le nom de Convention de Montevideo (CMon), a été approuvée le 8 mai 1979 à l'occasion de la deuxième Conférence internationale spécialisée de droit international privé¹⁶¹. Cette Convention se compose de 14 articles.

La Convention de Montevideo s'applique aux décisions judiciaires et aux sentences arbitrales prononcées à l'issue de procédures civiles, y compris les procédures relevant du droit du travail et des procédures commerciales. En matière arbitrale, la Convention de Montevideo est complémentaire¹⁶² à la Convention de Panama dans la mesure où l'art. 1^o CMon i.f. dispose que «les règles de la présente Convention sont applicables aux sentences arbitrales dans le silence de la Convention interaméricaine sur l'Arbitrage commercial international souscrite à Panama le 30 janvier 1975»¹⁶³.

¹⁵⁷ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.111.fr.pdf> (08.03.2014).

¹⁵⁸ Ce principe est codifié par l'art. VII de la Convention de New York. En revanche, la Convention de Panama ne renferme pas de disposition similaire.

¹⁵⁹ Un exemple classique en Amérique latine est la Convention de Montevideo de 1979 qui est postérieure à la Convention de New York de 1958, mais qui se révèle être moins favorable. P. ex. l'art. 3 let. c CMon dispose que «toute demande d'exécution de décisions et de sentences doit être nécessairement accompagnée [...] d'une expédition de l'acte juridictionnel déclarant que la décision ou la sentence arbitrale est exécutoire ou a force de chose jugée» (traduction libre). Cette disposition est plus contraignante – car elle entraîne le double exequatur – que l'art. V al. 1 let. e CNY qui subordonne l'exequatur uniquement au caractère obligatoire de la sentence (cf. FRUTOS-PETERSON, p. 89 s.).

¹⁶⁰ Cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 141, n. 276; CANTUARIAS SALAVERRY 2004, p. 1, n° 4; FOUCHARD, p. 203.

¹⁶¹ L'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, Le Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Mexique, le Panama, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela ont souscrit à cette convention. Seuls l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, l'Equateur, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela l'ont ratifiée à ce jour. La liste des pays parties à cette Convention est accessible sur le site <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html> (08.03.2014). L'adhésion et la ratification postérieure à cette Convention sont ouvertes à tous les Etats, sans s'arrêter à leur position géographique (art. 9 CMon).

¹⁶² MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1096 n° 2396.

¹⁶³ Texte en français de la Convention de Montevideo est consultable sur le site web suivant: <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201439/volume-1439-I-24392-French.pdf> (08.03.2014).

112 L'objectif de cette disposition est de combler les déficiences que la Convention de Panama a en relation
 avec les modalités de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁶⁴. A ce propos, l'art. 2
 CMon impose certaines conditions de forme, de fond et de procédure pour que l'efficacité extraterritoriale soit
 accordée dans les Etats parties. Ainsi, au sens de cette disposition, les sentences arbitrales étrangères visées par
 l'art. 1 CMon n'ont d'efficacité extraterritoriale que si:

113 *«a. Ont été remplies toutes les conditions de forme requises pour qu'elles soient considérées comme des
 actes authentiques dans l'Etat d'où elles émanent;*

114 *b. Les actes en question et les documents qui y sont annexés et sont nécessaires aux termes de la présente
 Convention ont été dûment traduits dans la langue officielle de l'Etat où ils doivent produire leurs effets;*

115 *c. Les actes en question ont été dûment légalisés en conformité de la loi de l'Etat où ils doivent produire
 leurs effets;*

116 *d. Le juge ou le tribunal qui a rendu la décision ou la sentence a la compétence internationale voulue pour
 connaître de la question en litige et statuer sur elle conformément à la législation de l'Etat où les actes
 susvisés doivent produire leurs effets;*

117 *e. Le défendeur a été notifié, ou a été assigné, dans des formes légales substantiellement équivalentes à
 celles prévues par la loi de l'Etat où les actes en question doivent produire leurs effets;*

118 *f. La défense des parties a été assurée;*

119 *g. Les actes en question sont exécutoires, ou le cas échéant ont force de chose jugée, dans l'Etat d'où ils
 émanent;*

120 *h. Les actes en question ne sont pas manifestement contraires aux principes et aux lois d'ordre public de
 l'Etat où la reconnaissance ou l'exécution est demandée».*

121 Outre ces conditions énoncées, le demandeur de l'exequatur est tenu de joindre à sa requête d'exécution
 une copie authentique de la sentence arbitrale, une copie authentique attestant que les dispositions des alinéas e et f
 de l'art. 2 CMon ont été observées et, une copie authentique de l'acte juridictionnel déclarant que la sentence
 arbitrale est exécutoire ou a force de chose jugée (art. 3 CMon).

122 Enfin, le principe de subsidiarité (art. 1 al. 2 CMon) de la Convention de Montevideo par rapport à la
 Convention de Panama exclut l'application, en matière commerciale, de la Convention de Montevideo aux pays qui
 ont ratifié la Convention de Panama. Ainsi, pour ces pays, les motifs de refus de la reconnaissance et/ou de
 l'exécution des sentences arbitrales en matière commerciale sont réglementés par l'art. 5 CPA¹⁶⁵. En revanche, la
 Convention de Montevideo s'applique à tous les cas non couverts par la Convention de Panama¹⁶⁶.

1.7 Convention de Washington de 1965 (et CIRDI)

123 La Convention de Washington de 1965 portant sur le règlement des différends relatifs aux investissements
 entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CWa) est entrée en vigueur le 14 octobre 1966 et, à ce jour, a été ratifiée
 par 158 pays dont 12 Etats d'Amérique latine¹⁶⁷.

124 L'adoption de la CWa a donné lieu à la création du «Centre international pour le règlement des différends
 relatifs aux investissements» (CIRDI)¹⁶⁸. Ce dernier est étroitement relié à la Banque Mondiale dans la mesure où

¹⁶⁴ PICAND ALBÓNICO 2005, p. 145; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1097 n° 2398. A notre avis ce but n'est pas atteint. Au contraire, la Convention de Montevideo impose des conditions formelles, matérielles et de procédure incompatibles avec les standards internationaux en la matière (cf. n. 159 et n° 121).

¹⁶⁵ PÉREZ PACHECO, p. 382.

¹⁶⁶ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1096, n° 2396.

¹⁶⁷ L'Argentine (1994), le Chili (1991), la Colombie (1997), le Costa Rica (1993), Le Salvador (1984), le Guatemala (2003), le Honduras (1989), le Nicaragua (1995), le Panama (1986), le Paraguay (1983), le Pérou (1993) et l'Uruguay (2000). La République Dominicaine (2000) a signé la CWa, mais n'a pas encore déposé son instrument de ratification. La Bolivie, le Brésil, Cuba, l'Equateur, le Mexique et le Venezuela ne sont pas partie à la Convention (cf. n° 130 s.). La liste à jour des pays membres de la Convention de Washington est consultable sur le site: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=French> (08.03.2014).

les deux institutions partagent le même siège¹⁶⁹, et le président de cette dernière est de plein droit le président du conseil administratif du CIRDI¹⁷⁰. Etant régi dans son intégralité par un traité international, l'une des principales caractéristiques de l'arbitrage CIRDI est son indépendance vis-à-vis du droit interne des Etats contractants. De ce fait, il est totalement délocalisé ou dénationalisé¹⁷¹. Cette indépendance concerne aussi bien le déroulement de la procédure que le recours contre la sentence arbitrale ou la reconnaissance et l'exécution de la sentence¹⁷².

Le CIRDI a pour objectif de soumettre les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants à un mécanisme de conciliation et/ou d'arbitrage (art. 1 al. 2 CWa). Il s'agit donc d'un centre à caractère spécialisé en ce sens que la compétence *ratione materiae* est limitée aux litiges juridiques ayant un lien direct avec un investissement (art. 25 ch. 1 CWa). En outre, l'arbitrage CIRDI repose sur une base consensuelle; c'est ce qui ressort du préambule de la Convention: «*aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier*».

La procédure arbitrale est réglée au chapitre IV de la Convention. Au sens de l'art. 36 ch. 1 CWa, la partie qui désire ouvrir une procédure arbitrale doit adresser une requête écrite au Secrétaire Général, lequel est tenu d'envoyer une copie à l'autre partie.

Dès l'enregistrement de la requête, le tribunal arbitral sera constitué aussi rapidement que possible. Il sera composé d'un arbitre unique ou d'un nombre impair selon la volonté des parties. Si les parties ne définissent pas le nombre d'arbitres ou ne tombent pas d'accord sur ce nombre, le tribunal sera constitué de trois arbitres; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui présidera le tribunal, est nommé en commun (art. 37 CWa).

En matière de nationalité des arbitres, la règle générale est que la majorité des arbitres ne pourra pas avoir la nationalité de l'Etat contractant partie au litige, ni celle du ressortissant partie au différend, sauf si d'un commun accord, les parties désignent l'arbitre ou chacun des membres du tribunal (art. 39 CWa). Au surplus, la Convention, en accord avec les principes arbitraux internationalement admis, reconnaît, d'une part, la compétence du tribunal de se prononcer sur les questions relatives à sa propre compétence (art. 41 CWa) et, d'autre part, l'autonomie des parties en ce qui concerne la désignation du droit applicable au fond.

Fidèles à leur tradition, les pays d'Amérique latine se sont opposés à la création d'un système permettant de résoudre les différends qui les opposent à des particuliers étrangers. Cette posture a empêché la Convention d'avoir une véritable portée universelle jusqu'au milieu des années 90¹⁷³. Cependant, le développement des relations commerciales internationales entre particuliers a incité l'Etat et ses entreprises à devenir un acteur actif du commerce international et, de ce fait, à offrir les mêmes garanties que les particuliers: le recours à l'arbitrage¹⁷⁴.

Des événements récents mettent en péril la dépolitisation des différends que la Convention de Washington garantissait jusqu'alors¹⁷⁵. En effet, les dirigeants des pays de l'Alba¹⁷⁶ ont déclaré en avril 2007, à l'occasion du

¹⁶⁸ Premier chapitre de la CWa. La raison fondamentale de la création du CIRDI se trouve dans l'idée de créer un cadre stable de solution des controverses en matière d'investissements étrangers afin de promouvoir les investissements dans les pays en voie de développement, comme c'est le cas des pays latino-américains (cf. CONEJERO ROOS 2005, p. 94; FRUTOS-PETERSON CLAUDIA, p. 105; FERNÁNDEZ MASIA, p. 63).

¹⁶⁹ Art. 2 CWa.

¹⁷⁰ Art. 5 CWa.

¹⁷¹ ÁLVAREZ ÁVILA, p. 205 et 218; DELAUME, p. 239-248; DE TRAZEGNIES GRANDA, p. 786-788; REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 128, n° 1-126; POUURET/BESSON, p. 60.

¹⁷² Art. 52 ss CWa. A titre d'exemple, l'art. 52 ch. 3 CWa précise que la procédure de recours a lieu uniquement devant un comité *ad hoc* expressément constitué à cet effet.

¹⁷³ RAMBAUD, p. 291. C'est à cette époque que la majorité des pays latino-américains ont adhéré à la Convention. La Convention de Washington n'a bénéficié à ses débuts que du soutien des pays exportateurs de capitaux et de quelques pays asiatiques et africains (FRUTOS-PETERSON, p. 105). A l'instar des Etats d'Amérique latine, mais pour des raisons idéologiques, les anciens pays socialistes ont refusé de faire partie du système CIRDI (RAMBAUD, p. 292).

¹⁷⁴ PICAND ALBÓNICO 2005, p. 112.

¹⁷⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, p. 787. La dépolitisation des différends est assurée par le fait que l'arbitrage CIRDI n'est pas tributaire des lois nationales d'arbitrage, mais que son déroulement est entièrement réglé par une convention internationale (cf. n° 124). Cette dénationalisation de l'arbitrage d'investissement cherche à offrir tant aux Etats qu'aux investisseurs étrangers «*les meilleures garanties d'impartialité*» (cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 168, n° 301).

¹⁷⁶ Bloc composé actuellement de l'Antigua-et-Barbudas, de la Bolivie, de Cuba, de la Dominique, de l'Equateur, du Guatemala, du Honduras, du Nicaragua, de Saint-Vincent-et-les Grenadines et du Venezuela.

sommet de Barquisimeto, leur volonté de dénoncer cette Convention¹⁷⁷. A ce propos, il est important de signaler que la Bolivie a mis cette menace à exécution et, conformément à l'art. 71 a dénoncé la Convention le 2 mai 2007. Cette dénonciation a pris effet six mois après sa notification, c'est-à-dire le 3 novembre 2007. L'Equateur a suivi l'exemple de la Bolivie en dénonçant à son tour le 6 juillet 2009 la Convention, cette dénonciation a pris effet le 7 janvier 2010. Plus récemment encore, le Venezuela a annoncé le 24 janvier 2012 avoir dénoncé la Convention de Washington. Elle a pris effet le 25 juillet 2012.

131 En règle générale, ces pays considèrent que le CIRDI n'est pas une institution arbitrale impartiale où les intérêts des parties sont examinés de manière objective; raison pour laquelle ce type de litiges devrait être dirimé devant les juridictions nationales ou devant un tribunal totalement impartial¹⁷⁸. Le rejet du système d'arbitrage CIRDI est également accueilli favorablement par les 12 pays membres de l'UNASUR¹⁷⁹, lesquels ont déclaré leur intention d'instaurer un nouvel organisme de résolution de litiges en matière d'investissement¹⁸⁰. Cette institution, qui serait intégrée à la structure institutionnelle de l'UNASUR, aurait ainsi la charge de trancher les différends entre Etats cocontractants, membres du centre de résolution des conflits, ainsi que ceux entre investisseurs et Etats¹⁸¹.

2. Loi-type CNUDCI

132 La Loi-type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international constitue une loi-type que l'assemblée de l'ONU recommande aux Etats de prendre en compte lors de la promulgation ou de la révision d'une loi d'arbitrage¹⁸². Elle vise l'harmonisation des différentes législations nationales en matière d'arbitrage commercial international (art. 1 al. 1 Loi-type CNUDCI). Ce faisant, elle propose un modèle de loi d'arbitrage à vocation universelle assorti de solutions acceptables pour les ressortissants d'Etats et de traditions juridiques différentes¹⁸³.

133 A ce jour, elle a servi de modèle à plus de 65 Etats dans le monde. Ce succès est en partie dû à sa structure: elle régit l'ensemble de la procédure arbitrale, depuis la convention arbitrale jusqu'à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale¹⁸⁴.

134 En ce qui concerne la Suisse, le chapitre 12 de la LDIP n'est pas inspiré de la Loi-type CNUDCI¹⁸⁵. En revanche, la grande majorité des lois d'arbitrage latino-américaines disent s'en inspirer. Cette affirmation mérite quelques précisions dans la mesure où la réalité est quelque peu plus nuancée.

135 En dépit du fait que le site web de la CNUDCI¹⁸⁶ mentionne le Chili (en matière d'arbitrage international), le Costa Rica¹⁸⁷, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine et le Venezuela comme des pays ayant adopté des textes législatifs fidèles à la Loi-type, seuls le Chili (en matière d'arbitrage international), le Costa Rica, le Guatemala, le Mexique, le Pérou et la République

¹⁷⁷ Pour une intéressante étude sur les effets juridiques de la dénonciation de la Convention de Washington, et en particulier sur la question de savoir si une telle démarche empêche l'investisseur de recourir à l'arbitrage CIADI, voir MANTILLA-SERRANO 2008, p. 205 ss.

¹⁷⁸ GRAHAM JAMES 2010, p. 9 ss; FERNÁNDEZ ROZAS 2009, p. 31 ss. Pour le cas de l'Argentine, voir NIETO NAVIA, p. 35 ss; RODRIGUEZ JIMENEZ, p. 200 ss; MARZORATI J. 2005, p. 83 ss; pour la Bolivie, voir MANCIAUX, p. 351 ss; INCHAUSTE, 831 ss; pour l'Equateur, voir FERNÁNDEZ MASIA, p. 72 s.

¹⁷⁹ Le Traité constitutif de l'UNASUR a été signé au Brésil le 23 mai 2008 et est entré en vigueur le 11 mars 2011 après le dépôt du 9^e instrument de ratification par l'Uruguay. A l'heure actuelle (24.03.2014), il a été ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l'Equateur, le Guyana, le Pérou, l'Uruguay, le Surinam et le Venezuela. Le Paraguay a été suspendu de l'UNASUR et du Mercosur suite à la destitution du Président Fernando Lugo prononcée par le parlement paraguayen le 22 juin 2012. Cf. la décision de suspension du Mercosur du 30 juillet 2012 est disponible sur le site: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/3862/1/dec_028-2012_es_reglam_suspension_paraguay.pdf (22.04.2014). Celle de l'UNASUR est disponible sur le site: <http://docs.unasur.org/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ecf228f6-71b1-40ce-aec9-f0a44689f1dd/UNASUR-CO-JEG-DES-13-0001.pdf> (22.04.2014).

¹⁸⁰ Protocole constitutif du Centre de médiation et d'arbitrage de l'Union des nations sud-américaines «UNASUR». Ce document peut être consulté en ligne à l'adresse suivante: <https://www.yumpu.com/es/document/view/14187303/protocolo-constitutivo-del-centro-de-mediacion-y-arbitraje-unasur> (17.04.2014).

¹⁸¹ FERNÁNDEZ MASIA, p. 67; FIEZZONI, p. 139 ss.

¹⁸² Résolution 40/72 du 11 décembre 1985. En 2006, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international a décidé d'apporter quelques modifications à la Loi-type, dans l'objectif de la rendre compatible avec les pratiques actuelles du commerce et les méthodes modernes de conclusion des contrats. Ces modifications se rapportent à la définition et à la forme de la convention d'arbitrage et, aux mesures provisoires.

¹⁸³ FRUTOS-PETERSON, p. 134.

¹⁸⁴ POUURET/BESSON, p. 68, n° 90.

¹⁸⁵ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 22 n° 59.

¹⁸⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (26.06.2013).

¹⁸⁷ La LA-Cr, tout comme la LACNI-Pa, la LA-Pe, la LANI-Col et la LAC-Rép. Do tiennent compte des amendements adoptés en 2006 à la Loi-type.

Dominicaine ont opté pour une législation conforme à la Loi-type¹⁸⁸. C'est ce que JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS désigne comme la *réception directe* de la Loi-type en Amérique latine. La Bolivie, la Colombie, le Honduras, Le Nicaragua, le Paraguay, Le Salvador et le Panama – plus récemment – apportent des aménagements sans pour autant en modifier sa substance. C'est la *réception indirecte*¹⁸⁹.

D'autres pays, n'ont pas pris la Loi-type CNUDCI comme unique source d'inspiration, mais ont élargi leur horizon à d'autres sources. Il en résulte des textes législatifs moyennement réussis qui incorporent des traces des anciennes pratiques locales et, qui de ce fait s'écartent considérablement du texte de la Loi-type¹⁹⁰. A ce propos, non sans reconnaître les progrès réalisés, quelques voix se sont faites entendre pour dénoncer les lacunes de ces lois, jugées incompatibles avec l'arbitrage international¹⁹¹.

D'une manière générale la Loi-type a stimulé l'adoption des lois d'arbitrage modernes dont les améliorations les plus significatives concernent les domaines suivants:

1. *La convention d'arbitrage:*

L'élimination de la distinction entre *clause compromissoire* et *compromis*: les expressions les plus utilisées pour les désigner sont «*accord d'arbitrage*»¹⁹² et «*convention arbitrale*»¹⁹³, suivies de «*accord arbitral*» utilisée au Costa Rica¹⁹⁴ et à Cuba¹⁹⁵, de «*pacte arbitral*» employée en Colombie en relation avec l'arbitrage interne¹⁹⁶ et enfin de «*compromis*» préférée en Argentine¹⁹⁷. L'Uruguay est le seul pays à traiter encore la clause compromissoire et le compromis de manière séparée¹⁹⁸.

La simplification de la forme exigée pour la convention d'arbitrage: aujourd'hui, la grande majorité des lois d'arbitrage subordonnent la validité de la convention d'arbitrage uniquement à la forme *écrite* (en général un acte authentique était exigé). En principe, les conditions de forme correspondent à celles mentionnées à l'art. 7 al. 2 Loi-type de 1985¹⁹⁹, même si les lois les plus récentes s'inspirent de l'Option I de l'art. 7 Loi-type de 2006²⁰⁰.

¹⁸⁸ Le Panama sera sans doute bientôt ajouté à cette liste car sa nouvelle Loi d'arbitrage suit comme modèle la Loi-type CNUDCI de 2006. Cf. la procédure législative d'adoption de la Loi d'arbitrage http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_578.pdf (9.3.2014). Cf. BAÑUELOS RIZO, pour un commentaire récent sur la Loi-type CNUDCI et les lois chilienne, espagnole, guatémaltèque, nicaraguayenne, paraguayenne et péruvienne.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 257 ss; MANTILLA-SERRANO, p. 566 s.

¹⁹⁰ C'est le cas du Brésil, de l'Équateur et du Salvador. Par ailleurs, c'était le cas de la Colombie (jusqu'en 2012) et du Costa Rica (jusqu'en 2011).

¹⁹¹ PALAO MORENO, p. 26; CONEJERO ROOS 2005, p. 100 s.; MANTILLA-SERRANO, p. 563 et 568. Ce dernier va jusqu'à dire que «*les nouvelles dispositions en matière d'arbitrage [...] vont, parfois, jusqu'à porter les marques de quelques apprentis sorciers*». Nous partageons entièrement ce point de vu à l'égard du Salvador qui a apporté, au moyen du D-Lég n° 141 du 1^{er} octobre 2009, quelques modifications à la LMCA-Sv. Ces modifications vont à contre-courant de la tendance progressiste des autres pays d'Amérique latine. Notre critique s'adresse en particulier aux nouveaux al. 4 et 5 de l'art. 37 LMCA-Sv relatifs à la désignation des arbitres et selon lesquels «*en tout cas, la désignation de l'arbitre ou des arbitres se fera par tirage au sort, moyennant au préalable une citation des parties ou de leurs représentants. Si l'une ou toutes les parties légalement citées ne comparaissent pas, la désignation aura lieu en leur absence; les parties et leurs représentants auront droit à contrôler la liste de personnes éligibles sujettes au tirage au sort. De même, la désignation de l'arbitre ou des arbitres pourra se faire par les Chambres de la Capitale de la République dotées de la compétence en matière civile [...]*» (traduction libre et mise en évidence ajoutée). D'une part, ces modifications obligent les parties à assister à la cérémonie de nomination du tribunal arbitral dans son ensemble ou, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre de l'autre partie. D'autre part, la désignation «aléatoire» des arbitres, c'est-à-dire totalement dépendante du hasard ne tient pas compte d'un des principaux attraits de l'arbitrage qu'est la possibilité de choisir le tribunal arbitral. Ce choix s'opère indubitablement en fonctions des qualités personnelles, académiques, professionnels, linguistiques, etc. des arbitres. Priver les parties de ce choix est une décision inexplicable qui découragera le choix du Salvador comme siège arbitral, de peur que le tribunal arbitral ne remplisse pas les qualités requises pour trancher tel ou tel litige. A signaler également le nouvel art. 66-A qui prévoit un recours en appel avec effet suspensif contre la sentence arbitrale, instaurant de la sorte un double degré de juridiction en matière arbitrale. (cf. SÁENZ MARINERO, p. 38 ss).

¹⁹² Cette expression – utilisée par la Loi-type – est employée par le Chili (art. 7 LAC-Cl), la Colombie (art. 69 al. 1 LANI-Col relatif à l'arbitrage international), le Costa Rica (art. 7 LA-Cr), le Guatemala (art. 4 ch. 1 LA-Gu), le Mexique (art. 1416 I CCo-Mx), le Nicaragua (art. 27 LMA-Ni), le Panama (art. 15 LACNI-Pa) le Paraguay (art. 3 LAM-Py), la République Dominicaine (art. 10 LAC-Rép.Do) et le Venezuela (art. 5 LAC-Ve).

¹⁹³ La Bolivie (art. 10 LAC-Bo), le Brésil (art. 3 LA-Br), l'Équateur (art. 5 LAM-Eq), Le Salvador (art. 3 let. e LMCA-Sv), Le Honduras (art. 37 LCA-Ho) et le Pérou (art. 13 LA-Pe) préférèrent cette formulation.

¹⁹⁴ Art. 7-9 LA-Cr.

¹⁹⁵ Art. 12 D-Cub.

¹⁹⁶ Art. 3 LANI-Col. En Colombie, aussi bien la notion de pacte arbitral que celle d'accord d'arbitrage désignent les notions de *clause compromissoire* et de *compromis* (art. 4, 5 et 69 al. 1 LANI-Col).

¹⁹⁷ Art. 739 CPCCN.

¹⁹⁸ Art. 473 à 479 CGP-Uy.

¹⁹⁹ Selon cette disposition, «*[...] la convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat*». Le Honduras, pays qui a adopté cette disposition, a toutefois décidé d'assouplir d'avantage

141 2. *Les pouvoirs des arbitres:*

142 L'acceptation du principe de *Kompetenz-Kompetenz*: à l'exception de l'Argentine et de l'Uruguay qui ne
disposent pas de loi d'arbitrage, les autres pays étudiés accordent aux arbitres le pouvoir de décider de leur propre
compétence²⁰¹.

143 Une *synergie nouvelle* entre les arbitres et le juge d'appui: une majorité des pays de l'Amérique latine
garantissent non seulement une intervention de plus en plus limitée des tribunaux étatiques dans la procédure
arbitrale, mais acceptent également le rôle d'assistance et de collaboration que leurs tribunaux peuvent devoir
endosser pendant la procédure arbitrale²⁰², à l'instar de la Loi-type et du droit suisse. Ce sera généralement le cas en
matière de constitution du tribunal arbitral (art. 11 Loi-type et 179 LDIP)²⁰³, de récusation (art. 12 loi-type et 180
LDIP)²⁰⁴, de mesures provisionnelles et conservatoires (art. 17 Loi-type et 183 LDIP)²⁰⁵ et d'administration des
preuves (art. 27 Loi-type et 184 LDIP)²⁰⁶.

l'exigence de la forme écrite proposée par la Loi-type CNUDCI de 1985. Ainsi, l'art. 38 LCA-Ho assimile l'écrit à toute forme de communication permettant l'échange des données et la corroboration ultérieurement de l'information cosignée.

²⁰⁰ Ainsi, conformément à cette disposition, la Colombie (art. 69 LANI-Col), le Costa Rica (art. 7 al. 2 et 4 LA-Cr), le Panama (art. 16 LACNI-Pa), le Pérou (art. 13 LA-Pe), la République Dominicaine (art. 10 al. 2 LAC-Rép.Do) assimilent à l'écrit la convention d'arbitrage dont on peut en établir la preuve par un support magnétique, optique ou d'un autre type. A noter que la République Dominicaine a maintenu l'exigence de la signature.

²⁰¹ Cf. n° 531 ss. En ce qui concerne l'Uruguay cf. n° 545 relatif au nouvel art. 475 al. 2 CGP-Uy. Cf. aussi le cas particulier du Panama où ce principe a été remis en question et dont la reconnaissance a nécessité une réforme constitutionnelle (cf. n. 33; n. 38 et n° 38 ss).

²⁰² Cf. art. 5 Loi-type CNUDCI qui dispose «pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit». L'art. 9 al. 1 LAC-Bo (Bolivie), l'art. 67 LANI-Col (Colombie), l'art. 5 LA-Cr (Costa Rica), l'art. 5 LAC-CI (Chili), l'art. 8 LCA-Ho (Honduras), l'art. 1421 CCO-Mx (Mexique), l'art. 11 LACNI-Pa (Panama), l'art. 8 LAC-Rép-Do (République Dominicaine), l'art. 28 let. a LMCA-Sv (Le Salvador) et l'art. 5 al. 2 LAC-Ve (Venezuela) reprennent le principe de l'art. 5 de la Loi-type. Le Pérou a non seulement décidé d'intégrer cette disposition dans sa Loi d'arbitrage, mais a également décidé de préciser, notamment, à l'art. 3 al. 2 LA-Pe, que «le tribunal arbitral est totalement indépendant et n'est pas subordonné aux ordres, aux directives ou à une autorité qui mine ses attributions» (traduction libre).

²⁰³ A défaut de convention ou d'accord des parties portant sur la nomination des arbitres, un premier groupe de pays formé par la Bolivie (art. 17 et 22 LAC-Bo), le Brésil (art. 13 LA-Br), le Chili (art. 11 LAC-CI), le Guatemala (art. 15 LA-Gu), le Mexique (art. 1427 CCO-Mx), le Nicaragua (art. 33 LMA-Ni), le Paraguay (art. 13 LAM-Py), la République Dominicaine (art. 15 LAC-Rép.Do) et le Venezuela (art. 17 LAC-Ve) a décidé que, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, la mise en œuvre de la composition du tribunal arbitral relevait de la compétence des institutions d'arbitrage. Ainsi, l'intervention du juge du siège du tribunal arbitral est subsidiaire et ne se justifie que lorsque cela s'avère nécessaire. Un deuxième groupe formé par Cuba (la procédure de nomination est réglée par les règles de procédure de la Cour cubaine d'arbitrage commercial international de 2007), l'Equateur (art. 16 et 17 LAM-Eq), le Honduras (art. 45 LCA-Ho), le Panama (art. 22 LACNI-Pa) et Le Salvador (art. 37 LMCA-Sv) laisse cette tâche uniquement aux institutions arbitrales. Enfin, à défaut de convention, la Colombie (art. 73 al. 1 ch. 5 LANI-Col) et le Costa Rica (art. 11 al. 3 à 5 LA-Cr) font appel au juge d'appui selon les modalités fixées par l'art. 11 al. 3 Loi-type. A noter que le Pérou a adopté une disposition similaire régissant le défaut de consensus dans la nomination du tribunal arbitral. Ainsi, en cas de désaccord, le tribunal arbitral sera désigné, sur demande d'une partie, par la Chambre de commerce du lieu de l'arbitrage ou par la Chambre de commerce de Lima lorsque les parties n'ont pas fixé le lieu de l'arbitrage (art. 24 let. e LA-Pe).

²⁰⁴ En Amérique latine, on reconnaît deux systèmes principaux. Le premier laisse aux institutions d'arbitrage le soin de régler exhaustivement la procédure de récusation, c'est le cas du Brésil (art. 15 et 16 LA-Br), de Cuba (art. 19 D-Cub), de l'Equateur (art. 21 LAM-Eq), du Panama (art. 26 et 27 LACNI-Pa) et du Pérou (art. 29 LA-Pe). Le second est un système hybride, dans lequel le juge étatique joue un rôle subsidiaire dans des cas spécifiques, qui a été préféré par la Bolivie (art. 20 LAC-Bo), le Costa Rica (art. 13 LA-Cr), le Chili (art. 13 LAC-CI), la Colombie (art. 76 LANI-COL), le Guatemala (art. 17 LA-Gu), le Honduras (art. 50 LCA-Ho), le Mexique (art. 1429 CCo-Mx), le Nicaragua (art. 35 LMA-Ni), le Paraguay (art. 15 LAM-Py) la République Dominicaine (art. 17 LAC-Rép.Do), Le Salvador (art. 43 LMCA-Sv) et le Venezuela (art. 38 LAC-Ve).

²⁰⁵ Les législations de l'Equateur (art. 9 LAM-Eq, avec l'accord des parties) et du Nicaragua (art. 43 LMA-Ni) autorisent le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires et à requérir directement auprès des forces de l'ordre l'exécution forcée, sans qu'il soit nécessaire de demander l'assistance du juge étatique. En Bolivie (art. 9, 35 et 36 LAC-Bo), au Chili (art. 9 et 17 LAC-CI), au Costa Rica (art. 17h LA-Cr), au Guatemala (art. 22 LA-Gu), au Mexique (art. 1433 CCo-Mx), au Panama (art. 42 s. LACNI-Pa), au Paraguay (art. 20 LAM-Py), au Pérou (art. 47 et 48 LA-Pe), en République Dominicaine (art. 13 et 21 LAC-Rép.Do), au Salvador (art. 55 et 56 LMCA-Sv) et au Venezuela (art. 26 LAC-Ve) les arbitres sont habilités à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, mais ne peuvent pas ordonner l'exécution de l'ordonnance arbitrale; de ce fait la collaboration du juge étatique est nécessaire. Il en va de même en Colombie (art. 80 et 88 LANI-Col). Sous l'ancien régime, soit jusqu'au 12 octobre 2012, en Colombie le tribunal arbitral jouissait de la faculté d'ordonner des mesure provisoires et de requérir directement auprès des forces de l'ordre l'exécution forcée, sans qu'il soit nécessaire de demander l'assistance du juge étatique. Cette faculté était toutefois limitée à «la *incipción del proceso*» relatif à des biens soumis à registre et au séquestre de biens meubles. Cela s'explique par l'assimilation dans ce pays de la fonction arbitrale à l'exercice des pouvoirs publics, en particulier à celui d'administrer la justice, voir: Décision de la Cour Constitutionnelle, C-431 de 1995, du 28 septembre 1995; Décision de la Cour Constitutionnelle, C-1436 de 2000, du 25 octobre 2000; Décision de la Cour Constitutionnelle, C-378 de 2008, du 23 avril 2008; MANTILLA-SERRANO 1992, p. 51; BENETTI SALGAR, p. 321 ss). Le Brésil (art. 22 LA-Br) et le Honduras (art. 36 LCA-Ho) sont les seuls pays de la région dans lesquels les arbitres qui estiment nécessaire la prise de mesures provisoires doivent en formuler la demande aux juridictions étatiques compétentes. La législation cubaine (art. 34 et 35 D-Cub) n'accorde au tribunal arbitral la faculté d'ordonner des mesures provisoires que lorsque celles-ci visent «des biens qui se trouvent en possession des parties [...]». Hormis cette hypothèse, la partie demanderesse doit s'adresser directement aux juridictions étatiques (PEREZ SILVEIRA/MENDOSA DIAZ, p. 358).

²⁰⁶ La quasi intégralité des lois latino-américaines d'arbitrage a codifié le principe contenu à l'art. 27 Loi-type CNUDCI: Bolivie (art. 36 LAC-Bo), Brésil (art. 22 LA-Br), Chili (art. 27 LAC-CI), Costa Rica (art. 27 LA-Cr), Cuba (art. 33 D-Cub), Equateur (art. 23 LAM-Eq), Guatemala (art. 34 et 35 LA-Gu), Honduras (art. 64 LCA-Hn), Mexique (art. 1444 CCo-Mx), Panama (art. 53 s. LACNI-Pa), Paraguay (art. 31 LAM-Py), Pérou (art. 45 LA-Pe), République Dominicaine (art. 32 LAC-Rép-Do), Le Salvador (art. 57 LMCA-Sv) et Venezuela (art. 28 LAC-Ve). En ce qui concerne la Colombie (art. 100 LANI-Col), nous trouvons regrettable que la nouvelle Loi d'arbitrage ait voulu s'aligner sur le principe de l'art. 27 Loi-type qui dispose que «le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent Etat une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves». Notre position s'explique par le fait qu'avant la modification législative de 2012, la Colombie se démarquait du

3. *Le recours en annulation:*

144

La reconnaissance du recours en annulation comme seule voie de recours est prévue à l'art 34 de la Loi-type qui reprend les causes d'annulation de la sentence arbitrale de l'art. V CNY. La grande majorité des pays de la région ont choisi le recours en annulation comme unique voie de recours²⁰⁷.

145

Nonobstant le rôle unificateur de l'art. 34 de la Loi-type, une analyse attentive des lois d'arbitrage d'Amérique latine fait apparaître des doutes quant à leur compatibilité avec les exigences modernes en matière d'annulation. En effet, certains pays s'éloignent du texte de la Loi-type en prévoyant dans leur loi d'autres motifs d'annulation et/ou en omettant ceux prévus par la Loi-type²⁰⁸ ou en mettant sur pied d'autres mécanismes de recours contre les sentences arbitrales²⁰⁹.

146

Sur la base du rapport A/61/453 de la sixième Commission de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, il a été décidé en 2006 de réviser la Loi-type de 1985 pour que ses dispositions correspondent aux pratiques actuelles du commerce international et aux méthodes modernes de conclusion des contrats. Les dispositions modifiées et/ou ajoutées à la version révisée de 2006 se rapportent: (i) au champ d'application (art. 1 al. 2), (ii) à l'origine internationale et aux principes généraux (art. 2 A), (iii) à la définition et à la forme de la convention d'arbitrage (art. 7), (iv) aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires (chapitre IV) et (v) à la reconnaissance et à l'exécution des sentences (art. 35 al. 2)²¹⁰. A cette occasion, la Commission a également estimé que, dans le cadre de la modernisation des articles de la Loi-type, la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes de la Convention de New York était opportune²¹¹. Dans cette optique, deux recommandations ont été adoptées. La version révisée de 2006 contient, entre autres, les nouveautés suivantes:

147

L'art. 7 Loi-type CNUDCI envisage deux manières différentes de concevoir la forme de la convention d'arbitrage. Les deux visent à préserver la force obligatoire des conventions d'arbitrage telle que prévue dans la Convention de New York.

148

La première option suit la systématique de la version de 1985, confirmant de cette façon l'influence que l'art. II ch. 2 CNY a exercée lors de sa rédaction. Ainsi, l'art. 7 al. 1 et 2 Loi-type CNUDCI 2006 (Option I) dispose que la convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'une convention séparée (compromis), et qu'elle doit revêtir la forme écrite. Toutefois, l'art. 7 al. 3 Loi-type CNUDCI 2006 (Option I), adopte une approche plus libérale. En effet, le troisième alinéa, au moyen d'une fiction juridique, considère sous forme écrite une convention d'arbitrage conclue sous n'importe quelle forme – y compris orale – mais à condition qu'elle soit consignée «sous une forme quelconque»; ce qui rend superflu l'exigence de la forme écrite et de la signature. Au surplus, le nouvel art. 7 al. 4 Loi-type CNUDCI 2006 (Option I) fait désormais référence au langage relatif aux communications électroniques.

149

La deuxième option, quant à elle, ne subordonne pas la validité de la convention d'arbitrage au respect d'une forme particulière (art. 7 Loi-type CNUDCI 2006 [Option II]²¹². Il s'agit là d'une rédaction novatrice,

150

reste des pays de la région en ce sens qu'elle était le seul Etat à accorder au tribunal arbitral l'*imperium* pour ordonner la production de preuves (art. 151 aD-Col). Au sens de cette disposition, les tribunaux arbitraux avait à l'égard des preuves, «*les mêmes facultés et obligations que le Code de procédure civile impose au juge*» (traduction libre). Enfin, dans ce domaine, seule la législation nicaraguayenne reste muette.

²⁰⁷ C'est le cas de la Bolivie (art. 62 LAC-Bo), du Brésil (art. 33 LA-Br), de la Colombie (art. 108 LANI-Col), du Chili (art. 34 LAC-Cl), du Salvador (art. 67 LMCA-Sv), de l'Equateur (art. 31 LAM-Eq), du Guatemala (art. 43 LA-Gu, qui curieusement le qualifie de *recours en révision*), du Honduras (art. 73 LCA-Hn), du Mexique (art. 1457 CCo-Mx), du Nicaragua (art. 58 et 61 LMA-Ni), du Panama (art. 66 LACNI-Pa), du Paraguay (art. 40 LAM-Py), du Pérou (62 et 63 LA-Pe), de la République Dominicaine (art. 39 LAM-Rép-Do) et du Venezuela (art. 43 LAC-Ve). Cf. n° 18 ss.

²⁰⁸ Ainsi p. ex. en Bolivie, le prononcé de la sentence arbitrale en dehors des délais fixés par la loi constitue une cause de nullité (art. 63 al. II ch. 7 LAC-Bo). C'est également le cas en Honduras (art. 74 LCA-Ho, cette norme reproduit mot pour mot l'ancienne disposition colombienne 163 aD-Col qui prévoyait le même motif d'annulation). Le Venezuela et l'Equateur omettent, quant à eux, d'ériger en motif de nullité l'invalidité de la convention d'arbitrage (art. 44 LAC-Ve et art. 31 LAM-Eq).

²⁰⁹ La Bolivie a mis en place un recours additionnel appelé «*recours de compulsa*» que le demandeur pourra interjeter en cas de refus illégitime du recours en annulation (art. 65 LAC-Bo). De ce fait, le *recurso de compulsa* constitue une sorte de deuxième instance. La Loi brésilienne permet l'annulation d'une sentence arbitrale au moyen d'une action en opposition du débiteur, en cas d'exécution judiciaire (art. 33 al. 3 LA-Br).

²¹⁰ Cf. SQUEIROS, p. 127.

²¹¹ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/534/12/PDF/N1253412.pdf?OpenElement> (20.03.2014).

²¹² Aux termes de cette norme, «*une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel*».

proposée par la délégation mexicaine, qui tient compte du droit positif de certains Etats dont la conception de la validité formelle de la convention d'arbitrage est plus large²¹³, tels la Suisse²¹⁴, la France²¹⁵, ou l'Angleterre²¹⁶.

151 La section 4 de la Loi-type CNUDCI 2006 constitue une autre nouveauté importante. Elle instaure un régime de reconnaissance et d'exécution des mesures provisoires inspiré du régime de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales des articles 35 et 36 de la Loi-type CNUDCI 1985.

152 Enfin, dans un désir de promouvoir une interprétation et une application uniformes de la Convention de New York, la Loi-type CNUDCI 2006 recommande aux Etats, dans un premier temps, d'appliquer l'art. II ch. 2 CNY, en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs²¹⁷. La Commission, recommande également que l'art. VII ch. 1 CNY soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention. L'art. VII ch. 1 CNY garantit l'application de la norme la plus favorable en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères (principe d'«*efficacité maximale*»)²¹⁸. Cette recommandation incite à l'application analogique de ce principe à la convention d'arbitrage, de sorte que l'application de la norme la plus favorable en matière de validité de la convention d'arbitrage soit garantie.

Titre quatre: Sources d'origine communautaire en Amérique latine

1. Marché commun du Sud

153 Le marché commun du sud (Mercosur) a été institué le 26 mars 1991 par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay²¹⁹ et l'Uruguay lors de la signature du Traité d'Asunción²²⁰. Le Venezuela a rejoint ce groupe le 31 juillet 2012, la Bolivie²²¹ se trouve actuellement en processus d'adhésion et, la Guyana et le Surinam devraient prochainement ratifier leur adhésion. Le cadre institutionnel du Mercosur est fixé par le Protocole d'Ouro Preto de 1994²²². Ce marché porte essentiellement sur la libre circulation des biens, des services, des capitaux et sur l'adoption d'une politique commerciale commune²²³. Dans cette perspective, les pays du Mercosur ont manifesté leur volonté d'instaurer l'arbitrage comme moyen alternatif de résolution des conflits.

²¹³ DEGOS, p. 26.

²¹⁴ L'art. 178 al. 1 LDIP: «quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un écrit».

²¹⁵ Le droit français de l'arbitrage international est l'un des plus libéraux quant à la forme de la convention d'arbitrage. Celui-ci n'impose aucune exigence de forme en matière d'arbitrage international, contrairement aux art. 1443 et 1449 NCPC qui, dans l'arbitrage interne, prescrivent la forme écrite, sous peine de nullité. Elle peut également résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

²¹⁶ L'art. 5 de l'Arbitration Act de 1996: «[...] 2 – Il y a convention écrite, (a) lorsque la convention est consignée par écrit, qu'il soit signé ou non, (b) lorsque la convention prend la forme d'un échange de communications par écrit, ou (c) lorsque la convention est attestée par écrit. 3 – Lorsque des parties passent entre elles une convention sous une forme autre qu'écrite en revoyant à des conditions écrites, la convention est réputée écrite. 4 – Une convention est attestée par écrit si, après avoir été passée sous une forme autre qu'écrite, elle est consignée par l'une des parties, ou par un tiers, avec l'assentiment des parties. 5 – Un échange de déclarations écrites dans une procédure arbitrale ou judiciaire, dans laquelle l'une des parties invoque contre une autre l'existence d'une convention sous une forme autre qu'écrite sans que l'autre partie la conteste dans sa réponse, constitue entre ces parties une convention aux fins invoquées. 6 – Aux fins de la présente partie le terme écrit englobe les communications attestées par tous moyens» (traduction privée).

²¹⁷ Cette disposition ne fait référence qu'à un échange de lettres et ou de télégrammes. Cette recommandation confirme l'interprétation large que la doctrine et la jurisprudence proposent de cet article (cf. n° 363)

²¹⁸ Cf. n° 92.

²¹⁹ Suite à la destitution du Président Fernando Lugo prononcée par le parlement paraguayen le 22 juin 2012 et en application du Protocole de Ushuaïa relatif au compromis démocratique dans le Mercosur, les pays membres, le Chili et la Bolivie ont décidé de suspendre la qualité de pays membre au Paraguay. A consulter sur: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/3862/1/dec_028-2012_es_reglam_suspension_paraguay.pdf (09.03.2014).

²²⁰ Les Etats du Mercosur ont également signé des accords de libre échange avec la Bolivie (1996) et le Chili (1997). En 1995, un accord cadre interrégional fût signé avec l'Union européenne.

²²¹ Le protocole d'adhésion au Mercosur peut être consulté sur: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/3862/1/protocolo_adhesion_bolivia_al_mercosur.pdf (09.03.2014).

²²² Art. 18 du Traité d'Asunción.

²²³ Art. 1 du Traité d'Asunción.

Actuellement, l'arbitrage privé est réglementé par l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international de 1998, conclu à Buenos Aires²²⁴. Nous emploierons les terme «Accord du Mercosur» pour le désigner. Il est composé de 26 dispositions traitant l'ensemble de la procédure arbitrale, aussi il est qualifié de véritable code d'arbitrage²²⁵. L'Accord du Mercosur revêt une importance majeure en matière d'uniformisation et d'harmonisation législative arbitrale, surtout lorsque l'on sait que l'Argentine et l'Uruguay ne possèdent pas de lois d'arbitrage modernes²²⁶. 154

L'art. 1 de l'Accord du Mercosur limite *ratione materiae* l'application de l'Accord aux controverses issues de contrats commerciaux internationaux passés entre personnes physiques ou morales de droit privé²²⁷. L'Accord du Mercosur omet toutefois de préciser la notion de «*contrats commerciaux internationaux*», raison pour laquelle elle doit être interprétée. Cette lacune peut aboutir notamment à des interprétations contradictoires²²⁸. En revanche, le champ d'application *ratione loci* de l'Accord est très large, car plusieurs éléments de rattachement déterminent son étendue. 155

Ainsi, au sens de l'art. 3 let. a de l'Accord du Mercosur, le premier point de rattachement est un critère purement géographique, celui de la résidence habituelle ou du siège des parties: 156

*«a) la convention d'arbitrage est conclue entre personnes physiques ou morales qui, au moment de sa conclusion, ont déjà leur résidence habituelle, centre principal d'affaires, siège, succursales, établissements ou agences, dans plus d'un Etat membre du Mercosur; [...]»*²²⁹. 157

Deuxièmement, la let. b de l'art. 3 de l'Accord du Mercosur exige que le contrat de base ait un lien juridique ou économique avec plus d'un Etat membre: 158

*«b) le contrat de base a un lien objectif – juridique ou économique – avec plus d'un Etat partie au Mercosur [...]»*²³⁰. 159

Enfin, le troisième élément de rattachement consiste dans la volonté des parties. Elle se manifeste de manière négative ou positive. Elle est de nature négative lorsque: 160

*«c) en l'absence de volonté contraire des parties, le contrat de base a un lien objectif – juridique ou économique – avec un Etat partie, pour autant que le tribunal ait son siège dans l'un des Etats membres du Mercosur [...]»*²³¹. 161

Elle s'exprime positivement lorsque: 162

*«d) le contrat de base a un lien objectif – juridique ou économique – avec un Etat partie et le tribunal n'a pas son siège dans l'un des Etats parties au Mercosur, pour autant que les parties déclarent expressément leur volonté de se soumettre au présent Accord [...]»*²³². 163

Ou encore lorsque: 164

*«e) le contrat de base n'a aucun lien objectif – juridique ou économique – avec l'un des Etats partie et que les parties aient choisi un Tribunal arbitral siégeant dans un Etat partie au Mercosur, pour autant que les parties déclarent expressément leur volonté de se soumettre au présent Accord [...]»*²³³. 165

²²⁴ Signé le 23 juillet 1998 et entré en vigueur le 9 septembre 2003. L'Accord du Mercosur a été ratifié par l'Argentine (Loi n° 25.223 de 2000), le Brésil (D-Lég n° 4719 de 2003), le Paraguay (Loi n° 3303 de 2007) et l'Uruguay (Loi n° 17834 de 2004). Le Venezuela ne l'a pas encore approuvé.

²²⁵ GONZALEZ DE COSSIO, p. 9; RIVERA 2007, p. 88.

²²⁶ Cf. MACCHIA/ZAPIOLA, p. 115; BOSCO LEE, p. 568.

²²⁷ Au sens de cette disposition, l'Accord du Mercosur «*a pour objet de régler l'arbitrage comme mode alternatif privé de solution de controverses résultant des contrats commerciaux internationaux entre personnes privées ou morales de droit privé*» (traduction libre). Ainsi, p. ex., sont exclus du champ d'application de cet Accord, les litiges résultant des contrats commerciaux internationaux conclus par l'Etat, lorsque celui-ci agit en tant que personne de droit privé (DE CHAZAL P., p. 62).

²²⁸ Cf. BOSCO LEE, p. 576.

²²⁹ Traduction libre.

²³⁰ Traduction libre.

²³¹ Traduction libre.

²³² Traduction libre.

²³³ Traduction libre.

166 L'efficacité et l'autonomie de la clause arbitrale sont garanties par l'Accord du Mercosur. Ainsi, l'inexistence ou l'invalidité du contrat de base n'impliquent pas la nullité de la convention d'arbitrage (art. 5 Accord du Mercosur)²³⁴. Celle-ci peut prendre la forme d'une clause compromissoire insérée dans un contrat ou celle d'un accord indépendant²³⁵. Sa validité formelle est subordonnée à la forme écrite et est régie par le droit du lieu de conclusion (*locus regit actum*)²³⁶. Dans l'hypothèse où la clause arbitrale ne se conforme pas aux prescriptions de forme du lieu de conclusion, l'art. 6 al. 5 de l'Accord du Mercosur prévoit une règle de conflit en faveur de sa validité formelle, de telle sorte que la clause arbitrale est valable, si elle remplit les exigences de forme de l'un des Etats avec lequel le contrat de base présente un lien objectif (principe *in favorem validitatis*).

167 L'Accord du Mercosur ne traite pas de l'exécution de sentences arbitrales étrangères. Il se limite à mentionner les instruments internationaux qui régissent cette matière (art. 23)²³⁷. Enfin, en ce qui concerne les situations non prévues par les parties, par l'Accord du Mercosur, par les règles de procédure de la CIAC ou par les conventions et les normes auxquelles se réfère l'Accord, les règles et principes de la Loi-type CNUDCI de 1985 seront applicables (art. 25 al. 3).

2. Communauté andine des nations

168 La Communauté andine des nations (CAN) a été instituée le 26 mai 1969 lorsque la Bolivie, la Colombie, le Chili²³⁸, l'Equateur et le Pérou ont signé l'Accord de Cartagena²³⁹. Postérieurement, le Venezuela a décidé de rejoindre la CAN au moyen du Consensus de Lima du 13 février 1973²⁴⁰. Actuellement, l'Argentine, le Brésil, le Chili, le Paraguay et l'Uruguay forment le groupe des pays associés à la CAN²⁴¹.

169 L'art. 1 de l'Accord de Cartagena codifie la volonté d'œuvrer pour le développement équilibré et harmonieux des pays membres au moyen de l'intégration et la coopération économique et sociale dans le but de créer graduellement un marché commun.

170 Au travers du Protocole de Cochabamba du 26 mai 1996, la CAN s'est dotée d'un organe juridictionnel, à savoir le Tribunal de justice de la communauté andine des nations (TJCAN)²⁴². En vertu des art. 38 et 39 du Protocole de Cochabamba, le TJCAN est investi de la fonction de tribunal arbitral. Il est donc compétent pour arbitrer les controverses issues de l'application ou l'interprétation des contrats, conventions ou accords souscrits entre les organes et institutions du Système Andin d'Intégration²⁴³ ou entre ce dernier et des tiers, lorsque les parties ainsi l'accordent. De même, les personnes privées peuvent soumettre à l'arbitrage de la TJCAN les controverses issues de l'application ou de l'interprétation des contrats privés régis par l'ordre juridique de la CAN.

3. Accord de libre-échange Nord-Américain

171 L'Accord de libre-échange Nord-Américain (ALENA), signé entre le Mexique, les Etats-Unis et le Canada, est entré en vigueur le 1^e janvier 1994²⁴⁴. L'ALENA a pour objectifs, entre autres, l'élimination des

²³⁴ Aux termes de l'art. 5 Accord du Mercosur, «la convention d'arbitrage est autonome vis-à-vis du contrat de base. L'inexistence ou invalidité de ce dernier n'implique pas la nullité de la convention d'arbitrage» (traduction libre).

²³⁵ Selon l'art. 2 al. 1 let. e Accord du Mercosur, la convention d'arbitrage se définit comme l'«accord par lequel les parties décident de soumettre à l'arbitrage toutes ou certaines des controverses qui se sont élevées ou pourraient s'élever entre elles au sujet de leurs rapports contractuels. Elle pourra prendre la forme d'une clause compromissoire insérée dans un contrat ou celle d'un accord indépendant» (traduction libre).

²³⁶ Art. 6 al. 1 et 2 Accord du Mercosur.

²³⁷ Cette disposition se réfère à la Convention de Panama de 1975, au Protocole de coopération et assistance juridictionnelle en matière civile, commerciale, sociale et administrative du Mercosur (déc. N° 5/92) et à la Convention de Montevideo de 1979. En procédant de cette manière, l'Accord du Mercosur évite la prolifération de textes réglant le même domaine (FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 204).

²³⁸ Le 30 octobre 1976, le Chili a quitté la CAN.

²³⁹ <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx> (09.03.2014).

²⁴⁰ Le 22 avril 2006, le Venezuela informe formellement le Secrétariat général de la CAN sa volonté de dénoncer l'Accord de Cartagena de 1969. Cette dénonciation a pris effet le 22 avril 2011, soit cinq ans après le délai légal de dénonciation prévu par l'art. 135 al. 1 de l'Accord de Cartagena.

²⁴¹ <http://www.comunidadandina.org/quienes.htm> (09.03.2014).

²⁴² <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx> (09.03.2014).

²⁴³ Le Système Andin d'Intégration est l'ensemble d'organes et institutions de la CAN (cf. art. 5 ss Accord de Cartagena)

²⁴⁴ Cet Accord est connu, en Amérique latine, sous le nom de *Tratado de libre comercio de América del norte* (TLCAN) et, au Canada et aux Etats-Unis, sous le nom de *North american free trade agreement* (NAFTA). Le texte en français de l'Accord est consultable sur le site web suivant: <https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=141&language=fr-CA> (13.03.2014).

obstacles au commerce des produits et des services, l'encouragement de la concurrence loyale et l'augmentation des investissements sur les territoires des Etats membres (art. 102 al. 1 ALENA).

Les Etats membres se sont également engagés à promouvoir et faciliter le recours à l'arbitrage et à d'autres moyens alternatifs de règlement des différends de commerce extérieur entre personnes privées dans la zone de libre échange (art. 2022 al. 1 ALENA). Outre l'arbitrage privé, l'ALENA régit aussi l'arbitrage entre Etats membres²⁴⁵, l'arbitrage d'investissement²⁴⁶ et l'arbitrage en matière de *dumping* et de droits compensateurs²⁴⁷.

Les pays membres doivent intégrer, dans leurs législations nationales, des dispositions favorables à la reconnaissance des conventions d'arbitrage, de même qu'à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Ils sont supposés avoir rempli cette exigence, s'ils sont parties et se conforment aux dispositions de la Convention de New York de 1958 ou à celles de la Convention de Panama de 1975 (art. 2022 al. 2 et 3 ALENA).

En matière de solution de controverses privées, la procédure comporte trois phases:

– Une première phase consultative composée par un «*Comité consultatif de controverses commerciales privées*» dont le rôle est de présenter des rapports et des recommandations à la Commission de libre-échange. Ces rapports et recommandations portent sur les questions générales que lui soumet cette dernière en ce qui concerne l'existence, l'utilisation et l'efficacité de procédures d'arbitrage et d'autres procédures aux fins du règlement de tels différends dans la zone de libre-échange.

– Si l'intervention du Comité consultatif ne met pas fin au litige, l'une des parties pourra demander par écrit la médiation de la Commission de libre-échange; c'est la phase de médiation.

– En cas d'échec, les parties peuvent requérir soit la constitution d'un tribunal arbitral *ad hoc*, soit faire appel au système de résolution des controverses de l'OMC²⁴⁸.

Titre cinq: Sources d'origine privée

1. Institutions internationales d'arbitrage et leurs règlements

L'arbitrage *ad hoc* est l'arbitrage qui se déroule selon les règles de procédure arrêtées par les parties elles-mêmes, par le tribunal arbitral ou par celles empruntées à une institution arbitrale²⁴⁹. Ce type d'arbitrage a lieu en marge de toute institution d'arbitrage²⁵⁰. Les parties peuvent également confier l'organisation et la surveillance de l'arbitrage à une institution spécialisée; la procédure arbitrale se déroulera alors conformément au règlement de l'institution choisie dans la convention d'arbitrage²⁵¹. Le règlement d'arbitrage est en principe de nature contractuelle²⁵².

²⁴⁵ Chapitre 20 ALENA.

²⁴⁶ Chapitre 11 ALENA.

²⁴⁷ Chapitre 19 ALENA. Le site officiel du Secrétariat de l'ALENA définit les droits compensateurs comme des droits spéciaux prélevés sur une marchandise importée qui a pour but de protéger une industrie nationale d'un dommage causé par des importations subventionnées. (cf. <https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=157&language=fr-CA#Qu'est-ce%20qu'un%20droit%20compensateur> (13.03.2014).

²⁴⁸ CIENFUEGOS/JOVTIS, p. 414; WITKER, p. 639 ss.

²⁴⁹ BENETTI SALGAR, p. 419; AMPRIMO PLÁ 2009, p. 43. Cf. art. IV al. 1 de la Convention européenne de 1961 au sens duquel «*les parties à une convention d'arbitrage sont libres de prévoir: a) que leurs litiges seront soumis à une institution permanente d'arbitrage; dans ce cas, l'arbitrage se déroulera conformément au Règlement de l'institution désignée; ou b) que leurs litiges seront soumis à une procédure arbitrale ad hoc; dans ce cas, les parties auront notamment la faculté: (i) de désigner les arbitres ou d'établir les modalités suivant lesquelles les arbitres seront désignés en cas de litige; (ii) de déterminer le lieu de l'arbitrage; (iii) de fixer les règles de procédure à suivre par les arbitres*». Les parties peuvent notamment se référer au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dont les règles ont été spécialement conçues pour l'arbitrage *ad hoc*. La nouvelle version de 2010 remplace le règlement de 1976. Elle est accessible sur le site web suivant: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf> (14.03.2014). La nouvelle Loi d'arbitrage panaméenne précise à l'art. 12 LACNI-Pa que «*faute de désignation d'une institution arbitrale, l'arbitrage sera ad hoc*» (traduction libre).

²⁵⁰ Cf. GIRSBERGER/VOSER, p. 14 ss; POUURET/BESSON, p. 69, n° 93; RUSKA MAGUÑA, p. 92; DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, p. 237.

²⁵¹ L'arbitrage institutionnel se caractérise par la présence de trois éléments: (i) l'aspect institutionnel, (ii) l'aspect organisationnel et de contrôle et (iii) l'aspect réglementaire. Cf. AMPRIMO PLÁ 2009, p. 45.

²⁵² Nous estimons que, lorsque l'arbitrage est institutionnalisé, le règlement d'arbitrage est de nature contractuelle car, ce n'est qu'au travers de son inclusion dans la convention d'arbitrage ou de son acceptation postérieure que l'institution chargée de l'organisation de l'arbitrage sera liée aux parties à la convention d'arbitrage par le contrat d'organisation arbitrale. Ce faisant, le règlement d'arbitrage constitue une offre permanente de contracter qui s'assimile aux contrats d'adhésion, dans la mesure où il est rédigé par une partie, l'autre n'ayant que la liberté d'accepter ou de

179 L'essor des institutions arbitrales dans le monde, y compris en Amérique latine, a connu un succès fulgurant. Nous avons retenu les institutions qui ont réussi à se consolider comme promotrices de l'arbitrage, tant au niveau international que régional ou national.

180 Le processus de modernisation des sources de l'arbitrage ne concerne pas uniquement les modifications constitutionnelles et/ou législatives d'ordre national, international ou communautaire exposées ci-dessus²⁵³. Il touche également divers règlements d'arbitrage²⁵⁴. Dans l'ordre chronologique, la CIAC a modifié son Règlement en 2008, l'AAA l'a fait en 2010, la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 est intervenue avant celle de la CCI dont le nouveau Règlement d'arbitrage est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Conformément à cette tendance, le Règlement suisse d'arbitrage international de 2004 a également été révisé. La nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2012.

1.1 Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale

181 Fondée à Paris en 1919 sous la forme d'une association privée de droit français, la Chambre de commerce internationale (CCI)²⁵⁵ a comme objectif la promotion du commerce en favorisant les échanges économiques et l'investissement. Ses principales activités sont la rédaction des règles et l'impulsion des mécanismes de résolution des conflits, comme l'arbitrage²⁵⁶.

182 Dans cette logique, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a été créée en 1923 par le Règlement d'arbitrage de 1922. Depuis cette date, elle joue un rôle pionnier dans la promotion et le développement de l'arbitrage international. La Cour internationale d'arbitrage de la CCI se compose d'un président, de vice-présidents et de membres suppléants²⁵⁷. Le Secrétariat de la Cour lui porte assistance dans ses travaux²⁵⁸.

183 La Cour internationale d'arbitrage a pour mission de permettre la solution par voie d'arbitrage des différends ayant un caractère international, intervenant dans le domaine des affaires, conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI²⁵⁹. A noter que la Cour internationale d'arbitrage ne revêt pas les caractéristiques d'une Cour au sens traditionnel du terme. Au sens de l'art. 1 al. 2 du Règlement d'arbitrage de la CCI, elle ne tranche pas elle-même les différends, cette tâche étant du ressort des arbitres indépendants²⁶⁰. Elle s'assure de l'application du règlement et a, à cet effet, tous les pouvoirs nécessaires²⁶¹. Son rôle est donc de veiller au bon déroulement de la procédure arbitrale CCI²⁶².

refuser la conclusion (cf. n° 333 ss; CLAY, p. 550 ss et 565 ss; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1111, n° 2428; Décision de la Cour de Cassation civile, 1^{er} section, *Cubic*, du 20 février 2001, in: Rév. arb. 2001, n° 3, p. 511 ss, n. Thomas Clay). Certains auteurs, tout en reconnaissant son caractère contractuel, voient à tort dans le règlement d'arbitrage un prolongement de la convention d'arbitrage (POUDRET/BESSON, p. 71, n° 96). En outre, nous considérons que dans le cadre d'un arbitrage *ad-hoc*, lorsque le règlement d'arbitrage est emprunté à une institution arbitrale, il revêt la forme d'un contrat-type puisqu'il lie exclusivement les parties à la convention d'arbitrage, et non les parties et l'institution arbitrale à laquelle le règlement a été emprunté.

²⁵³ Cf. n° 18 ss.

²⁵⁴ Cf. MÜLLER 2010, p. 153.

²⁵⁵ <http://www.iccwbo.org/id95/index.html> (14.03.2014).

²⁵⁶ La CCI est par exemple à l'origine du processus de la réflexion qui a abouti à l'adoption de la Convention de New York de 1958 et à l'élaboration des ICOTERMS (REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 122, n° 1-114; JIMENEZ FIGUERES, p. 520).

²⁵⁷ Art. 2 Appendice I Régl. CCI. Actuellement il existe 17 vice-présidents et 86 membres suppléants. <http://www.iccwbo.org/About-ICC/Organization/Dispute-Resolution-Services/ICC-International-Court-of-Arbitration/List-of-Current-Court-Members/> (14.03.2014).

²⁵⁸ Le Secrétariat est l'organe administratif qui assure la liaison entre les parties, les arbitres et la Cour. Il est dirigé par un Secrétaire général responsable de son fonctionnement quotidien. Il est assisté dans cette tâche par un Secrétaire-adjoint. La Cour est composée de huit équipes de travail chargées du suivi des dossiers, soit en moyenne 150 dossiers par équipe. Chaque équipe est formée d'un conseiller, de deux conseillers-adjoints et de deux secrétaires (JIMENEZ FIGUERES, p. 523; SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, p. 22).

²⁵⁹ La dernière version du Règlement est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012. L'application dans le temps de ce nouveau Règlement est déterminée par l'art. 6 al. 1. Au sens de cette disposition, les parties qui conviennent d'avoir recours à l'arbitrage CCI sont réputées se soumettre au Règlement en vigueur à la date d'introduction de l'arbitrage, à moins qu'elles ne décident de se soumettre au Règlement en vigueur au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Pour un commentaire très détaillé du nouveau Règlement CCI se référer à ARROYO, p. 662 à 884.

²⁶⁰ Art. 7 Régl. CCI.

²⁶¹ Art. 1 des Statuts de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.

²⁶² SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, p. 16 et 19.

Toute demande d'arbitrage doit être adressée au Secrétariat de la Cour de la CCI (art. 4 al.1 Règl. CCI)²⁶³. 184
La date de la réception de la demande par le secrétariat marque le début de la litispendance (art.4 al. 2 Règl. CCI).

Le Secrétaire général confie la demande à l'une des équipes, il fera son choix en fonction notamment de la 185
nationalité des parties en cause, de leur charge de travail et des droits en cause et de leurs compétences linguistiques. Après réception de la demande et de son examen, le Secrétariat la communique au défendeur en lui précisant qu'il dispose de trente jours, à compter de la réception de la demande, pour formuler sa réponse et ses éventuelles demandes reconventionnelles²⁶⁴.

Le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique ou de trois arbitres indépendants désigné(s) par les 186
parties d'un commun accord, ou à défaut par la Cour (art. 11, 12 et 13 Règl. CCI). Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'indépendance et fait connaître par écrit au Secrétariat les éventuels motifs susceptibles de mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties (art. 11 al. 2 Règl. CCI).

Deux éléments distinguent la procédure CCI des autres règlements d'arbitrage. Ils ont été conservés par le 187
nouveau Règlement: (i) l'établissement d'un acte de mission et (ii) l'examen du projet de sentence par la Cour d'arbitrage.

L'acte de mission sert à organiser en tout début de procédure la matière du litige et à régler les questions de 188
procédure que le Règlement laisse ouvertes²⁶⁵; il fixe donc avec l'accord des parties le cadre du déroulement des débats²⁶⁶. Le tribunal arbitral est libre d'inclure dans l'acte de mission la liste de points litigieux contenue à l'art. 23 al. 1 Règl. CCI. Lors de l'établissement de l'acte de mission, ou dès que possible après celui-ci, le tribunal arbitral fixe le calendrier de la procédure qu'il entend suivre pour la conduite de l'arbitrage (art. 24 al. 2 Règl. CCI).

Au sens de l'art. 33 Règl. CCI, avant de signer toute sentence²⁶⁷, le tribunal arbitral doit soumettre le projet 189
à la Cour. Il s'agit d'une condition de validité qui constitue une caractéristique spécifique de l'arbitrage CCI. En effet, la CCI est la seule institution arbitrale internationale à avoir mis en place une telle exigence. Le contrôle préalable de la Cour ne porte que sur les projets de sentences et se limite en principe à la conformité formelle. La Cour peut prescrire au tribunal arbitral des modifications de forme. L'examen de la Cour concerne en particulier la motivation (art. 31 al. 2 Règl. CCI) et le dispositif de la sentence. La Cour s'assure également que le projet de sentence tranche toutes les prétentions alléguées par les parties et qu'il n'aille pas au-delà des conclusions des parties. Elle veille donc à ce que le tribunal arbitral ne prononce pas de sentence *infra* respectivement *extra petita*²⁶⁸.

Lors de cette analyse, la Cour peut être amenée à attirer l'attention du tribunal arbitral sur des points 190
intéressant le fond du litige (art. 33 Règl. CCI). Les remarques de la Cour ne sont que de nature déclaratoire, la Cour devant respecter la liberté de décision du tribunal arbitral. Ce dernier est libre de prendre ou non en considération les remarques de la Cour et de modifier ou non son projet de sentence en conséquence²⁶⁹.

Le Règlement CCI de 2012 contient de nouvelles dispositions traitant en particulier de la saisine de la Cour 191
en vue d'un examen *prima facie* (art. 6 al. 3 Règl. CCI), de l'intervention des tiers dans la procédure (art. 7 Règl. CCI), des litiges entre parties multiples (art. 8 Règl. CCI), des litiges découlant de plusieurs contrats (art. 9 Règl. CCI), de la nomination d'un arbitre d'urgence (art. 29 Règl. CCI), ainsi que d'adaptations des dispositions relatives à la gestion de la procédure et des litiges en matière d'investissement (art. 1 al. 1 et 14 al. 4 Règl. CCI).

²⁶³ Elle doit contenir (art. 4 al. 3 Règl. CCI): les noms et dénominations complètes, qualités et adresse de chacune des parties (let. a), les noms et dénominations complètes, adresse et autres coordonnées de toute(s) personne(s) représentant le demandeur dans l'arbitrage (let. b), un exposé de la nature et des circonstances du litige à l'origine de la demande (let. c), une indication des décisions sollicitées ainsi que les montants de toutes demandes quantifiées et, si possible, une estimation de la valeur pécuniaire de toutes autres demandes (let. d), les conventions pertinentes et notamment la ou les conventions d'arbitrage, (let. e), lorsque les demandes sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, une indication de la convention d'arbitrage en application de laquelle chacune des demandes est formée (let. f), les indications quant au nombre et au choix des arbitres (let. g) et, enfin, les observations concernant le lieu de l'arbitrage, les règles de droit applicables et la langue de l'arbitrage (let. d).

²⁶⁴ Art. 4 al. 1 et 5 et 5 al. 1 et 5 Règl. CCI.

²⁶⁵ SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, p. 115.

²⁶⁶ L'art. 23 al 2 Règl. CCI précise que l'acte de mission doit être signé par les parties et par le tribunal arbitral. Selon l'art. 23 al. 3 Règl. CCI, si l'une des parties refuse de le signer, l'acte de mission est déféré à la Cour pour approbation.

²⁶⁷ Il peut s'agir d'une sentence d'accord parties, intérimaire, partielle ou finale (SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, p. 157; LENGGENHAGGER, p. 854, n° 4).

²⁶⁸ DERAÏNS/SCHWARTZ, p. 315.

²⁶⁹ SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, p. 158 s.; LENGGENHAGGER, p. 855, n° 9.

- 192 Le nouveau Règlement CCI limite le nombre de situations dans lesquelles la Cour doit décider *prima facie* du sort de l'arbitrage. Ainsi, au sens de l'art. 6 al. 3 Règl. CCI, «*lorsqu'une partie contre laquelle une demande a été formée ne répond pas à cette demande ou soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage ou relatifs à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique, l'arbitrage aura lieu et toute question relative à la compétence ou à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique sera tranchée directement par le tribunal arbitral, à moins que le Secrétaire général ne soumette la question à la décision de la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 4*». Il en découle que la Cour ne devrait se prononcer sur ces questions que lorsqu'exceptionnellement le Secrétaire général de la Cour le décide ainsi. La doctrine évoque quatre situations dans lesquelles la Cour serait compétente: (i) lorsque la convention d'arbitrage prévoit un autre règlement que celui de la CCI, (ii) lorsque la demanderesse dirige sa demande d'arbitrage contre une ou des parties non signataires de la convention d'arbitrage, (iii) lorsque la demanderesse fonde ses prétentions sur plusieurs contrats et (iv) lorsqu'une partie à l'arbitrage souhaite faire désigner un tiers comme partie à l'arbitrage²⁷⁰.
- 193 Le Règlement de 2012 consacre désormais une disposition relative à l'intervention d'une tierce personne à la procédure arbitrale. Ce cas de figure est aussi appelé «*extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires*»²⁷¹. Dans le cadre de l'arbitrage CCI et en l'absence d'une disposition expresse des anciens Règlements CCI sur l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires, la jurisprudence développée par la Cour internationale d'arbitrage s'est fondée initialement sur les règles relatives à la compétence du tribunal arbitral²⁷². La procédure comptait deux phases, ainsi l'art. 6 al. 2 Règl. CCI de 1998 disposait que: (i) «*lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ce ou ces moyens, que l'arbitrage aura lieu si, prima facie, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le Règlement*». Si tel était le cas, cette norme précisait qu': (ii) «*il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence*».
- 194 Depuis le 1^{er} janvier 2012, ce cas de figure est réglé par l'art. 7 al. 1 Règl. CCI relatif à l'intervention d'un tiers comme partie à l'arbitrage. Les demandes d'intervention d'un tiers sont semblables aux demandes d'arbitrage (art. 4 et 7 al. 2 Règl. CCI). Par ailleurs, toute demande d'intervention est soumise aux dispositions des art. 6 al. 3 à 7 et 9 Règl. CCI. Au surplus, il est impératif de déposer la requête d'intervention d'un tiers avant la confirmation ou la nomination d'un arbitre, sauf accord contraire des parties et du tiers intervenant.
- 195 Les nouvelles règles ont été adaptées afin de mieux répondre aux problématiques posées par les demandes «*cross-claims*»²⁷³, c'est-à-dire des demandes dirigées par une défenderesse contre une autre défenderesse ou par des demandes fondées sur plusieurs contrats que l'ancien règlement ne traitait pas. Au sens de l'art. 8 Règl. CCI, «*dans l'hypothèse d'un arbitrage multipartite, toute partie peut former des demandes contre toute autre partie [...]*». En ce qui concerne les demandes d'arbitrage découlant de plusieurs contrats, l'art. 9 Règl. CCI dispose que «*sous réserve des dispositions des articles 6, paragraphes 3 à 7, et 23, paragraphe 4, des demandes découlant de plusieurs contrats ou en relation avec ceux-ci peuvent être formées dans le cadre d'un arbitrage unique, qu'elles soient formées en application d'une ou de plusieurs conventions d'arbitrage visant le Règlement*». La partie demanderesse peut aussi décider d'introduire autant de demandes d'arbitrage qu'il y a de contrats, libre à elle de demander à la Cour la jonction d'arbitrages (art. 10 Règl. CCI).
- 196 L'arbitre d'urgence vise à protéger la partie qui, avant la constitution du tribunal arbitral, sollicite l'adoption des mesures conservatoires ou provisoires urgentes. Le principe est posé à l'art. 29 Règl. CCI et la procédure est contenue à l'Appendice V du Règlement. L'arbitre d'urgence n'exclut pas la saisine du juge d'appui afin d'obtenir le même type de mesures. Selon l'art. 29 al. 7 Règl. CCI, «*les Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence n'empêchent pas les parties de solliciter l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires urgentes auprès de toute autorité judiciaire compétente à tout moment avant la soumission d'une requête à cette fin conformément au Règlement et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent. La saisine d'une autorité*

²⁷⁰ MAYER/SILVA ROMERO, p. 904.

²⁷¹ Cf. n° 425 ss.

²⁷² Cf. art. 13 Règl. CCI (version de 1955), art. 8 Règl. CCI (version de 1975) et art. 6 Règl. CCI (version de 1998).

²⁷³ Ce type de demandes posait la question de savoir si elles étaient recevables dans le système d'arbitrage de la CCI (MAYER/SILVA ROMERO, p. 913).

judiciaire compétente pour obtenir de telles mesures ne contrevient pas à la convention d'arbitrage et ne constitue pas une renonciation à celle-ci. Pareille requête, ainsi que toutes mesures prises par l'autorité judiciaire, sont portées sans délai à la connaissance du Secrétariat».

Enfin, la dernière nouveauté est la possibilité de recourir à l'arbitrage CCI pour dirimer des litiges en matière d'investissement. Dans cette optique, la CCI a modifié l'art. 1 al. 1 Règl. 1998 CCI qui disposait que la Cour avait «[...] pour mission la solution par voie d'arbitrage des différends ayant un caractère international, intervenant dans le **domaine des affaires** [...]»²⁷⁴. Cette disposition pouvait laisser penser que la Cour n'était pas compétente en matière d'arbitrages d'investissement. Ainsi, le nouvel art. 1 al. 2 Règl. CCI, se limite à dire que la Cour a pour mission d'administrer la résolution de différends, laissant de la sorte la possibilité au règlement d'être appliqué aux arbitrages d'investissement, en dépit du fait qu'il n'est aucunement fait mention à la notion d'investissement. En outre, la CCI a tenu compte des réticences que l'art. 9 al. 4 Règl. 1998 éveillait à l'égard des Etats. En effet, cette norme permettait à la Cour, lorsqu'il lui incombait, de nommer un arbitre unique ou un président de tribunal arbitral «[...] sur la base d'une proposition d'un comité national de la CCI». Les Etats craignaient en particulier qu'un arbitre unique ou que le président du tribunal arbitral soit nommé sur la proposition d'une association à laquelle pourrait appartenir la partie adverse avec laquelle les Etat étaient en conflit²⁷⁵. Le nouvel art. 14 al. 4 let. a Règl. CCI intègre ces remarques et dispose que «la Cour peut aussi nommer directement toute personne qu'elle juge compétente pour agir en qualité d'arbitre: lorsqu'une ou plusieurs des parties sont des États ou affirment être des entités étatiques [...]».

197

1.2 Association américaine d'arbitrage

L'Association américaine d'arbitrage (AAA) a été fondée en 1926 dans le but d'étudier, de promouvoir et de développer des mécanismes de résolution des conflits. Elle occupe une place importante dans le monde de l'arbitrage, tant au niveau international qu'au niveau régional²⁷⁶. L'AAA a son siège à New York et possède 38 bureaux locaux repartis sur le territoire américain et une division internationale avec des bureaux à New York, Dublin et au Mexique²⁷⁷.

198

L'AAA compte deux types de règles, les *Commercial arbitration rules* applicables à l'arbitrage interne et les *International dispute resolutions procedures* de 2010 applicables à la médiation et à l'arbitrage international, ces dernières s'inspirent du Règl. CNUDCI²⁷⁸. La procédure arbitrale internationale de l'AAA met uniquement en relation trois acteurs: les parties, les arbitres et l'Administrateur. Les *International arbitration rules* ne prévoient pas, comme le fait le Règl. CCI, l'intervention d'un Secrétariat ou d'une Cour d'arbitrage²⁷⁹.

199

La partie demanderesse adresse sa requête d'arbitrage à l'Administrateur ainsi qu'à la défenderesse. La litispendance commence à courir à partir de la réception de la demande par l'Administrateur. Au sens de l'art. 2 ch. 3 Règl. AAA, elle doit contenir notamment: un document demandant la résolution du litige par voie d'arbitrage (let. a), les noms, les adresses et numéros de téléphone des parties (let. b), une référence à la clause d'arbitrage invoquée (let. c), une référence au contrat de base (let. d), une description de la réclamation et l'indication des faits allégués (let. e), le montant des prétentions (let. f) et, si la demanderesse le souhaite, le mode de désignation des arbitres, leur nombre, le siège et la langue de l'arbitrage (let. g). La défenderesse doit présenter sa réponse dans les 30 jours qui suivent le début de la procédure d'arbitrage (art. 3 ch. 1 Règl. AAA).

200

²⁷⁴ Mise en évidence ajoutée.

²⁷⁵ MAYER/SILVA ROMERO, p. 915.

²⁷⁶ Au niveau régional son évolution est due en particulier au développement des échanges économiques des pays membres de L'ALENA (FRUTOS-PETERSON, p. 193). Le nombre de dossiers traités par l'AAA proviennent non seulement des Etats-Unis, mais aussi du Canada et de l'Amérique latine en générale (PICAND ALBONICO 2005, p. 195). En outre, l'AAA est la section nationale des Etats-Unis pour la CIAC.

²⁷⁷ Créé en 1996, l'*International centre for dispute resolution* (ICDR) est chargé de la gestion des arbitrages internationaux soumis à l'AAA. Le ICDR a souscrit de nombreux accords de coopération avec d'autres institutions arbitrales. Ils ont pour objectif de faciliter le traitement des affaires internationales.

²⁷⁸ www.adr.org (14.03.2014). Les *International dispute resolutions* se divisent en deux parties, l'*international mediation rules* et l'*International arbitration rules*.

²⁷⁹ Cf. n° 182 ss. A titre de comparaison, l'Administrateur de l'AAA réunit les qualités tantôt du Secrétariat de la Cour de la CCI, tantôt de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. La procédure AAA n'impose pas non plus l'établissement d'un acte de mission. Enfin, la sentence arbitrale n'est pas soumise à un examen préalable de conformité. Il en résulte une procédure souple et rapide.

201 Selon l'art. 6 ch. 2 et 3 Règl. AAA, les parties peuvent désigner les arbitres avec ou sans l'aide de l'Administrateur. Lorsqu'elles ont désigné le ou les arbitres, elles en font part à l'Administrateur pour que ce dernier le notifie aux arbitres. Si, dans les 45 jours après le début de la litispendance, les parties ne s'entendent pas sur la procédure de nomination des arbitres, l'Administrateur désigne, à la requête d'une des parties, le ou les arbitres et le président du tribunal.

202 Enfin, en ce qui concerne l'impartialité et l'indépendance des arbitres d'une part, et la substitution des arbitres d'autre part, deux remarques s'imposent: premièrement, la procédure AAA n'exige pas de l'arbitre pressenti la signature d'une déclaration écrite d'indépendance²⁸⁰ et, secondement, l'art. 11 Règl. AAA prévoit une procédure spéciale tendant à permettre la continuation de l'arbitrage, en cas de défaillance d'un des arbitres²⁸¹.

1.3 Commission interaméricaine d'arbitrage commercial

203 La Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC) est une institution de nature privée fondée en 1934, sous l'auspice de l'AAA²⁸². Elle est le résultat des recommandations contenues dans la résolution XLI sur l'arbitrage commercial international adoptée par la VII conférence internationale de l'Organisation des Etats Américains (OEA), qui s'est tenue en 1933 à Montevideo, en Uruguay²⁸³.

204 Le paragraphe 3 de la résolution XLI est très explicite quant aux intentions des participants à cette Conférence; il dispose «*qu'à des fins d'établir des relations plus étroites entre les Associations commerciales des Amériques, indépendantes du contrôle officiel, il soit constitué une Agence commerciale interaméricaine, qui représente les intérêts commerciaux de toutes les Républiques et assume, comme l'une de ses fonctions les plus importantes, la responsabilité de créer un système interaméricain d'arbitrage*»²⁸⁴.

205 La CIAC a pour objectif de mettre en place un système de moyens alternatifs de résolution de controverses de caractère commercial comme l'arbitrage et la conciliation, de promouvoir la diffusion de ce système parmi les pays membres de la CIAC et de veiller à l'interprétation et application uniforme de la Convention de Panama de 1975 (art. 3 des Statuts de la CIAC)²⁸⁵.

206 Le bureau principal de la CIAC se trouve actuellement dans les bâtiments de l'OEA à Washington D.C. (art. 2 des Statuts de la CIAC)²⁸⁶. A ce jour, la CIAC compte 20 sections nationales et 7 sections associées dans les pays suivants: l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, le Chili, le Costa Rica, l'Equateur, l'Espagne, les Etats-Unis, le Honduras, le Guatemala, le Salvador, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Portugal, le Pérou, la République Dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela.

207 Le cadre institutionnel de la CIAC est formé par le Conseil de la Commission, qui en est l'organe suprême, les sections nationales et associées, le Comité exécutif, la Présidence du Conseil, la Présidence exécutive et la Direction générale (art. 5 des Statuts de la CIAC).

208 L'art 3 de la Convention de Panama de 1975 a confirmé le rôle central de la CIAC dans le système interaméricain d'arbitrage. En effet, il précise qu'à défaut d'accord exprès entre les parties, l'arbitrage sera effectué conformément aux règles de procédure de la CIAC. Cette disposition fait par conséquent primer, dans les pays signataires de la CPa, l'application du Règlement des procédures de la CIAC sur les normes nationales de procédure²⁸⁷. Il s'agit du seul cas où une Convention internationale multilatérale fait référence au règlement d'une institution arbitrale, en tant *jus dispositivum*²⁸⁸.

²⁸⁰ Art. 7 à 9 Règl. AAA. L'art. 7 Règl. AAA impose aux arbitres de mentionner toute circonstance propre à soulever des doutes quant à leur impartialité ou indépendance. Cette disposition interdit également toute communication relative au litige entre une partie ou ses représentants et un arbitre ou arbitre pressenti.

²⁸¹ cp. art. 12 Règl. CCI et art. 12 et 13 Règl. CH.

²⁸² <http://www.ciac-iacac.org/portal/default.aspx> (14.03.2014).

²⁸³ L'OEA est une organisation régionale regroupant l'ensemble des gouvernements des Etats du continent américain. Elle poursuit quatre objectifs essentiels à savoir, la défense de la démocratie, des droits de l'homme, de la sécurité et du développement. Site officiel: <http://www.oas.org/fr/> (14.03.2014).

²⁸⁴ Cf. FRUTOS-PETERSON, p. 45; MONTOYA ALBERTI, p. 452; PICAND ALBÓNICO 2005, p. 197.

²⁸⁵ http://www.ciac-iacac.org/documentos/2006_5_8_15_7_43_estatutos_ciac.pdf (27.12.2013).

²⁸⁶ Initialement, le siège de la CIAC était à New York dans les bureaux de l'AAA. En vertu de l'art. 2 des Statuts de la CIAC, le siège principal sera situé aux Etats-Unis mais, par décision du Conseil exécutif, la ville (et non le pays) du siège principale pourra être modifiée.

²⁸⁷ Cf. n° 103.

²⁸⁸ MONTOYA ALBERTI, p. 465.

Au fil des ans, les diverses versions des règlements de procédures de la CIAC²⁸⁹ se sont inspirées tantôt du Règlement de l'AAA, tantôt du Règlement de la CNUDCI. Compte tenu de la nature *ad-hoc* de ce dernier²⁹⁰, il a été nécessaire d'adapter le Règlement CIAC aux exigences institutionnelles de la Commission. Le Règlement de 2002 se divise en deux parties différentes: le règlement de procédures proprement dit, et le Règlement de procédure administrative interne de la CIAC. Il s'applique lorsque les parties à un contrat conviennent par écrit de soumettre les litiges relatifs au contrat de base à l'arbitrage CIAC (art. 1.1. Règl. CIAC). Sous réserve d'acceptation par la CIAC, les parties sont libres de déroger par écrit aux règles de procédures du règlement. 209

1.4 Centre d'arbitrage et de médiation commerciale pour les Amériques

Dans le cadre de l'ALENA et en accord avec ses buts, le Centre d'arbitrage et de médiation commerciale pour les Amériques (CAMCA) a été créé conjointement en 1995 par le *British Columbia international commercial arbitration centre* du Canada, le *Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec*, la *Chambre nationale de commerce de la Ville de Mexique* et l'*American arbitration association*. 210

Le CAMCA a pour objectif d'offrir un service de résolution des litiges commerciaux privés aux partenaires commerciaux de la zone de libre échange de l'ALENA. Ce centre est régi par des règles, des politiques et des procédures administratives uniformes. Le CAMCA est doté de son propre Règlement d'arbitrage qui s'inspire du Règlement CNUDCI de 1976 et du Règlement AAA. Une des principales caractéristiques de ce Règlement consiste dans la possibilité pour la partie souhaitant introduire une procédure arbitrale de déposer une demande écrite auprès de l'une des quatre institutions qui composent le CAMCA²⁹¹. Sur ce point, le Règlement CAMCA présente une similitude avec le Règlement suisse d'arbitrage international qui permet au demandeur de déposer sa requête auprès de l'une des sept chambres (art. 3 al. 1 Règl. CH). 211

1.5 Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Le 12 juillet 2010, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a annoncé la publication de la nouvelle version du Règlement d'arbitrage, soit 35 ans après son adoption en 1976 (Règl. CNUDCI). Il est entré en vigueur le 15 août 2010²⁹². Comme son prédécesseur, la version de 2010 du Règlement d'arbitrage CNUDCI est conçu pour l'arbitrage *ad hoc*. 212

Cette révision qui a duré quatre ans avait pour objet d'améliorer l'efficacité de l'arbitrage. Dans cette perspective le champ d'application *ratione materiae* du Règlement d'arbitrage CNUDCI a été élargi. Le nouvel art. 1 ch. 1 précise que les controverses de nature contractuelle ou non contractuelle peuvent désormais être soumises à l'arbitrage, conformément au Règlement, permettant de la sorte de trancher par exemple les questions relevant de la responsabilité *aquillienne*. 213

Poursuivent également ce but les modifications visant à réduire le temps et les frais de la procédure arbitrale. Ainsi, l'art. 17 ch. 1 Règl. CNUDCI dispose désormais que «*le tribunal dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles [...]*». En outre, l'art. 17 ch. 2 Règl. CNUDCI impose au tribunal l'obligation d'établir dès que possible le calendrier provisionnel de l'arbitrage. L'art. 6 Règl. CNUDCI fixe désormais le cadre normatif relatif aux autorités de désignation et de nomination, il a pour objet le choix d'une autorité de nomination dans les plus brefs délais. 214

En ce qui concerne les parties, l'intervention d'un tiers dans la procédure arbitrale est désormais réglée à l'art. 17 ch. 5 Règl. CNUDCI. Cette nouvelle disposition précise qu'«*à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme parties à l'arbitrage [...]*». 215

²⁸⁹ Le Règlement des procédures de la CIAC en vigueur à ce jour date du 1^{er} avril 2002 et s'inspire du Règlement CNUDCI. Il est disponible sur le site officiel de la CIAC: http://www.ciac-iacac.org/documentos/7547_CIAC_folletofinal_copia.pdf (14.03.2014)

²⁹⁰ Cf. n° 212 ss.

²⁹¹ <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=114&con=informacion> (14.03.2014).

²⁹² Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est disponible en français sur le site: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf> (14.03.2014).

216 De plus, le nouveau Règlement d'arbitrage CNUDCI tient compte des avancées technologiques en matière de communication. L'art. 2 Règl. CNUDCI spécifie qu'une «*notification, y compris une communication ou une proposition, peut être transmise par tout moyen de communication qui atteste ou permet d'attester sa transmission*». Au sens de cette disposition, sont notamment considérés comme des moyens de communication les «*télécopies*» et les «*courriers électroniques*»²⁹³. Dans un but d'économie de procédure, l'interrogatoire des témoins et des experts auditionnés en qualité de témoins peut, sur décision du tribunal, se faire «*par des moyens de télécommunication qui n'exigent pas leur présence physique à l'audience (tels que la vidéoconférence)*»²⁹⁴.

217 Enfin, l'art. 16 Règl. CNUDCI interdit, dans les limites de la loi applicable, aux parties d'intenter toute action contre les arbitres, l'autorité de nomination et toute personne nommée par le tribunal arbitral pour un acte ou une omission en rapport avec l'arbitrage; sont réservées les fautes intentionnelles.

1.6 Règlement suisse d'arbitrage international

218 Dans le but de promouvoir l'arbitrage institutionnel international en Suisse et d'harmoniser les règlements d'arbitrage jusqu'alors existants, les Chambres de commerce et d'industrie de Bâle, de Berne, de Genève, du Tessin, de Vaud et de Zürich²⁹⁵ ont adopté en 2004 un texte normatif commun, le Règlement suisse d'arbitrage international (Règl. CH)²⁹⁶. En dépit du fait que le Règlement de 2004 était considéré comme un règlement moderne, il a été décidé, sur la base des expériences acquises depuis 2004, de lui apporter quelques améliorations – mineures, mais significatives – afin de garantir des procédures plus rapides et moins onéreuses. Par exemple, de nouvelles dispositions régissant les procédures multipartites complexes ou la procédure d'urgence ont été introduites²⁹⁷. La nouvelle version du Règlement d'arbitrage international est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2012.

219 Le cadre institutionnel est décrit sommairement dans l'introduction du Règlement, alors qu'il l'est de manière détaillée dans un Règlement interne²⁹⁸. La *Swiss Chambers' Arbitration Institution* est composée par la Cour d'arbitrage (Cour) et le Secrétariat de la Cour (Secrétariat). La Cour est composée d'un Président, de deux Vice-présidents et de 24 Membres. La Cour est compétente pour rendre des décisions en conformité avec le Règlement ou pour déléguer, à un ou à plusieurs membres ou à des comités, la compétence de rendre des décisions en application du Règlement interne²⁹⁹. Le Secrétariat porte assistance à la Cour dans son travail³⁰⁰ et compte des bureaux dans les sept villes dont les Chambres de commerce ont adopté le Règlement suisse. Le Règlement interne opère une distinction entre le *Case Administration Committee* et le *Court Special Committee*.

220 Le premier est désigné par le Secrétariat dès la réception d'une notification d'arbitrage ou d'une requête de procédure d'urgence. Il se compose d'un Rapporteur et, si les circonstances le justifie, d'un Vice-rapporteur et jusqu'à deux Membres de la Cour. Il doit assister le Secrétariat dans l'exercice de ses tâches. Après consultation avec le Secrétariat, il sera autorisé à exercer toutes les compétences et facultés de la Cour, en relation avec le cas concerné, et qui n'ont pas expressément été déléguées au *Court Special Committee* ou au Président ou à l'un des Vice-présidents³⁰¹.

221 Le *Court Special Committee* est constitué de sept Membres de la Cour dont le Président et les Vice-présidents. Ce Comité est compétent en matière de jonction de procédures (art. 4 al. 1 Règl. CH), de confirmation des arbitres (art. 5 al. 3 Règl. CH), de remplacement d'un arbitre (art. 13 al. 2 Règl. CH), de récusation (art. 11

²⁹³ Art. 2 ch. 2 Règl. CNUDCI.

²⁹⁴ Art. 28 ch. 4 Règl. CNUDCI.

²⁹⁵ Rejointes par celle de Neuchâtel en 2008.

²⁹⁶ Introduction, let. a Règl. CH. A noter que, le Règlement suisse d'arbitrage international s'inspire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976. Toutefois, il a été nécessaire de l'adapter à l'arbitrage institutionnel car le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est conçu pour l'arbitrage *ad hoc* et de tenir compte de l'évolution du droit comparé et de la pratique la plus moderne en matière d'arbitrage. Pour un commentaire très détaillé du nouveau Règlement suisse d'arbitrage international se référer à ARROYO, p. 338 à 662 ou à ZÜBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER.

²⁹⁷ Art. 4 al. 1 et 2 et art. 43 Règl. CH.

²⁹⁸ https://www.swissarbitration.org/sa/download/internal_rules_2012.pdf (14.03.2014).

²⁹⁹ Introduction, let. b Règl. CH et art. 2 al. 1 Règlement interne.

³⁰⁰ Art. 2 al. 2 Règlement interne.

³⁰¹ Art. 3 Règlement interne.

Règl. CH), de révocation des arbitres (art. 12 Règl. CH), de non-remplacement d'un arbitre (art. 13 al. 2 let. b Règl. CH) et de désignation du siège de l'arbitrage (art. 16 Règl. CH)³⁰².

Le champ d'application *ratione materiae* est déterminé par l'art. 1 al. 1 Règl. CH. Selon cette disposition, le Règlement «[...] régit l'arbitrage lorsqu'une convention d'arbitrage se réfère à ce Règlement [...]». Par opposition à l'art. 1 Règl. CH 2004 qui faisait référence aux «arbitrages internationaux», la nouvelle version se borne à préciser que le Règlement s'applique à «l'arbitrage» lorsqu'une convention s'y réfère, permettant de la sorte l'application du Règlement tant aux arbitrages internationaux qu'internes. Il s'applique également aux conventions d'arbitrage se référant à l'un des anciens règlements des Chambres parties au Règlement³⁰³. Quant à l'application *ratione temporis*, l'art. 1 al. 3 Règl. CH dispose que le Règlement s'applique à toutes les procédures arbitrales dans lesquelles la notification d'arbitrage a été soumise le 1^{er} juin 2012 ou après cette date, à condition que les parties n'en aient pas convenu autrement. Il s'ensuit que le Règlement s'applique aux conventions d'arbitrage conclues avant l'entrée en vigueur du présent règlement et renvoyant à l'un des règlements antérieurs. Concernant la compétence *ratione loci*, le règlement stipule expressément que les parties sont libres de désigner le siège de l'arbitrage en Suisse ou ailleurs³⁰⁴.

Le Règlement suisse de l'arbitrage international présente notamment les similitudes suivantes avec le Règlement d'arbitrage de la CCI: (i) le demandeur peut déposer la requête d'arbitrage auprès du Secrétariat à l'une des adresses énumérées à l'Annexe A du Règlement. Elles correspondent aux adresses des Chambres de commerce et d'industrie des villes membres de la *Swiss Chambers' Arbitration Institution* (art. 3 al. 1 Règl. CH)³⁰⁵ et (ii) le tribunal arbitral a l'obligation d'établir, au début de la procédure et après consultation des parties, un calendrier provisionnel de la procédure (art. 15 al. 3 Règl. CH)³⁰⁶.

Les principales caractéristiques de ce Règlement consistent (i) dans l'obligation pour le défendeur de déposer la réponse dans les trente jours dès réception de la notification d'arbitrage; c'est-à-dire pendant la phase de constitution du tribunal arbitral (art. 3 al. 7 Règl. CH), (ii) dans l'existence d'une procédure accélérée pour les causes ne dépassant une valeur litigieuse de CHF 1,000,000 ou lorsque les parties en sont convenues (art. 6 al. 4 et 42 Règl. CH)³⁰⁷ et, enfin, (iii) dans l'absence d'examen préalable de la sentence arbitrale qui est réputée avoir été rendue au siège de l'arbitrage (art. 16 al. 4 Règl. CH). Les nouveautés apportées par la révision de 2012 concernent principalement le règlement des procédures multipartites complexes (art. 4 al. 1 et 2 Règl. CH), la modification de la disposition relative à l'obligation d'agir de bonne foi (art. 15 al. 7 Règl. CH), l'instauration d'un arbitre d'urgence (art. 43 Règl. CH) et la possibilité de demander une ordonnance *ex parte* (art. 26 al. 3 Règl. CH).

Ainsi, en matière de consolidation des procédures, la Cour peut décider, après consultation de toutes les parties et de tous les arbitres confirmés, lorsqu'une notification d'arbitrage est soumise entre des parties déjà impliquées dans une autre procédure arbitrale pendante, de consolider la nouvelle affaire avec d'autres procédures pendantes. Il en va de même, lorsque la notification d'arbitrage concerne des parties qui ne sont pas identiques aux parties de la procédure pendante. La Cour est tenue de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes, y compris les liens entre les affaires et le degré d'avancement des procédures en cours. La consolidation des procédures d'arbitrage vaut, à l'égard de toutes les parties, renonciation au droit de désigner un arbitre. En outre, la Cour peut révoquer la nomination et la confirmation des arbitres et peut appliquer les dispositions de la Section II (Composition du tribunal arbitral)³⁰⁸.

L'art. 4 al. 2 Règl. CH, 2^e hypothèse, relatif à l'intervention de tiers dans la procédure arbitrale a été également modifié. Désormais cette disposition stipule que «lorsqu'un ou plusieurs tiers demande(nt) à intervenir dans une procédure arbitrale pendante sous l'égide du présent Règlement ou lorsqu'une partie à une procédure arbitrale pendante sous l'égide du présent Règlement requiert qu'un ou plusieurs tiers participe(nt) à l'arbitrage,

³⁰² Art. 4 Règlement interne.

³⁰³ Art. 1 al. 1 Règl. CH.

³⁰⁴ Art. 1 al. 2 Règl. CH.

³⁰⁵ Cf. art. 4 al. 1 Règl. CCI et art. 5 al. 2, Appendice II, Règl. CCI.

³⁰⁶ Cf. art. 24 al. 2 Règl. CCI et art. 17 ch. 2 Règl. CNUDCI 2010.

³⁰⁷ La célérité de la procédure arbitrale est assurée par l'obligation qui est faite au tribunal arbitral de rendre la sentence dans les six mois à partir de la date à laquelle les Chambres leur ont transmis le dossier. Uniquement dans des circonstances exceptionnelles, les Chambres peuvent prolonger le délai (art. 42 al. 1 let. d Règl. CH).

³⁰⁸ Art. 4 al. 1 Règl. CH.

le tribunal arbitral décide de la requête après consultation de toutes les parties, y compris le ou les tiers dont la participation est requise, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes»³⁰⁹.

227 En ce qui concerne l'obligation d'agir de bonne foi, l'ancien art. 15 al. 6 Règl. CH disposait sommairement que *«tous les participants à la procédure arbitrale agissent dans le respect du principe de la bonne foi»*. Désormais, cette obligation est complétée par l'injonction qui est faite à tous les participants de contribuer dans la mesure du possible au déroulement efficace de la procédure, sans frais et retards superflus. Les parties à l'arbitrage sont également tenues de se soumettre sans déport aux sentences ou ordonnances prononcées, aussi bien par le tribunal arbitral que par l'arbitre d'urgence. Le nouvel art. 15 al. 7 Règl. CH est libellé comme suit: *«tous les participants à la procédure arbitrale doivent agir de bonne foi et s'efforceront de contribuer à une conduite efficace de la procédure et d'éviter des coûts et des retards inutiles. Les parties s'engagent à se conformer sans délai à toute sentence ou ordonnance rendue par le tribunal arbitral ou par l'arbitre d'urgence»³¹⁰.*

228 L'art. 26 Règl. CH relatif aux mesures provisoires a fait l'objet de modifications substantielles. En particulier, il est désormais possible, dans des circonstances exceptionnelles, pour le tribunal arbitral, de se prononcer sur une requête de mesures provisoires par une ordonnance préliminaire, avant que la requête ne soit communiquée à toute autre partie. En d'autres mots, le tribunal arbitral peut ordonner sur requête des ordonnances *ex parte* dont la partie adverse n'apprendra l'existence qu'au moment de la réception et non au moment de la demande³¹¹. A l'instar du nouveau Règlement de la CCI, le Règlement suisse n'exclue pas la saisine du juge d'appui afin d'obtenir des mesures provisoires, maintenant de la sorte une compétence parallèle dans ce domaine³¹². Il s'agit d'une exception à l'art. 1 al. 4 Règl. CH qui dispose qu'*«en soumettant leur litige à l'arbitrage selon le présent Règlement, les parties confèrent à la Cour, dans toute la mesure autorisée selon le droit applicable à l'arbitrage, tous les pouvoirs nécessaires à la supervision de la procédure d'arbitrage qui seraient autrement du ressort de l'autorité judiciaire compétente [...]»*.

229 Enfin, le nouvel art. 43 Règl. CH introduit la figure de l'arbitre d'urgence qui vise à protéger la partie qui, avant la constitution du tribunal arbitral, sollicite l'adoption de mesures conservatoires ou provisoires urgentes. La requête de procédure d'urgence doit être déposée auprès du Secrétariat et contenir (i) l'énoncé de la ou des mesure(s) provisoire(s) requise(s) et de leurs motifs, en particulier s'agissant du motif ayant trait à l'urgence, (ii) les commentaires sur la langue, le siège de l'arbitrage ainsi que le droit applicable et, (iii) la confirmation du paiement, par chèque ou virement, sur le compte approprié indiqué à l'Annexe A, des frais d'enregistrement et de l'avance pour la procédure d'urgence, tels que requis par la Section 1.6 de l'Annexe B (Barème des frais).

230 En guise de conclusion, il y a lieu de signaler que par l'adoption de ce Règlement, ce n'est pas une institution ou un centre d'arbitrage individualisé qui se met en avant, mais c'est tout un pays qui offre l'ensemble de ses atouts (situation géographique, neutralité du siège, loi d'arbitrage avant-gardiste, modernité des infrastructures, multilinguisme, etc.) afin de se consolider comme l'un des principaux lieux de l'arbitrage international.

2. Institutions nationales d'arbitrage et leurs règlements

231 En Amérique latine, l'absence de reconnaissance légale des centres d'arbitrage a constitué jusqu'au milieu des années 1990 le principal frein au développement de l'arbitrage international dans la région. D'une part, les sentences arbitrales prononcées par des institutions arbitrales étaient contestées du fait du manque de réglementation juridique. D'autre part, les règlements d'arbitrage ne correspondaient pas aux standards minima

³⁰⁹ Cette disposition, rédigée délibérément de façon large permet notamment l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers non signataire. Cf. n° 443 s.

³¹⁰ Cette disposition reprend en partie l'avis du Tribunal fédéral suisse sur cette question. Il a estimé que *«l'un des buts de l'arbitrage est de permettre une solution rapide des litiges qui y sont soumis (ATF 103 Ia 360). Les parties qui compromettent sont dès lors tenues par les règles de la bonne foi d'éviter tout ce qui pourrait retarder sans nécessité absolue le déroulement normal de la procédure arbitrale»* (ATF 108 Ia 197 c. 3, p. 201). Cette jurisprudence a été confirmée dans l'ATF 111 Ia 259 c. 2b, p. 262 dans lequel il a été jugé que les parties ont l'obligation de *«[...] ne pas retarder sans nécessité absolue le déroulement de la procédure arbitrale»*. A notre sens, le nouvel art. 15 al. 7 Règl. CH tient compte de la doctrine la plus récente qui estime que *«les parties sont également tenues de faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger d'elles pour la constitution du tribunal arbitral et le suivi ordonné de la procédure arbitrale jusqu'à la notification de la sentence»* (MÜLLER, p. 728, n° 3382).

³¹¹ Art. 26 al. 3 Règl. CH.

³¹² Art. 26 al. 5 Règl. CH. Cf. art. 29 al. 7 Règl. CCI (cf. n° 196 s).

exigés par l'arbitrage international. Le changement s'est amorcé dès la fin du 20^e siècle avec l'adoption de nouvelles lois en la matière³¹³.

La création des institutions arbitrales est subordonnée à autorisation³¹⁴. En règle générale, le cadre normatif régissant les centres ou institutions arbitrales est contenu soit dans les lois nationales d'arbitrage³¹⁵, soit dans des lois spéciales³¹⁶, soit dans les deux³¹⁷.

Les prestataires de services d'arbitrage peuvent revêtir les formes les plus diverses. Ainsi, il peut s'agir de personnes morales à but lucratif ou non, de droit privé ou public, de facultés de droit, de Chambres de commerce ou, de toute autre institution ou organisation autorisées par la loi. Ils devront être dotés de statuts, règlements et d'infrastructures administratives et techniques nécessaires à la gestion des arbitrages.

En dépit du climat défavorable à l'égard de l'arbitrage, des institutions arbitrales nationales ont vu le jour dès le début des années 90. Elles sont pour la plupart rattachées aux Chambres de commerce³¹⁸. Les entités pionnières en la matière ont été les Chambres de commerce de Bogotá, de Lima, de la Ville de Mexico et de Santiago du Chili. Cette initiative a été suivie de manière rapide par les autres Chambres de commerce du continent. Ces nouveaux centres d'arbitrage ont contribué tant à la modernisation et à la standardisation de l'arbitrage institutionnel qu'au comblement des carences des législations nationales³¹⁹.

Dans le cadre de cette étude, il est impossible de cataloguer la totalité des centres d'arbitrage que compte l'Amérique latine. Toutefois, il y a lieu de mentionner quelques une d'entre elles, ainsi:

– En Argentine, le Tribunal arbitral de la Bourse de commerce de Buenos Aires³²⁰ et le *Centro empresarial de mediación y arbitraje* (CEMA)³²¹ dont les procédures arbitrales sont conduites selon le Règlement d'arbitrage CNUDCI doivent être cités. De plus, le Centre de médiation et d'arbitrage commercial de la Chambre argentine de commerce (CEMARC)³²² est doté de son propre Règlement³²³.

– Au Brésil, deux institutions se démarquent: (i) la *Câmara de mediação e arbitragem* du *Centro das indústrias do Estado de São Paulo* a été créée en 1995, soit une année avant l'entrée en vigueur de la LA-Br. La procédure arbitrale est régie par le Règlement de l'institution et (ii) la *Câmara de arbitragem empresarial* (CAMARB) créée en 1998³²⁴. Il est important de signaler l'existence du *Conselho Nacional das instituições de mediação e arbitragem* (CONIMA)³²⁵ dont l'objectif est de regrouper et de représenter les institutions de médiation et d'arbitrage, tout en contrôlant la qualité et la crédibilité de leurs prestations dans l'administration des méthodes alternatives de résolution des conflits (MARC). Le CONIMA vise également à stimuler la création de nouvelles institutions de médiation et d'arbitrage au Brésil.

– En Colombie, le Centre d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de commerce de Bogotá créé en 1983 a été la première institution du pays à offrir ses services dans les domaines de l'arbitrage et la conciliation (CAC)³²⁶. Il est désormais considéré comme l'un des plus importants promoteurs des MARC non seulement en Colombie, mais aussi en Amérique latine. Le CAC compte trois Règlements, à savoir: le Règlement interne³²⁷, le

³¹³ FRUTOS-PETERSON, p. 175. Pour une analyse récente de l'évolution de l'arbitrage institutionnel en Amérique latine, voir VASQUEZ PALMA 2012, p. 97 ss.

³¹⁴ En principe, dans les pays d'Amérique latine, cette tâche est du ressort du Ministère de la Justice.

³¹⁵ C'est par exemple le cas de la Colombie (art. 50 ss LANI-Col), de l'Équateur (art. 39 et 40 LAM-Eq), du Honduras (art. 81-83 LCA-Ho), du Nicaragua (art. 66-68 LMA-Ni), du Panama (art. 13 LACNI-Pa), du Paraguay (art. 63 y 64 LAM-Py), du Pérou (art. 7 al. 2 LA-Pe) et du Salvador (art. 84-89 LMCA-Sv).

³¹⁶ République Dominicaine (Loi n° 50-87 du 4 juin 1987, titre VI).

³¹⁷ La Colombie (Résolution n° 1342 de 2004 sur les conditions et la procédure pour la création de centres de médiation et/ou d'arbitrage; art. 10 et 11 Loi n° 640 de 2001). Le Costa Rica (Décret n° 27166-J du 3 juillet 1998).

³¹⁸ Le financement des institutions d'arbitrage a été pris en charge par la Banque interaméricaine de développement (BID), à travers le Fond Multilatéral des investissements (FOMIN).

³¹⁹ Cf. FRUTOS-PETERSON, p. 208; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 451.

³²⁰ <http://www.bcba.sba.com.ar/tribunal/tribunal.php> (15.03.2014).

³²¹ <http://www.medyar.org.ar> (15.03.2014).

³²² http://www.cac.com.ar/institucional/mediacion_y_Arbitraje_Mediation_and_Arbitration_1668 (15.03.2014).

³²³ http://www.cac.com.ar/documentos/46_REGLAMENTOARBITRAJE2.pdf (15.03.2014).

³²⁴ <http://camarb.com.br/camarb/> (15.03.2014).

³²⁵ <http://www.conima.org.br> (15.03.2014).

³²⁶ <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/portal/default.aspx> (15.03.2014).

³²⁷ http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/documentos/259_reglamento_CAC.pdf (15.03.2014).

Règlement de procédure³²⁸ et le Règlement MIPYMES³²⁹. Ces Règlements ont été approuvés par le Ministère de l'intérieur et de justice le 18 janvier 2007, jour de leur entrée en vigueur. Il existe d'autres institutions actives dans ce domaine, telles le Centre de conciliation, d'arbitrage et d'amiable composition de la Chambre de commerce de Medellín³³⁰ ou le Centre d'arbitrage et conciliation de la Chambre de commerce de Carthagène³³¹

239 – Au Chili, le Centre d'arbitrage et médiation de Santiago (CAM Santiago)³³² fût créé par la Chambre de commerce de Santiago en 1992, sous l'égide du Collège d'avocats du Chili. Il y a lieu de mentionner également la Confédération de la production et du commerce du pays. Sur le plan international, le CAM Santiago constitue la section nationale de la CIAC. Au surplus, le CAM fait partie du Réseau de méthodes alternatives de résolution de conflits (RED ADR) qui regroupe à ce jour 11 pays de la région.

240 – Au Pérou, le Centre de conciliation et arbitrage national et international de la Chambre de commerce de Lima (CCANI)³³³, créé en 1993, est l'une des institutions qui compte le plus d'expérience dans le domaine dans ce pays. En 20 ans, le CCANI a administré plus de 2500 arbitrages. Il faut également mentionner le Centre d'Arbitrage de la Chambre de commerce américaine au Pérou (AMCHAM Pérou)³³⁴ créé en 1992 et qui a pour but de contribuer au renforcement de la sécurité juridique au Pérou, en mettant à disposition un cadre fiable pour la résolution des conflits issus de l'exécution des contrats. Il est doté de son propre règlement inspiré du Règlement CCI, du Règlement CNUDCI, du Règlement AAA et du Règlement de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), parmi d'autres. Enfin, quelques mots sur l'Institut péruvien d'arbitrage (IPA)³³⁵ et sur le Cercle péruvien d'arbitrage (CPA)³³⁶ qui sont des associations civiles à but non lucratif dont l'objectif est de promouvoir l'arbitrage domestique et international au moyen d'activités académiques, congrès internationaux, publications, bulletins informatifs, etc. Les revues *Revista Peruana de Arbitraje* (RPA) et *Revista Lima Arbitration* (RLA), qui sont devenues des publications de référence en la matière, peuvent être consultées gratuitement sur les sites web du CPA et du IPA respectivement.

241 – Au Mexique, le Centre d'arbitrage du Mexique (CAM)³³⁷, fondé en 1997, est une institution privée spécialisée dans la fourniture des services liés à l'administration d'arbitrages commerciaux privés. La procédure arbitrale se déroule selon les règles de procédure du CAM entrées en vigueur le 1^e juillet 2009³³⁸. Le fonctionnement du CAM repose sur un Conseil général et un Secrétaire général. Le premier intervient fondamentalement dans la désignation et récusation des arbitres, ainsi que dans le contrôle de la sentence. Tandis que le second est chargé de l'administration journalière des procédures arbitrales. Une autre institution arbitrale qui mérite d'être mentionnée est le Centre de médiation et d'arbitrage commercial de la Chambre nationale de commerce de la Ville de Mexique (CANACO)³³⁹. Pour les arbitrages opposant des parties résidentes dans les pays de l'ALENA, le CANACO fonctionne comme institution arbitrale du CAMCA³⁴⁰. Le CANACO possède un bulletin informatif quadrimestriel, en format électronique³⁴¹.

3. Jurisprudence arbitrale ou précédent arbitral?

242 Grâce à l'essor de l'arbitrage institutionnel international, la doctrine arbitrale est partagée quant à la question de savoir si les arbitres, dans l'exercice des compétences juridictionnelles qui leur sont reconnues, peuvent faire œuvre créatrice de jurisprudence à travers le prononcé de sentences³⁴². En définitive, la question à laquelle la

³²⁸ http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/documentos/260_reglamento_procedimiento.pdf (15.03.2014).

³²⁹ http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/documentos/195_reglamento_mipymes.pdf (15.03.2014). En Colombie, l'arbitrage MIPYMES est l'arbitrage dans lequel au moins une partie est une micro, petite ou moyenne entreprise (art. 3 Règl. MIPYMES).

³³⁰ <http://www.camamed.org.co/cac/Temas/Servicios/Arbitraje.asp> (15.03.2014).

³³¹ <http://www.cccartagena.org.co/arbitrajeconciliacion.php> (15.03.2014).

³³² <http://www.camsantiago.cl/index.htm> (15.03.2014).

³³³ <http://www.camalima.org.pe/principal/categoria/presentacion/100/c-100> (15.03.2014).

³³⁴ <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/corte.php> (15.03.2014).

³³⁵ <http://www.peruarbitraje.org/index.htm> (15.03.2014).

³³⁶ <http://www.limaarbitration.net/presentacion.html> (15.03.2014).

³³⁷ <http://www.camex.com.mx> (15.03.2014).

³³⁸ <http://www.camex.com.mx/index.php/arbitraje-cam/reglas-de-arbitraje-del-cam> (15.03.2014).

³³⁹ <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/> (15.03.2014).

³⁴⁰ Cf. n° 210 ss.

³⁴¹ <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=97&con=informacion> (15.03.2014).

³⁴² PINNA, p. 489; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 199, n° 371. Sur ce point, il convient de mentionner la sentence arbitrale intérimaire CCI *Dow Chemical* du 23.09.1982 dans laquelle le tribunal arbitral a déclaré que «*considérant que c'est en ce sens que se sont déjà prononcés des tribunaux arbitraux institués dans le cadre de la C.C.I. (v. sentences dans l'affaire n° 2375 de 1975, Clunet, 1976.973; et dans l'affaire 1434 de 1975, Clunet, 1976.978); que les décisions de ces tribunaux forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle*

doctrine tente d'apporter une réponse est la suivante: est-ce que les décisions arbitrales prononcées par des tribunaux arbitraux à l'issue d'arbitrages administrés peuvent être considérées comme une source de l'arbitrage³⁴³? Ainsi, par exemple, DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO estime qu'«étant donné que l'arbitrage est devenu un mécanisme normal de solution de controverses [...], l'interrogation sur la configuration, les possibilités et la nécessité même d'une telle jurisprudence s'impose»³⁴⁴ ou, encore par exemple, THOMAS CLAY se demande si «les décisions rendues [sont] susceptibles de constituer une véritable jurisprudence [...]»³⁴⁵.

Dans la doctrine ibéro-américaine, il y a lieu de mentionner à titre d'exemple l'évolution de l'avis de JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN et de JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA, qui affirmaient dans un premier temps qu'«il serait chimérique, ou du moins incorrect, dans le degré actuel de développement de l'arbitrage commercial international, de prétendre à l'existence d'une jurisprudence arbitrale, conçue et structurée comme source du droit [...]»³⁴⁶. Les mêmes auteurs, dans leur plus récent *Tratado de derecho arbitral*, concluent, non sans difficultés, que la «jurisprudence arbitrale» développée par les institutions arbitrales s'affirme de plus en plus comme une source de l'arbitrage. Ils précisent toutefois qu'il serait techniquement plus judicieux de parler de précédent arbitral et non de jurisprudence³⁴⁷. Toutefois, dans un passage ultérieur du même ouvrage, ils reprennent la citation référencée immédiatement ci-dessus, signe de leurs doutes dans le domaine³⁴⁸.

Le concept de «jurisprudence» se définit comme l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux ou, comme l'ensemble des décisions judiciaires dont les solutions pourront être suivies à l'avenir par les juridictions tant inférieures que supérieures³⁴⁹. La jurisprudence étatique se caractérise par l'existence d'un élément institutionnel et d'un élément normatif lesquels garantissent le contrôle des décisions des juridictions inférieures (aspect organique), la continuité des solutions dégagées par des décisions présentant une certaine cohérence (aspect d'homogénéité) et la divulgation des décisions étatiques au moyen de publications ou recueils officiels de jurisprudence (aspect publicitaire)³⁵⁰.

Or, la jurisprudence dite arbitrale ne réunit pas ces trois aspects. En effet, les sentences arbitrales ne sont pas soumises au contrôle d'une autorité ou tribunal hiérarchiquement supérieur au tribunal arbitral, hormis les hypothèses d'un recours en annulation ou d'une requête d'*exequatur* et ne reflètent pas toujours la cohérence exigée des décisions étatiques pour qu'elles soient considérées comme sources de droit³⁵¹.

Nonobstant, la doctrine arbitrale est aujourd'hui partagée à ce sujet. Ainsi, par exemple, ANDREA PINNA estime que «c'est par la reconnaissance étatique [de la procédure et de la compétence arbitrale] que les solutions dégagées par les arbitres peuvent faire jurisprudence»³⁵². Cet auteur nuance toutefois ses propos quand il affirme qu'il en va autrement lorsque le tribunal arbitral jouit «d'une véritable autonomie [quant au fond] par rapport aux juridictions étatiques, qui ne peuvent contrôler la bonne ou mauvaise application du droit dans la sentence»³⁵³ et que, par conséquent, dans de telles situations, aucune jurisprudence ne saurait se dégager des sentences rendues. En

dédit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international» (mise en évidence ajoutée).

³⁴³ Faute du caractère institutionnel et de hiérarchie comparable à celle des juridictions étatiques, il est admis que l'on ne puisse pas parler de jurisprudence arbitrale à l'égard des sentences prononcées dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc* (cf. PICAND ALBONICO 2005, p. 169, n. 168; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 204, n° 380; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1118, n° 2439 i.f.).

³⁴⁴ Traduction libre; FERNÁNDEZ ARROYO, p. 225.

³⁴⁵ CLAY, p. 218, n° 263.

³⁴⁶ Traduction libre; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA 1991, p. 531.

³⁴⁷ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 207, n° 296 et p. 1112, n° 2429 ss. Cf. CLAY, p. 219, n° 263. Les notions de précédent et de jurisprudence sont souvent employées comme synonymes. Toutefois, la première se réfère à une décision relative à un cas concret et individuel qui contient une règle de droit susceptible d'être applicable à tous les cas identiques ultérieurs, alors que la seconde se réfère à un ensemble de décisions pouvant s'imposer à l'avenir (TARUFFO, p. 797). L'efficacité du précédent varie principalement en fonction de l'origine de la décision en cause. Ainsi, la force est contraignante lorsque la décision se rattache aux pays de la *common law*, hormis les cas dans lesquels le juge estime, comme par exemple dans le système anglais – par l'intermédiaire du *distinguishing* ou du *overruling* – que le précédent ne le lie pas (TARUFFO, p. 802). Le précédent est persuasif lorsqu'il émane d'un pays de tradition romano-germanique (*civil law*). Il en découle que la force du précédent peut être *de iure* ou *de facto* (cf. n. 372).

³⁴⁸ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1118, n° 2439 s.

³⁴⁹ PINNA, p. 490, qui parle d'une part de *loi d'imitation* lorsque les juridictions inférieures sont tenues d'observer les décisions prises par les juridictions supérieures et, d'autre part, de *loi de continuité* lorsque la juridiction suprême suit, sans y être obligée, la jurisprudence qu'elle a adoptée par le passé; JACQUET, p. 447.

³⁵⁰ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 200, n° 374; JACQUET, p. 447; Cf. CLAY, p. 218, n° 263.

³⁵¹ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 204, n° 379.

³⁵² PINNA, p. 492. Sur ce point, nous estimons que les décisions étatiques relatives à la procédure et à la compétence arbitrale ne peuvent être qualifiées à juste titre de «jurisprudence arbitrale» dans la mesure où elles s'intègrent à l'appareil judiciaire de l'Etat.

³⁵³ PINNA, p. 492.

revanche, JEAN-MICHEL JACQUET juge que le contrôle étatique n'est de nature à produire aucune jurisprudence arbitrale, «*même relayée par les juridictions étatiques puisque celles-ci [...] ne contrôlent pas le fond des sentences arbitrales, et ne sont de toute façon pas de juridictions arbitrales*»³⁵⁴.

247 Les institutions arbitrales, comme nous le savons, sont dotées de statuts, de règlements et d'infrastructures administratives et techniques nécessaires à l'administration des arbitrages³⁵⁵. Certaines d'entre elles, telle la CCI, peuvent contrôler le projet de sentence. Toutefois, comme cet examen se limite aux aspects formels du projet³⁵⁶, l'aspect organique nécessaire à la formation de la jurisprudence doit d'emblée être écarté³⁵⁷. Cela étant, se pose la question de savoir si l'absence de l'aspect organique est une raison suffisante pour nier aux solutions dégagées par les arbitres le caractère de règles jurisprudentielles, alors même que, par exemple, c'est principalement dans les sentences arbitrales que sont formulées et cristallisées les règles du commerce international (*lex mercatoria*)³⁵⁸? Il est permis de répondre à cette question par la négative car il est constant qu'au sein même de l'appareil judiciaire des courants doctrinaux différents cohabitent, sans que cela remette en cause le fait que les décisions étatiques constituent une véritable jurisprudence³⁵⁹. En définitive, à notre avis, ce qui importe, c'est que les règles jurisprudentielles dégagées par des tribunaux arbitraux soient de nature à susciter leur reproductibilité. Ainsi, nous nous intéresserons ci-après au degré d'obligatorité de l'observance des règles jurisprudentielles arbitrales, autrement dit à leur degré d'autorité³⁶⁰.

248 L'aspect d'homogénéité inhérent à la jurisprudence étatique s'exprime par la continuité et l'uniformité des solutions rendues sur une même question de droit. Il est assuré par l'organisation hiérarchique du système judiciaire des Etats. Mais qu'en est-il de la jurisprudence arbitrale? A ce propos, une partie de la doctrine reconnaît plus aisément que les institutions permanentes, les centres spécialisés, les chambres de commerce ou les commissions d'arbitrage garantissent un certain degré de cohérence à leurs sentences arbitrales, car leurs règlements les autorisent à administrer et à surveiller le déroulement de la procédure et, dans certains cas, à examiner le projet de sentence³⁶¹. Au surplus, les arbitres sont souvent amenés à trancher des litiges présentant des analogies dont les solutions dépendent des usages de la branche (p.ex. *lex mercatoria*). Par conséquent, l'institutionnalisation de l'arbitrage contribue à assurer l'applicabilité de la règle jurisprudentielle à des cas similaires. Cette reproductibilité est une condition *sine qua non* de la création de toute jurisprudence³⁶². ANDREA PINNA, considère cependant qu'il est nécessaire que les sentences arbitrales rendues dans ces circonstances «*[...] soient considérées comme devant être obligatoirement suivies à l'occasion des litiges qui se présentent par la suite devant les formations arbitrales*»³⁶³, avant de souligner «*qu'on peut [...] difficilement conclure qu'une sentence arbitrale puisse créer de la jurisprudence*»³⁶⁴. En revanche, JEAN-MICHEL JACQUET, estime qu'il y a lieu de remplacer le concept d'autorité de la règle jurisprudentielle par celui d'acceptabilité. Selon lui, «*l'acceptabilité de la règle jurisprudentielle est cette qualité de la règle dégagée dans la décision qui lui permet d'être appliquée une nouvelle fois par un autre tribunal dans une espèce semblable*»³⁶⁵. La règle doit donc être de nature à susciter un large consensus au sein des professionnels de l'arbitrage. Enfin, son homogénéisation «*peut aussi se réaliser par l'adhésion naturelle au courant majoritaire de décisions*»³⁶⁶.

249 La question qui se pose alors est celle de savoir s'il existe une obligation pour le tribunal arbitral d'adopter des solutions aussi semblables que possible aux sentences arbitrales antérieures, ou si, le cas échéant le tribunal arbitral peut ou doit en tenir compte et dans quelles situations. Dans une étude récente portant sur les questions clés de l'arbitrage international, DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO conclut, à juste titre, et non sans soulever des points

³⁵⁴ JACQUET, p. 453.

³⁵⁵ cf. n° 233.

³⁵⁶ Art. 33 Règl. CCI. Au cours de cet examen, la Cour d'arbitrage peut être amenée à appeler l'attention du tribunal arbitral sur des points intéressant le fond du litige. Il ne s'agit toutefois que de remarques de nature déclaratoires (cf. n° 190 s; SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, p. 158 s.).

³⁵⁷ Cf. MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1113, n° 2434.

³⁵⁸ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 200, n° 374.

³⁵⁹ Cf. CLAY, p. 220, n° 264. MICHEL TARUFFO est plus catégorique et affirme que «*souvent l'on découvre que la jurisprudence est incohérente et contradictoire*» (traduction libre, TARUFFO, p. 800). Il s'agit alors de déterminer si la jurisprudence est relevante, constante ou, au contraire, si elle est incertaine.

³⁶⁰ Cf. n° 249s.

³⁶¹ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1116, n° 2439.

³⁶² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 204, n° 381.

³⁶³ PINNA, p. 493. JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN et JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA sont d'avis que la reconnaissance du caractère obligatoire de la règle arbitrale jurisprudentielle nuit sérieusement à la liberté des arbitres (MERINO MERCHAN/CHILLON MEDINA, p. 1118, n° 2439 i.f.).

³⁶⁴ PINNA, p. 494.

³⁶⁵ JACQUET, p. 457.

³⁶⁶ CLAY, p. 220, n° 264.

importants, à l'absence d'obligation, légale ou réglementaire, pour les arbitres de prendre en considération la règle du précédent ou *stare decisis* qui désigne l'obligation pour les tribunaux étatiques de rendre des décisions conformes aux décisions antérieures³⁶⁷.

Dans des domaines bien spécifiques de l'arbitrage international tel que l'arbitrage d'investissement – en particulier dans le cadre du CIADI – ou l'arbitrage sportif, la diffusion des sentences arbitrales, et par voie de conséquence leur reproductibilité, est assurée par leur publication. C'est ainsi que l'on a par exemple vu se développer, en matière d'investissement, en relation avec des notions comme «inversion», «expropriation indirecte», «*umbrella clause*» ou encore «traitement juste et équitable», une casuistique propre à assurer leur reprise, sans qu'elle soit cohérente dans son ensemble³⁶⁸. Dans ces domaines, il est plus aisé d'envisager que les tribunaux se servent des précédents avant le prononcé de la sentence arbitrale. Il en va tout autrement dans les autres matières de l'arbitrage international. En effet, l'obligation de confidentialité ne permet, au mieux, que la diffusion généralement partielle du contenu des sentences³⁶⁹. Toutefois, rien n'empêche les tribunaux arbitraux de s'inspirer des décisions arbitrales «de principe». C'est notamment le cas d'école de la sentence arbitrale intérimaire CCI *Dow Chemical* du 23 septembre 1982, dans laquelle le tribunal arbitral s'est prononcé sur l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires et qui est à l'origine d'une gigantesque littérature de par le monde³⁷⁰.

En sus, en ce qui concerne l'aspect publicitaire de la notion de jurisprudence, le caractère confidentiel de l'arbitrage s'oppose, en règle générale, à la publication des sentences arbitrales. C'est là l'une des clés du succès de l'arbitrage. Toutefois, la confidentialité de l'arbitrage est préservée par l'anonymisation des sentences arbitrales en vue de leur publication totale ou partielle, selon les domaines³⁷¹. C'est le cas, par exemple, des arbitrages CIRDI ou du Tribunal arbitral du sport (TAS). Ainsi, une présentation analytique de la nombreuse «*jurisprudence arbitrale*» est disponible dans les diverses revues spécialisées, parmi lesquelles se distinguent: *les Cahiers de l'arbitrage (France)*, *la Revue de l'arbitrage, (France)*, *la Revista de la Corte española de arbitraje*, *le Bulletin de l'ASA (Suisse)*, *le Recueil des sentences arbitrales de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, *Revista Peruana de Arbitraje*, *la Revista Lima Arbitration (Pérou)*, *el Boletín informativo du CANACO (Mexique)*, *la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje (Universidad Autonome de Nuevo León – Mexique)*, *La jurisprudencia arbitral de Colombia (Universidad Externado de Colombia)*, *la Revista internacional de arbitraje (Colombie)*.

Enfin, force est de constater que, même si la «*jurisprudence arbitrale*» développée par les institutions d'arbitrage s'affirme de plus en plus comme une «source de l'arbitrage», la doctrine la plus avisée se refuse, à juste titre, à parler de véritable «*jurisprudence arbitrale*» à l'égard des sentences prononcées par les tribunaux arbitraux³⁷². En outre, nous estimons qu'en matière arbitrale, il est préférable de parler de «précédent arbitral *de facto*» en lieu et place de jurisprudence arbitrale, car l'aspect organique, l'aspect d'homogénéité et – dans une

³⁶⁷ DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO emploie comme seul paramètre d'analyse la détermination du droit applicable au fond, compte tenu de son importance et de son traitement dans les divers instruments juridiques en la matière. C'est ainsi qu'il s'interroge, entre autres, sur la portée de l'art. 28 al. 4 Loi-type CNUDCI qui précise que «dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction». Ce faisant, cet auteur estime que dans l'exécution de cette règle, il est probable que le tribunal arbitral prenne en compte les sentences arbitrales antérieures (FERNÁNDEZ ARROYO, p. 232). On peut ajouter que les art. 54 al. 2 LAC-Bo (Bolivie), art. 101 al. 3 LANI-Col (Colombie), art. 28 al. 4 LA-Cr (Costa Rica), art. 28 al. 4 LAC-CI (Chili), art. 30 D-Cub (Cuba), art. 36 al. 3 LA-Gu (Guatemala), art. 1445 al. 4 CCo-Mx (Mexique), art. 54 al. 4 LMA-Ni (Nicaragua), art. 56 al. 3 LACNI-Pa (Panama), art. 32 al. 4 LAM-Py (Paraguay), art. 57 al. 4 LA-Pe (Pérou) et l'art. 33 al. 4 LAC-Rép.Do (République Dominicaine) se réfèrent également aux usages du commerce international. Tout comme lui, nous estimons que le libellé de l'art. 28 al. 4 Loi-type CNUDCI est insuffisant pour fonder une quelconque obligation de suivre les sentences arbitrales antérieures. Quant au droit suisse de l'arbitrage, l'art. 187 al. 1 LDIP, qui dispose que «le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits», permet l'application d'un droit national mais aussi d'une source de droit non étatique comme les principes généraux et les usages du commerce international. Cela résulte de l'utilisation de la formule «règles de droit» et non «droit» dans le texte français de la LDIP (cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 405 ss; POUURET/BESSON, p. 641, n° 702).

³⁶⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, p. 242 ss; GONZÁLEZ DE COSSIO 2011, p. 934 ss.

³⁶⁹ Cf. n° 615 ss.

³⁷⁰ Cf. n° 428 ss.

³⁷¹ Cf. MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1119, n° 2440, n. 195; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 205, n° 384.

³⁷² Cf. MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 207, n° 296 et p. 1112, n° 2429 ss. Certains auteurs parlent de jurisprudence *de iure* et de jurisprudence *de facto*. La première fait référence à l'obligation pour les tribunaux de fonder ses décisions sur la base de décisions antérieures. La seconde ne consacre pas de manière absolue la force normative de la jurisprudence et tire son autorité de la force persuasive dont les décisions antérieures sont investies; et non d'une quelconque obligation légale (FERNÁNDEZ ARROYO, p. 228). D'autres auteurs considèrent que le concept d'autorité de la règle jurisprudentielle doit être remplacé par celui d'acceptabilité de la règle jurisprudentielle (cf. n° 248; JACQUET, p. 457).

moindre mesure –, l'aspect publicitaire, propres à la jurisprudence étatique, lui font défaut³⁷³. Par conséquent, il est difficile de concevoir les sentences arbitrales comme une source *lato sensu* du droit de l'arbitrage³⁷⁴.

253 En effet, les sentences arbitrales ne s'imposent pas par leur propre autorité aux arbitres. Ce sont ces derniers qui décideront, en fonction notamment de la nature de la règle posée, de la qualité du raisonnement juridique et des analogies entre les deux affaires, d'appliquer la solution retenue dans la sentence arbitrale antérieure au cas qui les occupe. C'est pour ces motifs que nous estimons que le précédent arbitral, tel que défini ci-avant, ne saurait être considéré comme une source à part entière du droit de l'arbitrage. Ce concept se rapproche en réalité de la notion suisse d'«autorités de droit», dans la mesure où le juge ne doit pas obligatoirement les appliquer, mais uniquement s'en inspirer³⁷⁵.

³⁷³ Cf. n° 243 ss. A ce sujet, DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO affirme que, aussi bien en général qu'à l'intérieur du cadre institutionnel, les contradictions entre les solutions arbitrales prononcées par des tribunaux arbitraux sont parfois grossières, dans des domaines particulièrement sensibles (FERNÁNDEZ ARROYO, p. 225). THOMAS CLAY affirme qu'«il est évident que l'absence d'autorité de régulation est préjudiciable à la cohérence de la jurisprudence arbitrale» (CLAY, p. 219, n° 264).

³⁷⁴ Cf. MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1119, n° 2440. JEAN-FRANÇOIS POUURET et SÉBASTIEN BESSON considèrent à ce propos qu'«on ne saurait pour autant attribuer aux sentences valeur de précédent (*stare decisis*), mais ont doit au contraire se garder d'extrapolations aventureuses car même celles qui sont publiées demeurent des décisions d'espèce, qui dépendent dans une certaine mesure de la personnalité des arbitres qui les ont rendues» (POURET/BESEON, p. 635, n° 696).

³⁷⁵ En droit suisse, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas considérées comme des sources de droit, mais comme des autorités. Cela résulte du texte de l'art. 1 al. 3 CC-CH, au sens duquel le juge «[...] s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

SECTION DEUX:

NATURE JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE

Titre premier: Présentation générale

Cette section a pour intention de présenter les différentes théories qui tentent d'expliquer la nature juridique de l'arbitrage. Elle n'a pas pour objectif de trancher cette question, qui, par ailleurs, divise la doctrine. 254

Habituellement, la doctrine arbitrale est d'avis que les discussions sur la nature juridique de l'arbitrage ne sont qu'une préoccupation dogmatique dont la portée est essentiellement académique et intellectuelle³⁷⁶. Toutefois, la détermination de la nature juridique de l'arbitrage comporte d'importantes conséquences pratiques eu égard aux intérêts juridiques en jeu³⁷⁷. Cet examen permet notamment de poser les bases qui facilitent l'interaction entre la justice étatique et l'arbitrage³⁷⁸. Ainsi, par exemple, les recours contre les sentences arbitrales, la responsabilité des arbitres ou la prise de mesures provisoires, seront régis en fonction de la nature juridique retenue. 255

En doctrine, le sujet est controversé et a fait couler beaucoup d'encre. Traditionnellement, deux théories s'opposent: la théorie contractuelle ou privatiste et la théorie procédurale ou juridictionnelle. La controverse tient au fait que de par ses spécificités, il est conceptuellement difficile d'attribuer à l'arbitrage une nature juridique d'origine privée ou publique ou de lui reconnaître un rapport étroit avec une discipline ou branche juridique prédéterminée. 256

Dans l'espoir de départager les tenants de la première et de la seconde théorie, la théorie mixte ou hybride a vu le jour. Elle considère que l'arbitrage est contractuel à ses débuts et juridictionnel dans ses effets³⁷⁹. Enfin, le phénomène de la constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine est à notre avis à l'origine d'une nouvelle théorie ou, du moins, d'une nouvelle approche: la nature constitutionnelle de l'arbitrage. Le postulat de cette théorie est que l'arbitrage trouverait sa source et ses limites dans la Constitution, laissant de la sorte de côté la volonté des parties, reconnue par les trois autres théories. 257

Titre deux: Théorie contractuelle ou privatiste

La théorie contractuelle considère que l'arbitrage est une institution privée dont la source est l'autonomie de la volonté. Celle-ci s'exprime par la conclusion d'un contrat: la convention d'arbitrage³⁸⁰, qui est considérée comme le fondement même de l'arbitrage dont elle délimite le contenu³⁸¹. 258

La convention d'arbitrage se définit comme «*la convention par laquelle deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'accordent à soumettre un ou plusieurs litiges existants ou futurs, mais déterminés, à un tribunal arbitral en excluant de manière contraignante la juridiction étatique*»³⁸². Les parties s'y engagent également à respecter et à exécuter la sentence arbitrale. 259

Ce faisant, l'arbitrage est de nature consensuelle ou contractuelle, car c'est de la volonté des parties que les arbitres tiennent exclusivement leur compétence³⁸³. Selon cette théorie, l'essence volontaire de l'arbitrage s'oppose à ce que l'Etat exerce un large contrôle sur les procédures arbitrales ayant lieu sur son territoire. Dès lors, seule une intervention limitée est admise. 260

³⁷⁶ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 95.

³⁷⁷ OPPETIT 2006, p.163 s.; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 13; RIVERA 2007, p. 60.

³⁷⁸ TALERO RUEDA, p. 225.

³⁷⁹ LEDESMA NARVÁEZ, p. 32; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 23; MÜLLER, p. 722, n° 3360.

³⁸⁰ Cette dénomination varie selon les pays, voir cf. n° 139 et n° 293 s. Dans la doctrine latino-américaine, certains auteurs estiment que l'arbitrage est le résultat de la conclusion non d'un seul contrat mais de deux: la convention arbitrale et le contrat d'arbitre (ROMERO DIAZ, p. 19; MATHEUS LOPEZ, p. 26).

³⁸¹ SALCEDO CASTRO, p. 114; AMPRIMO PLÁ 2008, p. 102.

³⁸² ATF 130 III 66 c. 3.1, p. 70; MÜLLER, p. 720, n° 3353.

³⁸³ REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 366, n° 5-30.

261 Par opposition à la juridiction étatique, cette conception qualifie la procédure arbitrale de mécanisme de caractère privé et consensuel dans lequel les arbitres n'ont généralement pas d'*imperium*³⁸⁴. Le principe de *pacta sunt servanda* et l'autorité de chose jugée – accordée en règle générale par les lois d'arbitrage³⁸⁵ – imposent l'exécution volontaire de la sentence arbitrale, assurant de cette façon son efficacité. Face à une partie récalcitrante, refusant la décision du tribunal arbitral, il est nécessaire de saisir la justice étatique afin de demander – comme pour tout contrat – l'exécution forcée³⁸⁶.

Titre trois: Théorie juridictionnelle ou procédurale

262 Par opposition à la théorie contractuelle, cette théorie considère que l'arbitrage implique un glissement de la fonction juridictionnelle des juges³⁸⁷ en faveur des arbitres³⁸⁸. Ces derniers agissent temporairement comme de véritables magistrats dont les sentences ne sont pas seulement assimilées aux décisions étatiques, mais déploient les mêmes effets qu'elles³⁸⁹. La volonté des parties n'est que la source de l'arbitrage, alors que l'attribution des fonctions juridictionnelles aux arbitres repose sur la loi³⁹⁰. Celle-ci octroie donc aux arbitres la faculté de trancher les litiges et délimite l'étendue de leurs pouvoirs, tout comme leur responsabilité³⁹¹. Elle assure également à l'Etat le contrôle de toutes les procédures arbitrales ayant lieu sur son territoire³⁹². A ce propos, EDUARDO SILVA ROMERO qualifie l'arbitrage latino-américain de justice de «*légitimité dérivée*» en lieu et place de justice de «*légitimité originaires*»³⁹³.

263 Outre par la doctrine, la théorie juridictionnelle est aussi accueillie favorablement par la législation et la jurisprudence d'une majorité de pays d'Amérique latine, avec toutefois des différences quant à la place qu'elle prend dans la hiérarchie normative de chacun des pays³⁹⁴. Ce faisant, il y a des pays dans lesquels ce concept est de rang constitutionnel³⁹⁵ et, d'autres dans lesquels il est intégré dans des lois de rang inférieur³⁹⁶.

³⁸⁴ TALERO RUEDA, p. 14 et 237; PICAND ALBÓNICO 2005, p. 46; RIVERA 2007, p. 67. Il y a lieu de signaler les cas particuliers de l'Equateur et du Nicaragua où les arbitres sont dotés d'une sorte d'*imperium* en matière de mesures provisoires (cf. n. 205).

³⁸⁵ Tel est le cas au Nicaragua (art. 24 let a et 62 LMA-Ni), au Panama (art. 5 al. 1 LACNI-Pa), au Pérou (art. 59 LA-Pe), en Suisse (art. 190 al. 1 et 193 al. 2 LDIP) et au Venezuela (art. 31 LAC-Ve) où la sentence arbitrale est exécutoire dès son prononcé ou sa communication. En Argentine (art. 499 CPCCN), en Bolivie (art. 60 LAC-Bo), au Brésil (art. 31 LA-Br), à Cuba (art. 38 D-Cub), en Equateur (art. 30, 31 let. e et 32 LAM-Eq), au Honduras (art. 69 et 71 LCA-Ho) et au Salvador (art. 63 LMCA-Sv) la sentence n'est obligatoire qu'après l'expiration du délai pour intenter sa correction ou son annulation, ou après le rejet de l'action en annulation. Au Costa Rica (art. 35 al. 1 LA-Cr), au Chili (art. 35 al. 1 LAC-Cl), au Guatemala (art. 46 al. 1 LA-Gu), au Mexique (art. 1461 CCo-Mx) et au Paraguay (art. 45 LAM-Py) la sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire (cf. art. 35 Loi-type CNUDCI).

³⁸⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 15, OPPETIT 2006, p. 163; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 1065.

³⁸⁷ Par *jurisdiction* on entend ici le pouvoir de juger qui appartient à l'Etat à travers ses magistrats ou fonctionnaires de l'administration investis de cette faculté (cf. HOHL, p. 13, n° 3; MORALES, p. 697).

³⁸⁸ EDUARDO SILVA ROMERO soutient que «[...] l'arbitrage sera toujours une justice dont la légitimité provient d'une délégation que l'Etat fait à travers la loi» (SILVA ROMERO. 2005, *El principio Kompetenz-Kompetenz*, p. 587) [traduction libre]. Pour JERÓNIMO CAIVANO ROQUE la nature juridictionnelle de l'arbitrage est incontestable dans la mesure où la mission des arbitres possède des caractéristiques propres à la juridiction étatique (CAIVANO ROQUE 2007, p. 34).

³⁸⁹ DE BOURNONVILLE, p. 57; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 224, n° 335 et 337; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 6, n° 22. Pour ces derniers auteurs, l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle de nature contractuelle. Au surplus, ils précisent qu'en Suisse l'assimilation de la sentence arbitrale aux jugements étatiques résulte des art. 190 al. 1 et 193 al. 2 LDIP. A noter qu'en Suisse, l'exercice des fonctions arbitrales relevait – sous l'angle restreint du droit fiscal – de la puissance publique au sens de l'ancien art. 23 LTVA. Cette disposition justifiait l'exclusion de l'assujettissement des arbitres à la LTVA du fait de l'assimilation de leurs fonctions à des actes découlant de la fonction publique. Désormais, l'exclusion pour l'exercice de fonctions d'arbitrage est prévue à l'art. 21 al. 2 ch. 29 LTVA, mais elle n'est plus fondée sur la puissance publique mais sur le caractère supposé étranger de la prestation fournie par un tribunal arbitral sis en Suisse à des parties dont le siège social est à l'étranger (cf. art. 8 LTVA; Message du Conseil fédéral suisse sur la simplification de la TVA, FF 2008 6277, p. 6332 et 6354).

³⁹⁰ MUÑOZ ESQUIVEL, p. 10; LEDESMA NARVÁEZ, p. 32; MORALES, p. 697.

³⁹¹ IBAÑEZ NAJAR, p. 19. A titre d'exemple, le Honduras (art. 47 LCA-Ho), Le Salvador (art. 40 LMCA-Sv) et le Pérou (art. 32 LA-Pe) réglementent la responsabilité des arbitres dans leur loi d'arbitrage. La Loi brésilienne d'arbitrage ne traite que de la responsabilité pénale de l'arbitre (art. 17 LA-Br).

³⁹² TALERO RUEDA, p. 12; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 15. SANQUIZ PALENCIA, p. 33.

³⁹³ SILVA ROMERO 2005, *El consentimiento*, p. 149. Cf. sur la légitimité de l'arbitrage: OPPETIT 2006, p. 35 ss. Sur ce point nous partageons l'avis de THOMAS CLAY pour qui cette conception est dépassée. Il affirme notamment que «certains auteurs avaient jadis développée l'idée que l'arbitrage était une justice déléguée de la justice étatique, et l'arbitre un délégué du juge. Cette doctrine, très vivace à une époque et soutenue par d'éminentes signatures, se caractérisait par le positivisme étatique qui la sous-tendait. L'idée était que, le pouvoir de juger étant une expression de la puissance publique, il relevait du monopole de l'Etat» (CLAY, p. 196, n° 239). Cf. LLOPIS-LLOMBART, p. 68 ss pour qui parler de «*légitimité dérivée*» est erroné.

³⁹⁴ La théorie juridictionnelle est notamment reconnue par la jurisprudence en Argentine (Décision de la Cour Suprême de la Nation *Rocca, J. C./Consultara, SA*, du 31 mai 1999), en Colombie (Décision de la Cour Suprême de Justice n° 42 du 21 mars 1991), au Costa Rica (Décision de la Salle Constitutionnelle de Cour Suprême de Justice, n° 10352, *Agencia Arias Hermanos, SA/Productos Roche Interamericana*, du 22 novembre 2000), au Chili (Décision de la Cour d'Appel de Santiago, *Carter Holt Harvey/Inversiones Socoroma*, du 25 juillet 1995), au Panama (Décision de la Cour Suprême de Justice, 4^e Salle des affaires générales, *Greenhow Associates Ltd./Refinería Panamá SA*, du 14 février 2005), au Pérou (Décision du Tribunal Constitutionnel, *Fernando Cantuarias Salaverry*, du 28 février 2006); au Venezuela (Décision de la Cour Suprême de

A notre avis, cette thèse ne saisit pas entièrement la nature juridique de l'arbitrage. D'une part, l'aspect procédural de l'arbitrage est en réalité un effet du contrat d'arbitre³⁹⁷. En effet, l'instance arbitrale est une étape nécessaire dans l'exécution de l'obligation première des arbitres, qui est de trancher le litige par le prononcé d'une sentence³⁹⁸.

L'étape procédurale arbitrale présente certes des similitudes avec celle de la juridiction étatique mais, puisqu'elle découle d'un contrat, elle ne saurait être assimilée à celle-ci. Elle lui est analogue mais ne partage pas la même nature. Ce faisant, la juridiction étatique est un prolongement de la puissance publique, tandis que la phase procédurale de l'arbitrage est l'exécution d'une obligation contractuelle qui institue un mécanisme – privé et consensuel³⁹⁹ – alternatif à la juridiction ordinaire.

D'autre part, le prononcé d'une sentence arbitrale constitue l'exécution de l'obligation principale du contrat d'arbitre et ne dépend pas d'une quelconque fonction juridictionnelle⁴⁰⁰. Par ailleurs, l'obligation d'accepter la sentence arbitrale résulte du contrat d'arbitrage, contrat dans lequel les parties s'engagent aussi à respecter et à exécuter ladite sentence. Suivant les pays, la sentence arbitrale peut avoir une *pleine efficacité* ou une *efficacité relative*. Elle a la *pleine efficacité* lorsqu'elle possède *ex lege*, dès son prononcé, les mêmes effets qu'un jugement, à savoir l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Elle est *relative* lorsqu'elle ne devient obligatoire et exécutoire qu'après l'écoulement d'un éventuel délai de recours en annulation. Toutefois, qu'elle soit dotée de la *pleine efficacité* ou de l'*efficacité relative*, si la partie succombante ne s'exécute pas volontairement, la partie ayant gain de cause peut demander l'exécution forcée de la sentence arbitrale devant le juge ordinaire du lieu d'exécution de la sentence arbitrale⁴⁰¹.

L'acceptation en Amérique latine de la théorie juridictionnelle de l'arbitrage a eu les conséquences suivantes: le classement de l'arbitrage dans le domaine du droit de procédure, l'intervention accentuée du pouvoir judiciaire dans l'instance arbitrale, l'assimilation de l'arbitre au juge – notamment sous l'angle de la responsabilité des fonctionnaires – et l'implémentation d'autres voies de recours que le recours en annulation.

Titre quatre: Théorie mixte ou hybride

La (*vexata quaestio* ou) polémique autour de la nature juridique de l'arbitrage s'est quelque peu estompée avec le postulat de la théorie mixte, qui envisage l'arbitrage comme une institution *sui generis*⁴⁰². Selon les exposants de cette théorie, ni l'aspect consensuel de la convention d'arbitrage, ni l'aspect juridictionnel de l'arbitre n'expriment la véritable nature juridique de l'arbitrage⁴⁰³. Cette théorie tente de concilier les prémisses antagoniques de ces deux théories.

Justice, *Gaceta Forence*, 3^a etapa, n° 140, vol. II, p. 1017, du 17 avril 1988 et Décision de la Cour Suprême de Justice, Salle Politico-Administrative, TSJ/SPA/n° 01670, du 18 juillet 2000).

³⁹⁵ Par exemple, en Colombie l'art. 116 Cst.Col reconnaît aux arbitres l'exercice des pouvoirs de la fonction publique. En revanche, la responsabilité des arbitres est traitée par l'art. 45 al. 1 du Décret 2279 de 1989 au sens duquel «*les arbitres [...] répondent civil, pénalement et disciplinairement selon les mêmes conditions que la loi réserve aux juges [...]*» (traduction libre). D'autres pays comme l'Equateur (art. 190 Cst.Eq), le Panamá (art. 202 Cst.Pa), le Paraguay (art. 248.2 Cst.Py), et le Venezuela (art. 258 Cst.Ve) classent par exemple l'arbitrage parmi les dispositions relatives à la fonction judiciaire.

³⁹⁶ L'art. 222 du Statut organique chilien de la magistrature selon lequel les arbitres sont «*les juges nommés par les parties ou par l'autorité judiciaire [...]*». En Argentine, l'art. 736 CPCCN accorde expressément aux arbitres la qualité de «*juges-arbitres*» et l'art. 499 CPCCN assimile la sentence arbitrale au jugement étatique. Au Brésil, l'art. 18 LA-Br stipule que «*l'arbitre est juge en fait et en droit [...]*».

³⁹⁷ Cf. n° 572 ss; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 228 s. Dans cet ouvrage, les auteurs citent les postulats proposés par JAIME GUASP en 1956 dans son ouvrage *El arbitraje en el derecho español*. Ce dernier affirme que lorsque l'on soutient que l'arbitre est un juge ou que l'arbitrage est un procès, l'on se trouve plutôt sur un terrain métaphorique que scientifique. Pour lui, l'arbitre n'est pas un juge, et l'arbitrage n'est pas un phénomène procédural. Enfin, JAIME GUASP, tout en distinguant les notions de procédure et de procès, estime que la structure procédurale de l'arbitrage ne suffit pas pour le classer dans le monde du procès et que l'arbitrage est simplement un contrat avec accord procédural.

³⁹⁸ Cf. CLAY, p. 604 ss.

³⁹⁹ LARROUMET, p. 14; ROMERO DÍAZ, p. 19.

⁴⁰⁰ MOLINA CABALLERO, p. 133; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 208.

⁴⁰¹ Cf. art. III CNY; art. 4 CPa; SENÉS MONTILLA, p. 285 ss; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1834 ss.

⁴⁰² Sur ce point, EMMANUEL GAILLARD précise que «*lorsque enfin l'on a atteint un certain consensus autour d'une posture plus libérale à l'égard de l'arbitrage, le débat s'est épuisé avec la constatation dénuée de sens du caractère "mixte" ou "sui generis" de l'institution*» (GAILLARD 2012, p. 21) (traduction libre).

⁴⁰³ PICAND ALBÓNICO, p. 205.

269 Ainsi, la théorie mixte reconnaît à l'arbitrage tant un aspect contractuel qu'un aspect procédural⁴⁰⁴. Le premier se réalise par la conclusion de la convention d'arbitrage à travers laquelle les parties expriment leur volonté commune de soumettre leur(s) litige(s) à l'arbitrage selon les règles de procédure de leur choix. Le second aspect tient à la reconnaissance du rôle juridictionnel des arbitres dont les sentences arbitrales déploient les mêmes effets que les décisions étatiques. L'arbitrage est par conséquent une *jurisdiction conventionnelle* de nature contractuelle à sa genèse et de nature juridictionnelle dans ses effets⁴⁰⁵.

Titre cinq: Théorie autonome

270 A l'instar de la théorie mixte, la théorie autonome⁴⁰⁶ soutient que la nature de l'arbitrage ne peut être exprimée ni par la théorie contractuelle ni par la théorie juridictionnelle. La théorie mixte n'appréhende pas non plus toute l'essence de l'arbitrage dans la mesure où les éléments conventionnels et juridictionnels que cette théorie reconnaît à l'arbitrage ne sont pas décisifs lors de l'analyse de la nature juridique de l'arbitrage.

271 Selon cette conception, l'arbitrage est un phénomène économique qui appartient à un régime émancipé possédant un caractère autonome⁴⁰⁷. Ainsi, le centre de gravité de la nature juridique de l'arbitrage réside dans les réalités pratiques du commerce⁴⁰⁸. L'arbitrage doit en conséquence être envisagé *per se*, c'est-à-dire en se posant notamment les questions suivantes: comment est-il?, En quoi consiste-t-il?, Quel est son mode de fonctionnement? et Quel est sa finalité?.

272 Certains voient dans cette théorie une version sublimée de la théorie mixte⁴⁰⁹, d'autres une radicalisation de la théorie contractuelle, car la théorie autonome n'attache pas d'importance au droit du siège de l'arbitrage et accorde, en revanche, un caractère illimité à l'autonomie de la volonté. Sous cet angle, la théorie autonome est compatible avec le concept de délocalisation de l'arbitrage.

Titre six: Théorie constitutionnelle

273 Avec le récent développement du phénomène de constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine⁴¹⁰, nous pensons qu'une nouvelle conception sur la nature juridique de l'arbitrage a vu le jour sur ce continent: la théorie constitutionnelle de l'arbitrage. Elle a une portée considérable dans cette région, dans la mesure où l'arbitrage y trouverait sa source et ses limites dans la constitution⁴¹¹.

274 Cette théorie n'accorde pas ou peu d'importance aux éléments conventionnels et/ou juridictionnels de l'arbitrage. Elle se limite à reconnaître ou à refuser l'accès à l'arbitrage en fonction de sa compatibilité constitutionnelle. L'inconstitutionnalité de l'arbitrage peut résulter ainsi, en théorie, aussi bien de l'interdiction de

⁴⁰⁴ SANDOVAL LÓPEZ, p. 19; PICAND ALBÓNICO 2005, p. 50; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 5015 s.; OPPETIT 2006, p. 57. D'aucuns parlent à cet égard de théorie réaliste de l'arbitrage, de théorie intermédiaire ou de théorie syncrétique (CASTILLO FREYRE/VÁSQUEZ KUNZE, p. 47 s; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 231 ss).

⁴⁰⁵ Décision de la Cour Suprême de Justice du Costa Rica, Salle 1^{er}, n° 316-F-02 de 16:00h du 17 avril 2002 (prononcée sous l'égide de Loi d'arbitrage de 1997 – LRC-Cr).

⁴⁰⁶ Théorie développée en 1965 par JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI dans l'ouvrage *L'arbitrage: Nature Juridique, droit interne et droit international privé*.

⁴⁰⁷ Cf. SÁNCUIZ PALENCIA, p. 37; REY VALLEJO, p. 207 s.

⁴⁰⁸ TALERO RUEDA, p. 17.

⁴⁰⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, p.17.

⁴¹⁰ A noter que l'évolution de la relation entre l'arbitrage et les Constitutions des pays d'Amérique latine peut être recoupée en trois périodes: (i) l'après-indépendance (1820-1860 env.), période pendant laquelle les pays d'Amérique latine ont élevé au rang de précepte constitutionnel la notion d'arbitrage, à l'instar de l'art. 280 de la Constitution politique de la monarchie espagnole de 1812 (cf. n. 5). A titre d'exemple, on peut citer l'art. 190 de la Constitution vénézuélienne de 1830 qui disposait que «*les vénézuéliens ont la liberté de mettre fin à leurs différends au moyen d'arbitres [...]*» ou l'art. 156 de la Constitution mexicaine de 1824 dont la teneur se rapproche de la disposition vénézuélienne. Cette démarche visait essentiellement à garder une proximité législative avec l'Espagne en particulier, et l'Europe en général. (ii) La période «CALVO» (1860 à 1990 env.), qui se caractérise par l'hostilité constitutionnelle développée par certains pays de la région à l'égard de l'arbitrage. Cette réticence est principalement le résultat des interventions armées menées par des pays développés ayant pour but la protection des intérêts de leurs nationaux en Amérique latine (cf. n. 3). (iii) La période de «réémergence» de l'arbitrage (de 1990 env. à nos jours); cette nouvelle ère de la constitutionnalisation de l'arbitrage est motivée par une claire volonté politique d'ouverture économique. Les pays de la région visent, cette fois-ci, à garantir aux nationaux et aux étrangers le libre accès à la justice arbitrale (cf. n. 5, n° 25 et n° 30).

⁴¹¹ Cf. Décision du 28 de février 2006 du Tribunal Constitutionnel du Pérou, *Fernando Cantuarias Salaverry*, Exp. n° 6167-2005-PHC/TC qui considère que «*la faculté des arbitres [...] ne découle pas de l'autonomie des parties [...], mais trouve son origine et, en conséquence, sa limite dans l'art. 139 de la Constitution.*» (traduction libre); DE JESÚS O. 2008, p. 225.

tribunaux spéciaux⁴¹² – auxquels les tribunaux arbitraux sont assimilés – que de l'interdiction de la délégation de fonctions juridictionnelles de l'Etat à des particuliers⁴¹³ ou, encore, de l'absence de fondement constitutionnel de l'arbitrage⁴¹⁴.

Suivant la rigueur avec laquelle on applique cette théorie, le fondement juridique de l'arbitrage se trouve soit, – à la fois – dans les constitutions et dans l'autonomie de la volonté des parties (application atténuée), soit – uniquement – dans les constitutions (application stricte)⁴¹⁵. 275

ALFREDO DE JESÚS O., farouche détracteur de la constitutionnalisation, considère que «*la consécration constitutionnelle de l'arbitrage ou d'un droit à l'arbitrage n'a jamais été nécessaire pour le développement de l'arbitrage commercial international [...]*», même s'il reconnaît que «*la constitutionnalisation a été très utile pour déjouer les recours d'inconstitutionnalité interjetés contre les lois d'arbitrage par [...] ceux pour qui il est difficile de comprendre que la fonction juridictionnelle n'a jamais été un monopole de l'Etat*»⁴¹⁶. Enfin, pour cet auteur, «les constitutionnalistes», qui forment un nouveau secteur de la communauté juridique latino-américaine, mettent en péril la relation harmonieuse entre la constitutionnalisation de l'arbitrage et son développement législatif. 276

Nous partageons l'avis d'ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE lorsqu'il dit que «*le droit de recourir à l'arbitrage ne dépend pas d'une justification constitutionnelle même si historiquement il y a eu des constitutions qui justifiaient justement le contraire: l'arbitrage qui ne possède pas de justification constitutionnelle est inconstitutionnel*»⁴¹⁷. 277

A notre avis, la théorie constitutionnelle attribuée à l'arbitrage une nature juridique «constitutionnelle» artificielle. Le recours à ce procédé est motivé par la fausse croyance selon laquelle l'accès à l'arbitrage n'est réellement garanti que lorsque ce droit est inscrit dans la Constitution. En outre, cette théorie dénature le génome de l'arbitrage en faisant croire à tort que l'arbitrage n'est pas autre chose que la délégation constitutionnelle de la juridiction étatique aux particuliers⁴¹⁸. 278

⁴¹² P.ex. l'art. 139 al. 1 Cst.Pé considère l'arbitrage comme une juridiction spéciale. Voici la teneur de cette norme: «[...] Il n'existe ni peut être constituée aucune juridiction indépendante, à l'exception de la militaire et de l'arbitrale» (traduction libre).

⁴¹³ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 302.

⁴¹⁴ LORCA NAVARRETE, p. 2. A ce propos, il y a lieu de signaler que CARLOS AMIGO ROMAN considère que l'arbitrage au Brésil est totalement inconstitutionnel. Pour cet auteur, le principe constitutionnel de l'art. 5 XXXV Cst.Br selon lequel «*la loi ne peut soustraire à l'appréciation du Pouvoir judiciaire aucune lésion ou menace d'atteinte à un droit*» (traduction libre) interdit le recours à l'arbitrage dans ce pays (cf. AMIGO ROMAN, p. 335 et 355; AMIGO ROMAN 2000, p. 272).

⁴¹⁵ Cf. n. 38. En Colombie, par exemple, le fondement constitutionnel de l'arbitrage se trouve dans les art. 16 et 116 Cst.Col. Le premier a trait au droit fondamental au libre développement de la personnalité qui permet aux individus d'aménager librement leurs relations juridiques. Le second autorise de manière transitoire les arbitres à rendre la justice.

⁴¹⁶ Traduction libre. DE JESÚS O. 2008, p. 219.

⁴¹⁷ Traduction libre. LORCA NAVARRETE, p. 2.

⁴¹⁸ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 304.

CHAPITRE 2 :
CONVENTION D'ARBITRAGE

PREMIER SECTION:**NOTION ET TYPES DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE****Titre premier: Présentation générale**

Cette section a pour objectif de présenter, dans un premier temps, des observations d'ordre général relatives à la qualification juridique de la convention d'arbitrage selon des critères tels que, par exemple, son lien avec les prestations promises, son rapport avec l'existence ou non d'une réglementation spécifique, sa relation avec l'écoulement du temps, ou encore sa corrélation avec le contrat dit principal. 279

Nous tenterons ensuite de dégager, à partir des éléments apportés par les divers textes législatifs analysés ici, une proposition de définition du concept de convention d'arbitrage. Compte tenu de la doctrine et de la jurisprudence étudiées, ainsi que des particularités locales – comme par exemple la distinction entre *clause compromissoire* et *compromis* –, le recours à deux définitions est incontournable. En effet, nous retiendrons des définitions qui saisissent, respectivement, les réalités de l'arbitrage en Amérique latine et en Suisse. Il sera également question de la détermination de la nature juridique de la convention d'arbitrage. En doctrine, le sujet est controversé; en effet, même si la doctrine arbitrale majoritaire s'accorde à dire que la convention d'arbitrage est un *contrat de procédure*, il n'en reste pas moins qu'une partie non négligeable de la doctrine la qualifie de véritable *contrat de droit privé*, et qu'une minorité estime que la convention d'arbitrage est un *acte juridique*. 280

Enfin, nous nous attarderons sur l'analyse de la validité de la convention d'arbitrage par référence et de la convention d'arbitrage insérée dans des contrats d'adhésion. En ce qui concerne la première, nous verrons que la grande majorité des juridictions étudiées reprend la rédaction de l'art. 7 al. 2 (version de 1985) ou l'art. 7 al. 6 (version de 2006) de la Loi-type CNUDCI. En matière de convention d'arbitrages contenues dans des contrats d'adhésion, le panorama législatif est plus incertain. Quelques pays adoptent des dispositions impératives en faveur de ce type de conventions, nonobstant sa soumission à des conditions additionnelles de forme. Quant aux autres, la validité de ce type de conventions doit s'analyser eu égard au cas d'espèce et à la lumière des normes de police protectrices. 281

Titre deux: Observations liminaires

La convention d'arbitrage est la pierre angulaire de l'arbitrage⁴¹⁹. Sans elle, la procédure arbitrale ne peut avoir lieu. Elle constitue son fondement, fixe son étendue et ses limites⁴²⁰. Il en découle, d'une part, que l'arbitrage trouve sa source dans l'autonomie privée des parties de se soumettre à l'arbitrage et, d'autre part, que l'arbitrage ne peut avoir pour objet que des litiges déterminés (existants) ou déterminables (futurs) au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou extracontractuel. Par conséquent, la convention d'arbitrage contribue aussi à déterminer l'étendue des compétences des arbitres⁴²¹. 282

La convention d'arbitrage réunit les caractéristiques propres aux contrats. Sous cet angle, elle présente les spécificités suivantes: 283

– La convention d'arbitrage peut être un contrat *synallagmatique* (parfait ou imparfait)⁴²² ou *multilatéral*. 284

⁴¹⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 55; PICAND ALBÓNICO 2005, p. 354; REDFERN/HUNTER/SMITH, p. 106.

⁴²⁰ VERDERA SERVER, p. 17; TALERO RUEDA, p. 86.

⁴²¹ En ce sens, le Tribunal fédéral suisse estime qu'«un tribunal arbitral n'est, en effet, compétent, entre autres conditions, que si le litige entre dans les prévisions de la convention d'arbitrage et que lui-même n'excède pas les limites que lui assignent la requête d'arbitrage et, le cas échéant, l'acte de mission» (TF 4A.103/2011 du 20 septembre 2011, c. 3.1.1).

⁴²² A noter qu'une partie de la doctrine estime que la convention d'arbitrage ne possède pas les qualités d'un contrat synallagmatique. Cette théorie doctrinale s'expliquerait par l'existence de la convention d'arbitrage hybride, en vertu de laquelle au moins l'un des cocontractants se réserve la faculté de choisir valablement entre le recours à l'arbitrage et la justice étatique. Pour MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, la convention d'arbitrage hybride est de nature à rompre l'équilibre des contre-prestations promises car l'autre partie ne bénéficie pas de la même réciprocité, raison pour laquelle la convention d'arbitrage n'est pas synallagmatique (LLOPIS-LLOMBART, p. 56 ss). Nous n'adhérons pas à cette analyse. A notre avis, la convention d'arbitrage hybride est une convention synallagmatique imparfaite, dans la mesure où chaque partie peut, théoriquement du moins, être tenue d'une prestation, même si elles ne sont pas dans un rapport d'échange.

- 285 – Faisant l'objet d'une réglementation spéciale de la loi, la convention d'arbitrage est un contrat *nommé*⁴²³.
- 286 – La convention d'arbitrage est un contrat à titre *onéreux*, car les parties se promettent des contre-prestations qui peuvent, selon les circonstances, être équivalentes ou non⁴²⁴. Cette promesse s'insère dans un rapport d'échange⁴²⁵.
- 287 – La convention d'arbitrage est un contrat *principal*, qu'elle prenne la forme d'une clause compromissoire ou celle d'un compromis arbitral⁴²⁶. En effet, la convention d'arbitrage, même insérée dans le contrat de base, jouit d'une existence propre, et ne suit pas nécessairement le sort juridique réservé au contrat dit – à tort – principal⁴²⁷. C'est l'expression du principe de séparabilité⁴²⁸.
- 288 – La convention d'arbitrage est un contrat *formel*. Elle doit respecter les formes prescrites par la loi d'arbitrage de chaque pays. En règle générale, la convention doit être passée en la forme écrite. Certaines lois étudiées ici assimilent à la forme écrite toute convention conclue au moyen de télégramme, télex, télécopieur, mail ou tout autre moyen de communication permettant d'en établir la preuve par un texte⁴²⁹. De nos jours, le principe du consensualisme gagne en importance, certains pays comme la France n'exigeant plus d'écrit ou de signature (en ce qui concerne l'arbitrage international)⁴³⁰.
- 289 – La convention d'arbitrage en la forme d'une clause compromissoire est un contrat soumis à une *condition suspensive mixte*, c'est-à-dire que ses effets juridiques dépendent de la réalisation d'une condition casuelle (la survenance d'un litige couvert par la convention arbitrale) et de la réalisation d'une condition potestative bilatérale ou multilatérale négative (l'absence de renonciation consensuelle à l'arbitrage de la part des parties en conflit). Dans l'intervalle, la convention d'arbitrage est en suspens.
- 290 – La convention d'arbitrage est un *contrat analogue aux contrats de durée*, car l'exécution de la prestation isolée dont il est l'objet est étendue dans le temps⁴³¹.
- 291 En sus des spécificités énumérées ci-dessus⁴³², la convention d'arbitrage présente d'autres caractéristiques qui ont pour conséquence d'en faire un *contrat sui generis*⁴³³, la première d'entre elles étant l'efficacité de la convention d'arbitrage. D'un point de vue historique, la reconnaissance de l'efficacité de la clause compromissoire est sans conteste l'un des événements majeurs dans le développement de l'arbitrage⁴³⁴. Aujourd'hui, l'autosuffisance de la clause compromissoire est reconnue de manière unanime, de sorte que la conclusion d'un

⁴²³ BENETTI SALGAR, p. 171; *contra*: CHRISTOPH MÜLLER considère que «[...] la simple mention d'un contrat dans une loi ne suffit pas pour en faire un contrat nommé». Tel est, selon lui, le cas de la convention d'arbitrage (MÜLLER, p. 595, n° 2850 s.). Sur ce point, PIERRE TERCIER est d'un autre avis; il considère que «pour qu'un contrat soit nommé, il est nécessaire et suffisant qu'il fasse l'objet d'une réglementation spéciale dans une norme étatique, sans égard ni à sa place, ni à son contenu» (TERCIER, p. 45, n° 290). Nous partageons cette opinion et, comme lui, nous estimons qu'une réglementation allusive qui se limite à évoquer un type de contrat, à en admettre le principe ou à en régler un aspect particulier est suffisante pour parler de contrat nommé. Ainsi, l'art. 178 LDIP qui règle les conditions de forme et de fond de la convention d'arbitrage permet de qualifier la convention d'arbitrage de contrat *nommé* en droit suisse.

⁴²⁴ Les contre-prestations ne sont pas équivalentes en cas de convention d'arbitrage hybride par exemple (cf. n. 422).

⁴²⁵ Cf. n. 422.

⁴²⁶ CASTRILLÓN Y LUNA, p. 18. D'aucuns estiment que la convention d'arbitrage est un contrat *accessoire* lorsqu'elle est insérée dans le contrat de base, et qu'elle est un contrat principal lorsqu'elle revêt la forme de compromis arbitral. Toutefois, l'accessorité ne tient qu'au lien physique qui existe entre le contrat de base et la clause compromissoire et, par ailleurs, ne préjuge en rien le principe de la séparabilité de la convention (cf. BENETTI SALGAR, p. 171 et 242).

⁴²⁷ LARROUMET, p. 16. Il existe des situations où la convention d'arbitrage suit, par transfert ou transmission d'accessoire, le sort juridique du contrat de base. C'est le cas de la cession de la créance, de la reprise – simple ou cumulative – de dette, de la succession universelle, de la subrogation légale, ou encore du transfert d'une relation contractuelle (ATF 129 III 727 c. 5.3.1, p. 735; ATF 120 II 155 c. 3b/bb p. 163), sauf dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage a été conclue *intuitu personae* (cf. n. 668 et 812). Enfin, nous préférons l'emploi du terme «contrat de base» qui tient compte du caractère de «contrat principal» de la convention d'arbitrage, quelle que soit la forme sous laquelle elle se matérialise. L'expression «contrat de base» a donc l'avantage d'être claire. A noter que le terme «contrat de base» est préféré par l'art. 3 de l'Accord du Mercosur à celui de «contrat principal» (cf. n° 153 ss).

⁴²⁸ Cf. n° 514 ss.

⁴²⁹ Cf. n° 355 ss, art. 178 al. 1 LDIP. Le Honduras, la Colombie, le Pérou et la République Dominicaine ont décidé d'assouplir davantage l'exigence de la forme écrite. Ainsi, l'art. 38 LCA-Ho assimile l'écrit à toute forme de communication permettant l'échange des données et la corroboration ultérieure de l'information consignée. La Colombie (art. 69 al. 2 let. b LANI-Col), le Pérou (art. 13 al. 4 LA-Pe) et la République Dominicaine (art. 10 al. 2 LAC-Rép.Do) vont plus loin, en acceptant l'efficacité des conventions d'arbitrage dont l'existence peut être corroborée par le biais d'un support électronique, magnétique, optique ou d'un autre type (cf. art. 7 al. 4 Loi-type CNUDCI [Option I]). Cf. FOLLONIER-AYALA 2013, p. 116 ss.

⁴³⁰ Cf. MÜLLER/RISKE, p. 203 s.

⁴³¹ BENETTI SALGAR, p. 173; CASTRILLÓN Y LUNA, p. 18. D'autres estiment qu'il s'agit d'un rapport juridique procédural *a priori* sans limite dans le temps (cf. n° 593; POUDET/BESSON, p. 340 s., n° 377; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 157 s., n° 280 s.; MÜLLER, p. 732, n° 3397).

⁴³² Cf. n° 283 ss.

⁴³³ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1123 s., n° 2444.

⁴³⁴ CAIVANO ROQUE 2008, p. 372.

compromis postérieur à la clause compromissoire n'est plus exigée, sauf en Argentine, en Uruguay et, de manière plus nuancée, au Brésil⁴³⁵.

Outre le principe de l'efficacité de la convention d'arbitrage, le principe de la séparabilité ou de l'autonomie de la convention par rapport au contrat de base est l'autre spécificité qui fait de la convention d'arbitrage un contrat particulier. En vertu de ce principe, la convention d'arbitrage est considérée comme un contrat indépendant et différent du contrat de base dans lequel elle est insérée. Il en découle, en règle générale, que la nullité du contrat de base n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage et que la convention d'arbitrage peut être régie par un droit différent de celui qui gouverne le contrat de base⁴³⁶.

292

Titre trois: Concept et nature juridique de la convention d'arbitrage

1. Concept de convention d'arbitrage

Avant de définir le concept de «*convention d'arbitrage*», il est indispensable de procéder à quelques précisions terminologiques. Le terme «*convention d'arbitrage*» qui désigne le contrat d'arbitrage n'est pas employé de manière uniforme en Amérique latine et en Suisse⁴³⁷. Les expressions les plus utilisées sont «*accord d'arbitrage*»⁴³⁸ et «*convention arbitrale*»⁴³⁹, suivies d'«*accord arbitral*»⁴⁴⁰, de «*pacte arbitral*»⁴⁴¹ et enfin de «*compromis*»⁴⁴². L'Uruguay est le seul pays à traiter encore la clause compromissoire et le compromis de manière séparée⁴⁴³. Seul le terme de *convention d'arbitrage* sera utilisé dans le cadre de cette étude, sans aucune discrimination et uniquement dans l'objectif d'unifier la terminologie, d'alléger la rédaction et de faciliter la lecture.

293

⁴³⁵ Cf. n° 139, n° 293 et n° 303 ss; FOLLONIER-AYALA, p. 17, n° 4. Nous reviendrons ci-après sur les distinctions entre la notion de clause compromissoire et celle de compromis arbitral.

⁴³⁶ cf. n° 517 ss.

⁴³⁷ La Suisse (art. 178 LDIP) et le Brésil (art. 3 LA-Br – *convenção de arbitragem*) utilisent cette formule. Malgré cette dénomination, le Brésil conserve la distinction entre *clause compromissoire* (art. 4 ss LA-Br – *cláusula compromissória*) et *compromis* (art. 9 ss LA-Br – *compromisso arbitral*). Il est important de signaler que le régime brésilien sur l'efficacité de la clause compromissoire est un régime hybride. En effet, la conclusion d'un compromis est nécessaire pour rendre efficace la clause compromissoire dite «*blanche*», alors qu'un compromis n'est pas requis en cas de clause compromissoire dite «*pleine ou complète*» (cf. n° 46 et n. 451). Enfin, la conclusion du compromis, qui peut être judiciaire ou extrajudiciaire, est subordonnée au respect des conditions rigoureuses de forme. Ainsi, p. ex., le compromis extrajudiciaire doit être signé par deux témoins ou, à défaut, être constaté par titre public (art. 9 § 2 LA-Br); il doit aussi impérativement contenir l'identité, la profession et le domicile des parties et des arbitres ou de l'institution arbitrale, l'objet de l'arbitrage et le lieu du prononcé de la sentence (art. 10 LA-Br).

⁴³⁸ Cette expression est employée par la Colombie (art. 69 LANI-Col), le Chili (art. 7 LAC-Cl), le Guatemala (art. 4 al. 1 LA-Gu), le Mexique (art. 1416 ICCo-Mx), le Nicaragua (art. 27 LMA-Ni), le Panama (art. 15 LACNI-Pa) le Paraguay (art. 3 LAM-Py), la République Dominicaine (art. 10 LAC-Rép.Do) et le Venezuela (art. 5 LAC-Ve). A noter que, par le terme générique d'*accord d'arbitrage*, le Guatemala (art. 10 al. 1 et 54 LA-Gu) et la Colombie (art. 69 al. 1 LANI-Col) désignent les notions de *clause compromissoire* et de *compromis*. Contrairement au Brésil, les art. 10 al. 1 et 54 LA-Gu et 69 al. 1 LANI-Col garantissent la pleine efficacité du compromis et de la clause compromissoire. Avant le 12 octobre 2012, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi d'arbitrage colombienne, le terme de «*pacte arbitral*» désignait dans ce pays les notions de *clause compromissoire* et de *compromis*. Les art. 118 et 119 aD-Col définissaient respectivement les notions de clause compromissoire et de compromis. Ces dispositions conditionnaient la validité formelle de la clause compromissoire et du compromis à l'existence d'un «*document*». Ce terme est défini à l'art. 251 du Code de Procédure civil colombien, en vertu duquel un «*enregistrement*» (audio/vidéo/photo) est également un document, ce qui éliminait l'exigence de la signature et de l'écrit, faisant, déjà avant cette date, du droit colombien de l'arbitrage l'un des plus libéraux en ce qui concerne les exigences de forme. Cependant, dans ce pays, à l'instar du droit brésilien (cf. n. 437), la conclusion du compromis et de la clause compromissoire (non insérée dans le contrat principal) était subordonnée, sous peine de nullité, à la mention du nom et du domicile des parties et, à l'indication de l'objet de l'arbitrage (en ce qui concerne le compromis) et, en ce qui concerne la clause compromissoire, à l'indication précise du contrat principal auquel elle se référerait (art. 119 et 120 aD-Col).

⁴³⁹ La Bolivie (art. 10 LAC-Bo), l'Equateur (art. 5 LAM-Eq), Le Salvador (art. 3 let. e LMCA-Sv), le Honduras (art. 37 LCA-Ho) et le Pérou (art. 13 LA-Pe) préfèrent cette formulation.

⁴⁴⁰ Utilisée au Costa Rica (art. 7-9 LA-Cr) et à Cuba (art. 12 D-Cub).

⁴⁴¹ Employée en Colombie désormais uniquement en matière d'arbitrage interne (art. 3, 4 et 6 LANI-Col).

⁴⁴² Ce terme est utilisé par l'Argentine (art. 739 CPCCN). Contrairement à l'immense majorité des pays analysés ici, l'Argentine continue à exiger l'officialisation de la clause compromissoire par la conclusion du compromis. Ce vestige législatif est le principal obstacle au développement de l'arbitrage dans cet Etat. Ceci vaut également pour l'Uruguay.

⁴⁴³ Art. 473 à 479 CGP-Uy. En Uruguay, la clause compromissoire doit avoir la forme écrite, sous peine de nullité (art. 473. 2 CGP-Uy). Elle est conçue comme un acte juridique («*negocio jurídico*») dont l'obligation principale est la conclusion du compromis, cette obligation survenant dès la naissance du litige. A ce sujet, RUBEN SANTOS BELANDRO affirme que la clause compromissoire est considérée comme un «*près-compromis*» comportant uniquement une obligation de faire: celle de rédiger le compromis après la survenance du litige (SANTOS BELANDRO, p. 82). La législation uruguayenne impose des conditions de forme très strictes pour la conclusion du compromis. Sous peine de nullité, celui-ci doit impérativement être contenu dans un document judiciaire ou un titre public. De plus, il doit contenir l'objet du litige, l'identité des parties et des arbitres, les règles de procédure et le délai dans lequel le tribunal arbitral est tenu de prononcer la sentence (art. 477 CPG-Uy). A l'instar du droit brésilien (art. 7 § 7 LA-Br), l'art. 478 CGP-Uy permet à une partie de recourir au juge pour qu'il se substitue à la volonté de l'autre partie, qui, en dépit de l'existence d'une clause compromissoire, se refuse à conclure le compromis.

- 294 Pour déterminer le concept de *convention d'arbitrage*, il est indispensable de se référer tant aux textes internationaux qu'aux législations nationales en vigueur en Amérique latine et en Suisse⁴⁴⁴. Seule une analyse détaillée de chacune des sources mentionnées permettra de faire apparaître les ressemblances et les différences que les législations étudiées attachent à la notion de *convention d'arbitrage*.
- 295 La Convention de New York de 1958 (art. II ch. 1 CNY) définit la *convention d'arbitrage* comme la convention «[...] *par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage*»⁴⁴⁵.
- 296 La Convention de Panama de 1975 définit cette notion dans des termes plus succincts. Ainsi, au sens de l'art. 1 CPa, la convention d'arbitrage est «*l'accord par lequel les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends qui pourront s'élever ou qui se sont élevés entre elles à propos d'une affaire commerciale [...]*»⁴⁴⁶.
- 297 La Loi-type CNUDCI, quant à elle, adopte une formulation similaire à celle employée par la Convention de New York. Selon l'art. 7 al. 1 (versions de 1985 et de 2006), la convention d'arbitrage est la convention «[...] *par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée [...]*».
- 298 L'Accord du Mercosur, à son art. 2 let. e, définit la convention d'arbitrage comme l'«*accord par lequel les parties décident de soumettre à l'arbitrage toutes ou certaines des controverses qui se sont élevées ou pourraient s'élever entre elles au sujet de leur rapports contractuels*»⁴⁴⁷.
- 299 L'immense majorité des lois d'arbitrage étudiées ici incorporent également des définitions de la *convention d'arbitrage*. Elles se rapprochent des notions exposées ci-dessus⁴⁴⁸. Les pays ayant opté pour ce choix sont: le Brésil (art. 4 LA-Br), la Colombie (art. 69 al. 1 LANI-Col), le Chili (art. 7 al. 1 LAC-CI), le Costa Rica (art. 7 al. 1 LA-Cr), l'Equateur (art. 5 al. 1 LAM-Eq), le Guatemala (art. 4 al. 1 LA-Gu), le Honduras (art. 37 LCA-Ho), le Mexique (art. 1416 I CCo-Mx), le Nicaragua (art. 27 al. 1 LMA-Ni), le Panama (art. 15 al. 1 LACNI-Pa), le Paraguay (art. 3 let. a LAM-Py), le Pérou (art. 13 al. 1 LA-Pe), la République Dominicaine (art. 10 al. 1 LAC-Rép.Do), Le Salvador (art. 3 let. d LMCA-Sv) et le Venezuela (art. 5 al. 1 LAC-Ve).
- 300 La notion de convention d'arbitrage apparaît à plusieurs reprises dans les législations de l'Argentine, de la Bolivie, de Cuba et de la Suisse, sans y être définie. Pour une définition, il est nécessaire de se référer aux art. II ch. 1 CNY, art. 1 CPa, art. 2 let. e de l'Accord du Mercosur de 1998 et art. 7 al. 1 Loi-type CNUDCI (versions de 1985 et de 2006)⁴⁴⁹.
- 301 Il ressort des concepts proposés ci-dessus que le terme de *convention d'arbitrage* se réfère indistinctement aux notions de clause compromissoire et de compromis arbitral⁴⁵⁰. Cette ancienne distinction a disparu de la grande majorité des législations latino-américaines. Seules les lois de l'Argentine, du Brésil, de la Colombie, du

⁴⁴⁴ En matière de sources internationales, nous avons notamment retenu les Conventions de New York de 1958, de Panama de 1975, la Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, ainsi que l'Accord du Mercosur.

⁴⁴⁵ Cette disposition s'inspire de l'art. 1 du Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, qui stipule que, par la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis «*chacun des Etats contractants reconnaît la validité, entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différents, du compromis ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis, à soumettre en tout ou partie les différends qui peuvent surgir dudit contrat, à un arbitrage [...]*». Cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 140.

⁴⁴⁶ Traduction libre. En prévoyant des dispositions sur la convention d'arbitrage, les Conventions de Panama et de New York dépassent leur cadre normatif initial qui est celui de garantir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cf. ALEJANDRO FOLLONIER-AYALA, p. 18, n. 19.

⁴⁴⁷ Traduction libre.

⁴⁴⁸ Cf. n° 294 ss.

⁴⁴⁹ ALEJANDRO FOLLONIER-AYALA, p. 19, n° 11.

⁴⁵⁰ Cf. n° 275 ss; SANTOS BELANDRO, p. 81, PÉREZ PACHECO, p. 373; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 90, n° 161; MÜLLER, p. 722, n° 3358. Par ailleurs, l'art. II ch. 2 CNY stipule expressément qu'«*on entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis [...]*».

Guatemala et de l'Uruguay conservent cette différenciation⁴⁵¹. La Suisse, quant à elle, n'attache pas de conséquence à la distinction qui, en outre, n'est reprise ni par la LDIP ni par le CPC⁴⁵².

La clause compromissoire et le compromis arbitral sont les deux formes de la convention d'arbitrage. La clause compromissoire est celle par laquelle les parties à un contrat décident de faire trancher leur(s) éventuel(s) différend(s) à venir, issu(s) d'une relation contractuelle ou non, par un tribunal arbitral en excluant la juridiction étatique. Elle peut être incorporée au contrat de base sous forme d'une clause contractuelle ou faire l'objet d'un document séparé. Le compromis arbitral, quant à lui, a pour objet la résolution d'un litige déjà né.

La distinction entre la clause compromissoire et le compromis arbitral ne reposait pas seulement sur le critère chronologique. Pendant très longtemps, la doctrine arbitrale refusait la pleine efficacité à la clause compromissoire, en la subordonnant à la conclusion d'un compromis postérieur à la signature de la clause compromissoire. A travers le compromis, les parties étaient par conséquent tenues de ratifier leur volonté de soumettre leur(s) litige(s) à un tribunal arbitral⁴⁵³. Il en est encore ainsi en Argentine, en Uruguay et, dans une moindre mesure, au Brésil. Ce n'est pas tant le maintien de cette distinction qui pose problème que le manque de reconnaissance de la pleine efficacité de la clause compromissoire et l'excès de formalisme dont le compromis fait l'objet⁴⁵⁴.

Certains auteurs estiment que l'exigence du compromis devrait être maintenue lorsqu'une partie faible est en cause, même si cette distinction est inévitablement appelée à disparaître⁴⁵⁵. Tel est le cas, lorsque le litige oppose par exemple «un travailleur, un locataire ou un consommateur, etc.»⁴⁵⁶. Le but de cette initiative est d'empêcher que la partie faible renonce à la protection de la procédure ordinaire sans en avoir pris en compte toutes les conséquences.

Comme nous venons de le voir, la détermination du concept de convention arbitrale n'est pas une entreprise aisée. Elle dépend notamment de la prise en compte des particularités locales, de la doctrine et de la jurisprudence des pays étudiés ici, et naturellement de l'influence des instruments internationaux d'arbitrage⁴⁵⁷.

En ce qui concerne le droit suisse, nous avons retenu la définition donnée par le Tribunal fédéral suisse et relayée par CHRISTOPH MÜLLER selon laquelle la convention d'arbitrage est «la convention par laquelle deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'accordent à soumettre un ou plusieurs litiges existants ou futurs

⁴⁵¹ Comme déjà signalé, deux pays ne maintiennent que la distinction terminologique, les législations Colombienne et le Guatemaltèque assurant la pleine efficacité des deux concepts (cf. n. 438). Le Brésil n'assure qu'une efficacité relative, car la conclusion du compromis est exigée en présence d'une clause compromissoire blanche (cf. n. 437). Enfin, en Argentine et en Uruguay, pays où la législation arbitrale n'est pas conforme aux standards internationaux en matière d'arbitrage international, la validité de la clause compromissoire est conditionnée au compromis (cf. n. 442 s.).

⁴⁵² LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 305, n° 3; MÜLLER, p. 722, n° 3358.

⁴⁵³ CAIVANO ROQUE 2008, p. 24 ss; FRUTOS-PETERSON, p. 258.

⁴⁵⁴ SANTOS BELANDRO, p. 82.

⁴⁵⁵ Même si FRANÇOIS KNOEPFLER, PHILIPPE SCHWEIZER et SIMON OTHENIN-GIRARD n'expliquent pas le fondement de cette affirmation. Nous pensons que les auteurs font référence tout particulièrement à la disparition de l'inefficacité de la clause compromissoire de déclencher seule la procédure arbitrale, sans l'appui d'un compromis ultérieur.

⁴⁵⁶ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, p. 445, n° 763a. En Amérique latine, tel pourrait être le cas en Argentine dans les domaines des assurances et de la navigation, secteurs dans lesquels p.ex. la conclusion d'une convention d'arbitrage par adhésion est frappée de nullité (cf. n° 344 s.). Nous sommes d'avis que le maintien du compromis arbitral en tant que mécanisme de protection se justifie, même dans le domaine du commerce international, lorsque le contrat de base met en relation deux ou plusieurs parties dont au moins une apparaît comme «partie faible», mais à la condition qu'il n'existe pas d'autres formes de garde-fous. De tels garde-fous prennent généralement la forme de conditions supplémentaires de forme ou de publicité dont la violation est sanctionnée par l'annulabilité ou la nullité de la convention. Cette prise de position s'explique par l'intime conviction que l'on présume – peut-être trop hâtivement – qu'une partie à un contrat «commercial» dispose, d'une part, des compétences requises pour apprécier les risques auxquels elle s'expose et, d'autre part, par la – fausse – croyance que, dans les contrats du commerce international entre parties professionnelles, l'équilibre de base entre les parties au contrat est garanti. A ce propos et en se référant à la notion de consommateur, PIERRE TERCIER propose – dans le cadre du droit des contrats suisses – d'«opter pour une acception plus large, englobant les professionnels qui ne disposent pas de compétences suffisantes pour saisir tous les aspects du contrat qu'ils passent» (TERCIER/FAVRE, p. 58, n° 402). CHRISTOPHE SERAGLINI est d'un autre avis. Il considère qu'il ne faut pas étendre à l'excès la protection envisagée et que, par conséquent, la situation d'inégalité qui peut exister entre commerçants dans le cadre du commerce international doit en être exclue (SERAGLINI, p. 51). La notion de partie faible est une notion relative; son existence dépendra des circonstances du cas particulier. Par ailleurs, la situation de faiblesse peut revêtir plusieurs formes. Pour juger si une partie professionnelle est une partie faible, il conviendra notamment de prendre en considération des critères tels que le degré de liberté dans la négociation, l'expérience du cocontractant dans le domaine de l'arbitrage, les qualités des parties, leur dimension économique respective, l'objet du contrat et l'existence ou non des conventions d'arbitrage par référence ou insérées dans des contrats d'adhésion (cf. VALENCIA, p. 47). A noter que KLAUS SACHS définit la partie faible uniquement comme étant la partie impécunieuse n'ayant pas la capacité de financer l'arbitrage auquel elle s'est engagée (SACHS, p. 72 ss). Cette définition est trop étroite à notre goût, car elle ne prend en compte qu'un élément de la notion de partie faible. Pour terminer, JERÓNIMO CAIVANO ROQUE est d'avis que le principe selon lequel la convention d'arbitrage conclue par adhésion entre professionnels est d'emblée valable n'est pas absolu et doit être reconsidéré dès le moment où un état de fait démontre une utilisation abusive de cette technique contractuelle (CAIVANO ROQUE 2008, p. 285 et 317).

⁴⁵⁷ Cf. n° 293 ss.

(déterminés) à un tribunal arbitral en excluant de manière contraignante la juridiction étatique»⁴⁵⁸. Cette définition nous paraît saisir l'ensemble des éléments essentiels (*essentialia negotii*) de la convention d'arbitrage qui sont: (i) l'accord des volontés de soumettre le(s) litige(s) à arbitrage, (ii) la détermination des parties à la convention d'arbitrage et (iii) la détermination du ou des litiges devant être tranché(s) par le tribunal arbitral⁴⁵⁹.

307 A notre avis, la définition qui saisit le mieux les réalités de l'arbitrage en Amérique latine est celle proposée par VICTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA. Cet auteur définit la convention d'arbitrage comme «*le contrat par lequel les parties en conflit soumettent leurs litiges [déterminés ou au moins déterminables] à un organe ou à un individu qui accomplit la fonction arbitrale, donnant lieu à une procédure équivalente à la procédure juridictionnelle (mais dépourvue d'imperium) en vertu de la clause compromissoire ou du compromis conclu par les parties en conflit*»⁴⁶⁰.

308 Cette définition met en évidence trois éléments, dont deux sont propres à l'Amérique latine: (i) l'attachement de la doctrine et de la jurisprudence latino-américaines à la théorie juridictionnelle de l'arbitrage⁴⁶¹, (ii) la subsistance de la distinction, uniquement dans certains pays de la région, entre clause compromissoire et compromis arbitral⁴⁶². Quant au troisième élément, (iii) l'absence – sauf quelques exceptions mineures – d'*imperium* pour les activités des arbitres, il est commun à la Suisse et aux pays d'Amérique latine⁴⁶³. Cette définition contient également les éléments essentiels auxquels l'on subordonne généralement la validité de la convention d'arbitrage.

2. Nature juridique de la convention d'arbitrage

309 Il découle des notions traitées ci-avant et, en particulier des expressions «*les parties*», «*s'obligent à soumettre*», «*décident de soumettre*», «*tous les différends ou certains des différends*», que la convention d'arbitrage est de nature contractuelle dont la source est l'autonomie de la volonté⁴⁶⁴. Celle-ci s'exprime par l'échange de volontés réciproques et concordantes des parties de se soumettre à l'arbitrage et se matérialise par la conclusion de la convention d'arbitrage.

310 En tant que véritable contrat de droit privé, la convention d'arbitrage est soumise notamment aux règles contractuelles sur la capacité des parties, sur l'accord des volontés, sur la forme du contrat, sur l'objet du contrat, sur les vices du consentement et sur l'interprétation des contrats, qui lui sont applicables par analogie⁴⁶⁵. Il va sans dire que les principes de *pacta sunt servanda* et de *res inter alios acta* s'appliquent également⁴⁶⁶. La convention d'arbitrage produit principalement des effets de nature matérielle⁴⁶⁷. Enfin, il convient de signaler que le principe de la relativité des contrats souffre quelques exceptions en matière d'extension de la convention d'arbitrage aux non signataires⁴⁶⁸.

⁴⁵⁸ ATF 130 III 66 c. 3.1, p. 70; MÜLLER, p. 720, n° 3353.

⁴⁵⁹ Cf. n° 396 ss; VERDERA SERVER, p. 237 ss. Pour certains auteurs, la validité de la convention d'arbitrage est subordonnée à l'existence de deux éléments essentiels: (i) la volonté commune de soumettre une contestation à une décision arbitrale à caractère contraignant et, partant, de soustraire cette contestation aux juridictions étatiques, et (ii) la détermination de la contestation (LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 314, n° 1; MÜLLER, p. 724, n° 3369; GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 150 ss; RIVERA NEUTZE/GORDILLO RODRIGUEZ, p. 30 ss). Pour d'autres auteurs, l'existence de la convention d'arbitrage est subordonnée à la présence de quatre éléments: (i) la détermination des parties à la convention d'arbitrage, (ii) la détermination du litige couvert par la convention, (iii), la volonté d'arbitrer et (iv) le rattachement à un ordre juridique (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 91, n° 166 ss; POUDRET/BESSON, p. 124 ss, n° 153 ss).

⁴⁶⁰ CASTRILLÓN Y LUNA, p. 7.

⁴⁶¹ Cf. n° 261 ss.

⁴⁶² Cf. n° 301 ss.

⁴⁶³ Cf. n. 205; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 386, n° 587 ss.

⁴⁶⁴ Cf. n° 257 ss; CAIVANO ROQUE 2008, p. 28; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 252; CASTILLO FREYRE/VÁSQUEZ KUNZE p. 71; LLOPIS-LLOMBART, p. 39; CASTELLANOS HOWELL, p. 458; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 56; RIVERA 2007, p. 98 s.; RIVERA 2011, p. 275; BOUTIN I., p. 591; CREMADES M. 2011, p. 662 ss; SOTO COAGUILA 2011, p. 622 s.; SILVA ROMERO 2005, p. XV, n° 2. Ce dernier auteur affirme qu'il est «*nécessaire de souligner [...] que l'arbitrage est, dans l'une de ses acceptions les plus pures et précises, un contrat*» (traduction libre).

⁴⁶⁵ FERNANDEZ ROZAS, *El convenio arbitral*; LARROUMET, p. 14; SILVA ROMERO 2005, p. XVIII, n° 16.

⁴⁶⁶ MERINO MERCHAN/CHILLON MEDINA, p. 1283, n° 2780; SOTO COAGUILA 2011, p. 622 s.

⁴⁶⁷ Cf. n° 572 ss.

⁴⁶⁸ AGUILAR, p. 203, n° 3. Cf. n° 424 ss.

La qualification de la nature juridique de la convention d'arbitrage étant difficilement saisissable, ce sujet a fait couler beaucoup d'encre. C'est pour cette raison que d'autres auteurs considèrent que la convention d'arbitrage n'est pas un simple contrat, mais un «*negocio juridico*» doté d'autonomie juridique structurale et fonctionnelle⁴⁶⁹. Cette notion correspond aux vocables allemand «*Rechtsgeschäft*» et français «*acte juridique*» et se définit comme «*une manifestation de volonté qui produit l'effet juridique correspondant à la volonté exprimée*»⁴⁷⁰.

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, principal exposant de cette thèse, affirme que «*el convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes – libremente expresada – de elaborar, estructuralmente, un negocio juridico pero no con las consecuencias propias de un contrato [contractualismo], sino improprias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el de la resolución [...] procesal de la controversia*»⁴⁷¹.

Cet auteur précise ses propos en soulignant que l'«*autonomia negocial*», qui est le seul fondement de la convention d'arbitrage, accorde à la convention d'arbitrage des conséquences procédurales, mais non juridictionnelles ou équivalentes aux conséquences juridictionnelles⁴⁷². En d'autres termes, si l'on suit le raisonnement de cet auteur, la convention d'arbitrage, qui est le produit de l'échange des volontés, engendre uniquement des effets procéduraux et non obligationnels ou juridictionnels⁴⁷³.

Enfin, la doctrine arbitrale majoritaire estime que la convention d'arbitrage est un *contrat de procédure* ou *convention de procédure*, car elle tient à la fois des aspects de droit matériel et de droit de procédure⁴⁷⁴. Tout en reconnaissant l'applicabilité par analogie des règles du droit des contrats, les tenants de cette approche considèrent que le principal effet de la convention d'arbitrage est de nature procédurale, à savoir la renonciation à la juridiction étatique (effet dérogatoire de la convention d'arbitrage)⁴⁷⁵.

Nous ne partageons pas ce point de vue, d'une part, dans la mesure où le recours à la justice étatique n'est en aucune façon obligatoire en ce qui concerne les matières arbitrables⁴⁷⁶. Et, d'autre part, parce que même si la convention d'arbitrage implique la renonciation au juge naturel, elle intervient, en règle générale, avant la saisine des tribunaux étatique, c'est-à-dire en dehors de tout procès.

A notre avis, le recours à l'arbitrage est conçu comme une alternative à la justice étatique. C'est une faculté laissée au libre choix des parties, qui entraîne des effets matériels. En effet, la résolution de litiges n'est pas l'apanage du système judiciaire; pour preuve les professionnels de l'arbitrage voient avec inquiétude l'émergence d'autres méthodes MARC qui complètent l'éventail des choix offerts aux parties⁴⁷⁷.

Ainsi, la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis arbitral extrajudiciaire intervient en dehors de tout procès. Ce choix ne comporte pas de soustraction des litiges soumis aux arbitres au pouvoir étatique,

⁴⁶⁹ LORCA NAVARRETE, p. 2 et 6; MATHEUS LOPEZ 2004, p. 630 s.; ETCHEVERRY, p. 113 ss; BARCHI VELAOCHAGA, p. 686-691. Remarquons que l'art. 3 LANI-Col relatif au «pacte arbitral» en matière d'arbitrage interne stipule que «*le pacte arbitral est un acte juridique [...]*» (traduction libre).

⁴⁷⁰ TERCIER 1999, p. 36, n° 131.

⁴⁷¹ LORCA NAVARRETE 2010, p. 30. Voici une proposition de traduction: «*la convention arbitrale, bien plus qu'un contrat, est l'expression de l'univoque volonté des parties – librement exprimée – d'élaborer, structurellement, un acte juridique, dépourvu des effets typiques d'un contrat [contractualisme], mais avec les effets atypiques d'un domaine fonctionnel, aussi éloigné du contractualisme, comme [l'est] la résolution [...] procédurale de la controverse*».

⁴⁷² *Ibidem*, p. 36.

⁴⁷³ Les thèses d'ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE sont considérées par la doctrine majoritaire, à laquelle nous adhérons, comme très minoritaires voire comme dépassées (cf. MONTES REYES, p. 28; LLOPIS-LLOMBART, p. 39, n. 46).

⁴⁷⁴ TALERO RUEDA, p. 85; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 587 et 591; MONTES REYES, p. 29; MÜLLER, *Article 178 – Arbitration agreement*, p. 56, n° 5. Le concept de *contrat de procédure* est d'origine germanique. La doctrine allemande définit la notion de *Prozessvertrag* comme les contrats dont les principaux effets sont de nature procédurale (cf. WAGNER, p. 324 ss et 578 ss). En raison des conséquences procédurales que leur choix implique, on peut, p. ex., classer parmi les contrats de procédure la transaction judiciaire, le *pactum de foro prorogando* ou encore le *pactum de non petendo* (cf. LLOPIS-LLOMBART, p. 63; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, p. 345, n° 611 ss; MÜLLER, p. 700, n° 3282; BENETTI SALGAR, p. 171). Il va sans dire que la qualification de la convention d'arbitrage comme *Prozessvertrag* a également été retenue par la doctrine suisse (MÜLLER, p. 722, n° 3360). En Amérique latine, ce concept est accepté par BENETTI SALGAR, p. 171; PICAND ALBONICO 2005, p. 354; FERNÁNDEZ RUIZ, p. 316; VELLILA MORENO, p. 201; PEREZ ORDOÑES 2011, p. 511.

⁴⁷⁵ MÜLLER, p. 720, n° 3353; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 591, n° 405; BENETTI SALGAR, p. 244 ss. Cf. art. 17 al. 2 et 3 LACNI-Pa qui reconnaît expressément ces deux aspects. Ainsi, l'alinéa 1 de cette norme dispose que «*l'effet matériel oblige les parties à respecter leurs engagements et à formaliser la constitution du tribunal arbitral, en collaborant au mieux, de manière accélérée et efficace, dans le déroulement et l'achèvement de l'instance arbitrale [traduction libre]*», alors que l'alinéa deux stipule que «*l'effet procédural consiste dans le déclinairement de la compétence du tribunal ordinaire en faveur de la juridiction arbitrale choisie [...]*».

⁴⁷⁶ Cf. n° 456 ss.

⁴⁷⁷ MÜLLER 2010, p. 162.

et n'a pas par conséquent d'effets procéduraux. En revanche, lorsque les juges étatiques sont saisis d'une affaire et que les parties décident, en cours de procédure, de déférer la résolution de leur litige à un tribunal arbitral, le compromis arbitral – sous forme de compromis judiciaire – a des effets procéduraux, au même titre que la transaction judiciaire par exemple. C'est donc uniquement sous cette dernière forme que le compromis arbitral revêt la nature juridique d'un contrat de procédure puisqu'il met fin à la procédure engagée devant les tribunaux étatiques⁴⁷⁸.

Titre quatre: Types de conventions d'arbitrage

318 Outre la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de base, les principaux types de conventions d'arbitrage que nous avons retenues sont: (i) la convention d'arbitrage par référence et (ii) la convention d'arbitrage insérée dans des contrats d'adhésion.

1. Convention d'arbitrage par référence

319 On parle de convention d'arbitrage par référence lorsque le contrat de base ne contient pas la convention d'arbitrage, mais fait référence à un autre document la contenant, de telle sorte qu'elle l'intègre au contrat de base. La convention d'arbitrage par référence est efficace à condition que la volonté des parties au contrat de faire trancher leur(s) différend(s) par voie d'arbitrage soit établie⁴⁷⁹. Il s'agit en réalité non seulement d'une question de forme mais aussi d'une question de fond, qui touche notamment à la manifestation des volontés. Le tribunal arbitral, respectivement le juge étatique sont donc tenus de déterminer si les parties ont consenti à la convention d'arbitrage par référence et si elles l'ont fait selon les conditions de forme, s'il y en a⁴⁸⁰.

320 Cette volonté est clairement manifestée quand les parties font référence à l'arbitrage par le biais d'un renvoi spécifique, c'est-à-dire lorsque le document signé se réfère explicitement à la convention d'arbitrage contenue dans un autre document. En revanche, la question est moins aisée lorsque la référence est faite en termes généraux, sans mentionner expressément la convention d'arbitrage contenue dans un autre document. Ce type de renvoi est qualifié de renvoi global. L'acceptation de sa validité varie en fonction des pays: certains tiennent ce renvoi pour insuffisant, alors que d'autres subordonnent sa validité à l'analyse des circonstances du cas particulier, à la lumière des règles de la bonne foi⁴⁸¹.

321 C'est, par exemple, le cas de la Suisse où le Tribunal fédéral a décidé, en 1984 déjà, en application de la Convention de New York, que la solution dépend des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, «on aura égard au fait qu'elle [la convention d'arbitrage] a été conclue entre commerçants rompus aux affaires ou entre personnes inexpérimentées; de même, on pourra exiger une attention différente des signataires suivant que le contrat renvoie aux clauses d'un autre contrat censé connu ou à des conditions générales dont on ignore si elles sont connues»⁴⁸². Dans une décision plus récente, ce tribunal a jugé «qu'il faut décider, en application du principe de la bonne foi, dans chaque cas particulier, si le renvoi général à un document incorporant une clause d'arbitrage peut être compris comme impliquant une adhésion de son destinataire à cette clause. A cet égard, il faut admettre qu'une partie qui accepte le renvoi global à un document incorporant une convention d'arbitrage, dont il a connaissance, accepte par là même de se soumettre à ce mode de règlement des litiges»⁴⁸³.

322 Les situations les plus répandues dans lesquelles des conventions d'arbitrage par référence sont employées sont les suivantes: le renvoi à des conditions générales d'affaires insérées dans un document séparé, la référence à des règlements corporatifs ou professionnels dont les litiges se diriment par voie arbitrale, le renvoi à des contrats-cadres ou à des contrats-types comportant une telle convention, la conclusion de contrats *back to back* ou contrats

⁴⁷⁸ Cf. TERCIER/FAVRE, p. 1226, n° 8104; MÜLLER, p. 700, n° 3282.

⁴⁷⁹ CASTRO DE CIFUENTES, p. 175.

⁴⁸⁰ POUURET/BESSON, p. 176, n° 213.

⁴⁸¹ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 127, n° 232 ss; MÜLLER, *Article 178 – Arbitration agreement*, p. 68, n° 63.

⁴⁸² ATF 110 II 54 c. 3 c/bb, p. 59.

⁴⁸³ TF 4P.230/2000 du 07.02.2001, c. 2, Bull. ASA 2001, p. 523 ss, RSDIE 2002, p. 585 ss.

adossés, une sorte de sous-contrats, qui contiennent les mêmes conditions que celles des contrats principaux auxquels ils se réfèrent⁴⁸⁴.

Les sources internationales de la convention d'arbitrage par référence sont:

323

L'art. II ch. 2 CNY ne fait pas expressément allusion à la convention d'arbitrage par référence; il dispose uniquement qu'une convention d'arbitrage peut être contenue «*dans un échange de lettres ou de télégrammes*». D'une part, nous estimons que cette disposition doit être interprétée selon son but et en fonction des intérêts qu'elle entend protéger. La Convention de New York a pour but de faciliter la solution des différends par la voie de l'arbitrage; néanmoins, elle tend à protéger les parties d'engagements inconsidérés impliquant renonciation au for et au juge ordinaire. D'autre part, nous sommes d'avis que l'art. II ch. 2 CNY doit être interprété de manière large car il existe une différence rédactionnelle entre la version anglaise et les versions espagnole et française. En effet, l'expression «*shall include*» est plus souple que les expressions espagnole «*denotará*» ou française «*on entend*» qui laissent peu de place à une interprétation extensive de cette disposition. Ce faisant certains tribunaux privilégient une approche libérale et font une interprétation large de l'art. II ch. 2 CNY. Ainsi, par exemple, la Cour Suprême de Hong Kong a estimé dans l'affaire *Jiangxi Provincial Metal & Minerals Import & Export Corp. v. Sulancer Co. Ltd* du 6 avril 1995 que «*If one looks at Art. II of the New York Convention [...] one sees at paragraph 2 the following words: The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchanges of letters or telegrams. That definition in not exclusive*». D'autres tribunaux vont même jusqu'à l'interpréter à la lumière des textes postérieurs à la Convention, comme cela a été le cas en Suisse à l'ATF 121 III 38 c. 2c, p. 44. Dès lors, la jurisprudence développée à ce propos considère que cette norme ne s'oppose pas à la validité de la convention d'arbitrage par référence. Par ailleurs, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international a adopté, à l'occasion de la révision de 2006 de la Loi-type CNUDCI, une recommandation à l'égard des Etats dans laquelle elle les invite à appliquer l'art II ch. 2 CNY «*en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs*»⁴⁸⁵.

324

L'art. 1 al. 2 CPa ne se prononce pas non plus sur cette question. Il se limite à mentionner que la convention d'arbitrage «*[...] peut être aussi constatée par échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télex*». Dans ce sens, la Convention de Panama laisse transparaître une nette influence de la Convention de New York, de sorte que, à notre avis, rien ne s'oppose à ce que la Convention de Panama fasse aussi l'objet d'une interprétation libérale dans ce domaine.

325

L'art. 2 let. e et l'art. 25 al. 3 de l'Accord du Mercosur de 1998, sans faire directement allusion à cette question, disposent que la convention d'arbitrage «*[...] pourra adopter la forme d'une clause compromissoire insérée dans un contrat ou celle d'un accord indépendant*»⁴⁸⁶ et qu'«*en ce qui concerne les situations non prévues par les parties, par l'Accord de Buenos Aires, par les règles de procédure de la CIAC ou par les conventions et les normes auxquelles se réfère le présent Accord [...]*»⁴⁸⁷, les règles et principes de la Loi-type de 1985 CNUDCI seront applicables.

326

Ainsi, l'Accord du Mercosur semble se référer en premier lieu aux instruments internationaux, jugés plus favorables à l'arbitrage commercial international que les règles de droit interne. Le renvoi aux «*principes et règles de la Loi-type*» revêt une importance toute particulière dans la mesure où la Loi-type CNUDCI de 1985 contient une disposition relative à la convention d'arbitrage par référence (art. 7 al. 2 Loi-type) dont le texte est similaire à celui de l'art. 7 al. 6 Loi-type CNUDCI de 2006 qui stipule que «*la référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat*». Par conséquent, nous sommes d'avis qu'une telle convention est

327

⁴⁸⁴ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 652; CASTRO DE CIFUENTES, p. 174 s.; BENETTI SALGAR, p. 189 s.

⁴⁸⁵ Cf. n. 128; DI PIETRO, p. 355 ss; GODOY/SONODA, p. 152; NOODT TEQUELA/CORDOBA, p. 209 ss; CAMPOS L./OSSA G., p. 302 s.; CASTRO DE CIFUENTES, p. 175 ss; TALERO RUEDA, p. 100 et 112; PERALES VISCASILLAS 2008, p. 699 ss; GRAHAM TAPIA, p. 550 ss; POUURET/BESSON, n° 213-226; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 274-280; VAN DEN BERG, p. 215 ss; Décision du 2 novembre 2007 du Tribunal de première instance en matière civile du Santiago de Chile, n° 16.361-2006, *Provimin c/ Danfoss Nessie Water Hydraulics*; ATF 110 II 54 c. 3 c/bb, p. 59. Toutefois, pour certains tribunaux étatiques, comme la Cour Suprême d'Italie, seul le renvoi spécifique est conforme à l'art. II ch. 2 CNY (Décision du 22 décembre 2000 de la Cour Suprême italienne, *Granitalia v. Agenzia Maritima Sorrentini* et Décision du 10 mars 2000 de la Cour Suprême italienne, *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GMBH v. Bristol Myers Squibb*).

⁴⁸⁶ Traduction libre.

⁴⁸⁷ Traduction libre.

conforme à l'Accord du Mercosur, à condition qu'elle respecte la forme écrite, que la référence intègre la convention d'arbitrage au contrat de base et que la référence permette d'établir clairement la volonté des parties⁴⁸⁸.

328 En ce qui concerne les législations nationales, deux groupes assez distincts se dessinent: ceux qui consacrent des dispositions en matière de convention d'arbitrage par référence et ceux qui n'en disposent point.

329 Le premier est formé par la Bolivie (art. 10 al. 2 LAC-Bo), le Brésil (art. 4 § 2 LA-Br), le Chili (art. 7 al. 2 LAC-Cl), la Colombie (art. 69 al. 2 let. d LANI-Col), le Costa Rica (art. 7 al. 6 LA-Cr), l'Equateur (art. 5 al. 2 LAM-Eq), le Guatemala (art. 10 al. 1 LA-Gu), le Honduras (art. 33 LCA-Ho), le Mexique (art. 1423 CCo-Mx), le Nicaragua (art. 27 al. 2 LMA-Ni), Le Panama (art. 16 al. 4 LACNI-Pa)⁴⁸⁹, le Paraguay (art. 10 LMA-Py), le Pérou (art. 13 al. 6 LA-Pe), la République Dominicaine (art. 10 al. 3 LAC-Rép.Do), Le Salvador (art. 26 LMCA-Sv) et le Venezuela (art. 6 al. 1 LAC-Ve). Ces pays reprennent en grande partie la formulation proposée par la Loi-type à l'art. 7 al. 2 (version de 1985) ou à l'art. 7 al. 6 (version de 2006).

330 A noter que la législation équatorienne adopte une approche restrictive en la matière. L'art. 5 LAM-Eq stipule que, pour que la convention d'arbitrage contenue dans un document indépendant du contrat de base produise des effets juridiques, elle doit contenir les noms des parties et indiquer de manière précise le contrat auquel elle se réfère. Ceci implique qu'en droit équatorien, la référence ne s'adresse pas à la convention d'arbitrage insérée dans un autre document, mais qu'elle vise le contrat de base qui ne la contient pas⁴⁹⁰.

331 Le deuxième groupe est composé de l'Argentine, de Cuba, de la Suisse et de l'Uruguay. Les lacunes que les législations de l'Argentine et de l'Uruguay ont sur cette question peuvent être partiellement comblées par l'application de l'Accord du Mercosur qui – comme nous l'avons vu ci-dessus⁴⁹¹ – renvoie, en cas de lacune, aux dispositions de la Loi-type CNUDCI. Par ailleurs, tant la jurisprudence argentine qu'uruguayenne semblent avoir adopté une position pragmatique selon laquelle la validité d'une telle convention d'arbitrage s'analyse au cas par cas et à la lumière des principes posés par les instruments internationaux d'arbitrage⁴⁹².

332 Enfin, pour terminer cette analyse comparative, le droit suisse de l'arbitrage international impose au tribunal arbitral – dont le siège se situe en Suisse – de vérifier la validité formelle de la convention d'arbitrage exclusivement à la lumière de l'art. 178 al. 1 LDIP qui dispose que «*quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte*»⁴⁹³. La jurisprudence suisse adopte une interprétation large et libérale des conditions formelles de validité imposées par cette disposition⁴⁹⁴. Elle reconnaît la validité d'une convention d'arbitrage par référence, qu'elle soit faite sous forme de *renvoi spécifique* ou de *renvoi global*⁴⁹⁵.

2. Convention d'arbitrage insérée dans des contrats d'adhésion

333 Les contrats d'adhésion sont ceux par lesquels une partie impose de manière unilatérale à l'autre le contenu du contrat, cette dernière n'ayant que la liberté d'accepter ou de refuser la conclusion. Ces contrats présentent ainsi deux caractéristiques essentielles, à savoir: (i) le pouvoir d'imposition d'une des parties et (ii) l'absence de négociation des clauses du contrat.

⁴⁸⁸ En ce sens, mais sans faire référence à l'art. 25 al. 3 de l'Accord du Mercosur, d'aucuns estiment que la conclusion des conventions d'arbitrage par référence n'est pas contraire à l'esprit de cet Accord (DIAZ/ROTHSCHILD/RUANOVIA, p. 20). RUBEN SANTOS BELANDRO est d'un avis plus nuancé. Il considère, en dépit du renvoi de l'art. 25 al. 3 de l'Accord du Mercosur, que la solution définitive sera celle adoptée par les législations nationales (SANTOS BELANDRO 2010, p. 90).

⁴⁸⁹ Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi d'arbitrage, les conditions formelles de la convention d'arbitrage étaient réglées par l'art. 9 aD-Pa qui ne traitait pas la question de la convention d'arbitrage par référence. Toutefois, d'aucuns estimaient que cette disposition ne frappait pas d'inefficacité la clause d'arbitrage par référence (cf. PITTI, p. 588 s.).

⁴⁹⁰ Avant la Loi d'arbitrage de juillet 2012, la Colombie connaissait une situation semblable (cf. art. 120 aD-Col; ALEJANDRO FOLLONIER-AYALA, p. 26, n° 37; BENETTI SALGAR, p. 190).

⁴⁹¹ Cf. n° 326 s.

⁴⁹² Ainsi, en Argentine, la Chambre nationale d'Appel en matière commerciale a admis la validité d'une clause d'arbitrage par référence insérée dans une pluralité de contrats en matière de fiducie, au motif qu'«*étant donné l'amplitude et la clarté de la clause [...] il y a lieu d'admettre la prorogation de compétence*» (traduction libre), (Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle C, *Atuel Fideicomisos S.A. c/Fondo solidario para empleados asociación civil*, ED 201-212, du 18 août 2002; cf. RIVERA 2007, p. 153). Cf. n° 345 pour l'Argentine et cf. n° 350 pour l'Uruguay.

⁴⁹³ En revanche, lorsque le tribunal arbitral a son siège à l'étranger, l'analyse de la validité formelle de la convention d'arbitrage se fait en application de l'art. II ch. 2 CNY (POUDRET/BESSON, p. 176, n° 213).

⁴⁹⁴ ATF 129 III 727 c. 5.3.1; TF 4P.126/2001 du 18.12.2001, c. 2c et 2e/bb.

⁴⁹⁵ Cf. n° 320 s.; BERSHEDA, p. 696 ss.

En principe, cette modalité de contracter, fréquemment utilisée dans les contrats de consommation, se heurte à la nature consensuelle de l'autonomie de la volonté qui gouverne, en particulier, la conclusion de la convention d'arbitrage et, le droit des contrats en général. En effet, dans ce type de contrats, la «partie faible» ne participe pas à la négociation du contenu du contrat; celui-ci le lui est imposé par la «partie forte»⁴⁹⁶. Il serait dès lors judicieux que les tribunaux et la doctrine se demandent si, dans ces situations, la volonté de la partie faible est librement exprimée, ou si le processus de formation de la volonté est tronqué et, dans cette dernière hypothèse, dans quelle mesure cela affecte la validité de la convention d'arbitrage⁴⁹⁷. 334

En règle générale, les conventions d'arbitrage insérées dans des contrats d'adhésion ne sont pas frappées de nullité *ex lege*; celle-ci n'intervient qu'en présence de clauses arbitrales abusives. Tel sera par exemple le cas lorsque l'arbitrage est obligatoire uniquement à l'égard de l'adhérent, lorsque la «partie forte» se réserve le droit de nommer unilatéralement la majorité des arbitres ou le tribunal arbitral dans son ensemble ou, lorsque les frais de procédure sont à la charge exclusive de l'adhérent⁴⁹⁸. 335

Certaines lois d'arbitrage contiennent expressément des dispositions de droit impératif relatives à l'insertion des conventions d'arbitrage dans des contrats d'adhésion, garantissant de la sorte un équilibre entre le principe de l'autonomie de la volonté, le respect du principe de *pacta sunt servanda* et le devoir de protection de la partie faible. Ainsi: 336

– Au Brésil, au sens de l'art. 4 § 2 LA-Br⁴⁹⁹, la *clause compromissoire* contenue dans un contrat d'adhésion est valable uniquement si la partie adhérente prend l'initiative de recourir à l'arbitrage ou si elle peut concourir à son institution. La clause compromissoire doit être passée par écrit et être insérée en gras dans le contrat de base ou être annexée dans un document séparé. 337

– Au Guatemala, l'art. 10 al. 3 LA-Gu subordonne la validité d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat d'adhésion à la mention de l'avertissement suivant: «*ce contrat inclut un accord d'arbitrage*»⁵⁰⁰. 338

– Au Honduras, l'art. 33 LCA-Ho n'accorde pas seulement la pleine efficacité à ce type de conventions d'arbitrage, mais établit également une présomption de validité en leur faveur. Dans ce domaine, la loi hondurienne apparaît clairement comme la loi la plus libérale d'Amérique latine. 339

– Au Pérou, selon l'art. 15 al. 2 LA-Pe, la validité d'une telle convention d'arbitrage est présumée, à condition que la partie adhérente ait connu ou ait eu l'occasion de connaître le recours à l'arbitrage. Tel est le cas (i) lorsque la convention d'arbitrage est insérée dans les conditions générales qui se trouvent dans le texte du contrat principal, (ii) lorsqu'elle est insérée dans des conditions générales se trouvant au verso du document principal et que l'on fait référence à l'arbitrage dans le texte du contrat principal et, enfin, (iii) lorsqu'elle est insérée dans un document séparé du contrat principal et que l'on fait référence à l'arbitrage dans le texte du contrat principal. Dans ces trois hypothèses, le contrat principal doit revêtir la forme écrite et être signé par les deux parties. 340

– Au Salvador, selon l'art. 26 LMCA-Sv, la validité d'une telle convention d'arbitrage est présumée, à condition que la partie adhérente ait connu ou ait eu l'occasion de connaître l'existence de ce type de conventions. Au surplus, la manifestation de volonté de l'adhérent de se soumettre à l'arbitrage doit être expresse et indépendante. La convention d'arbitrage est valable lorsque: (i) les conditions générales qui contiennent la convention d'arbitrage se trouvent dans le texte du contrat principal, qui doit revêtir la forme écrite et être signé par les deux parties, (ii) lorsque la convention d'arbitrage est insérée dans des conditions générales se trouvant au verso du document principal et que l'on y fait référence dans le texte du contrat principal, qui doit être passé par écrit et être signé par l'autre partie, (iii) lorsque la convention d'arbitrage est insérée dans un document séparé du contrat principal et que l'on fait référence à l'arbitrage dans ce dernier, qui doit avoir la forme écrite et être signé par 341

⁴⁹⁶ Cf. FERNANDEZ ROZAS 2008, p. 663 s.; cf. n. 456.

⁴⁹⁷ CAIVANO ROQUE 2008, p. 271.

⁴⁹⁸ GIL ECHEVERRY, p. 155 et 160; Décision de la Cour Constitutionnelle de la Colombie, SU-174/2007, du 14 mars 2007.

⁴⁹⁹ Cette disposition ne concerne que les contrats de nature civile ou commerciale. En effet, en matière de contrats de la consommation, le recours à l'arbitrage ne peut être convenu que dans un compromis arbitral, après la naissance du litige et, non dans une clause compromissoire (cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 287). L'art. 51 VII du Code de protection du consommateur (Loi n° 8078 de 1990), relatif aux clauses abusives, stipule que «*sont nulles de plein droit, entre autres les clauses contractuelles [...] qui [...] prévoient le recours obligatoire à l'arbitrage [...]*» (traduction libre).

⁵⁰⁰ Traduction libre.

l'autre partie et, enfin, (iv) lorsque la convention arbitrale a été portée à la connaissance du public au moyen d'une publicité suffisante.

342 – Au Venezuela, selon l'art. 6 al. 2 LAC-Ve, la manifestation de volonté de se soumettre à l'arbitrage par le biais des contrats d'adhésion doit être expresse et indépendante.

343 – Dans le cadre du Mercosur, l'art. 4 al. 1 de l'Accord du Mercosur stipule que la convention d'arbitrage garantit aux parties un traitement équitable et non abusif, et qu'elle doit être conclue selon les règles de la bonne foi, en particulier dans les contrats d'adhésion. L'alinéa 2 de cette disposition impose des conditions formelles de publicité destinées à toute sorte de convention d'arbitrage. En conséquence, pour être valable, elle doit être facilement lisible et être insérée dans un endroit facilement accessible. Cette disposition revêt une importance capitale, dans la mesure où ni les pays du Mercosur – sauf le Brésil et le Venezuela⁵⁰¹, ni les pays associés⁵⁰² ne disposent de législations favorables à la convention d'arbitrage par adhésion.

344 La situation dans les autres pays analysés est quelque peu confuse. En effet, la question qui nous occupe n'est pas traitée dans les lois d'arbitrage. Elle est parfois abordée dans les lois de protection du consommateur⁵⁰³, dans des lois spéciales⁵⁰⁴, voire même dans les Constitutions nationales⁵⁰⁵. Les réponses varient selon les pays; ainsi, il y a des nations dans lesquelles les conventions d'arbitrage contenues dans certains contrats d'adhésion sont *a priori* nulles, alors que dans d'autres, elles sont valables. Voici un aperçu des solutions retenues dans quelques pays étudiés:

345 – En Argentine, la validité d'une telle convention d'arbitrage est avant tout régie par les dispositions générales du Code de procédure civile et commerciale de la Nation. Les art. 736 et 739 CPCCN stipulent que la convention d'arbitrage, qui doit avoir la forme écrite, peut être contenue dans le contrat de base ou dans un acte postérieur. D'un autre côté, la Loi de protection du consommateur n° 24.240 du 22 septembre 1993 (LPcon-Ar)⁵⁰⁶ prévoit aux art. 37 et 38 qu'une clause contractuelle qui restreint excessivement les droits du consommateur est une clause abusive. Tel sera notamment le cas lorsqu'elle restreint outre mesure les droits de procédure et l'accès à la justice étatique⁵⁰⁷. Par conséquent, en Argentine, la validité de la convention d'arbitrage conclue par adhésion dans les contrats de consommation se détermine eu égard au cas d'espèce et en fonction des normes protectrices prescrites dans ce domaine⁵⁰⁸. En matière commerciale, la situation est semblable. Toutefois, la validité de la convention est soumise à une analyse plus rigoureuse⁵⁰⁹. En conclusion, dans la mesure où le droit argentin n'impose pas des conditions de forme destinées aux conventions arbitrales par adhésion dans les contrats commerciaux, elles sont en principe valables⁵¹⁰.

⁵⁰¹ L'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay.

⁵⁰² La Bolivie et le Chili.

⁵⁰³ Loi argentine de protection du consommateur n° 24.240 du 22 septembre 1993 (LPcon-Ar); Loi chilienne n°19496 du 7 mars 1997 sur la protection des consommateurs (LPcon-Cl); Loi panaméenne de protection du consommateur n° 45 du 31 octobre 2007 (LPcon-Pa), Loi paraguayenne n° 1334 de 1998 de protection du consommateur et de l'utilisateur (LPcon-Py) et Loi uruguayenne n° 17250 du 11 août 2000 de protection du consommateur (LPcon-Uy).

⁵⁰⁴ C'est p. ex. le cas en Argentine où la Loi d'assurances (LSeg) et la Loi de navigation (LNav) prévoient la nullité des conventions d'arbitrage insérées dans des contrats dont le contenu est préétabli. Ainsi, au sens de l'art. 57 LSeg «*sont nulles les clauses compromissaires incluses dans la police. [...]*» (traduction libre) et selon l'art. 339 LNav «*est nulle et sans aucun effet toute stipulation qui [...] soumette à arbitrage les différends qui puisse surgir entre les parties. [...]*» (traduction libre). Toutefois, l'art. 621 LNav dispose qu'après la naissance du litige les personnes qui résident dans le pays peuvent décider de le soumettre à arbitrage. Dans la perspective de faciliter l'accès à l'arbitrage dans ce type de litiges, il serait souhaitable d'introduire dans ces législations la figure du compromis arbitral, tel que nous l'avons évoqué ci-dessus (cf. n. 456). Par ailleurs, une partie de la doctrine argentine estime que ces lois interdisent la renonciation à la justice étatique avant la survenance du litige et non le recours à l'arbitrage proprement dit (cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 275). D'autres ajoutent que l'interdiction de l'art. 57 LSeg ne concerne que les contrats d'assurance nationaux, raison pour laquelle la prohibition ne doit pas être étendue aux polices d'assurances internationales (FELDSTEIN DE CARDENAS/MEDINA/RODRIGUEZ/SCOTTI, p. 137).

⁵⁰⁵ Art. 27 et 38 Cst.Py.

⁵⁰⁶ Modifiée par la Loi n° 26.361 du 12 mars 2008.

⁵⁰⁷ Cette notion est précisée par l'art. 37 du Décret réglementaire ou d'application de la LPcon.Ar et par l'annexe de la Résolution n° 53/2003 sur les clauses abusives édictée par l'Office de la concurrence et de la protection du consommateur.

⁵⁰⁸ Décision de la Chambre d'Appel en matière civile et commerciale de Mar del Plata, 1^o Salle, *Maria E. González c/Persa S.A.*, du 2 avril 1997. Dans un arrêt postérieur (02.10.1997), la 1^o Salle de la de la Chambre d'Appel en matière civile et commerciale de Tucumán, a décidé, dans l'affaire *Rafael Rolando Rodríguez c/Citibank N.A.*, qu'en l'espèce la convention d'arbitrage était abusive dans la mesure où la juridiction arbitrale était assujettie à la seule volonté de la partie forte.

⁵⁰⁹ Cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 285.

⁵¹⁰ La Chambre nationale d'Appel en matière commerciale a admis la validité d'une clause d'arbitrage insérée par adhésion dans un contrat commercial, au motif que la partie demanderesse n'a pas réussi à démontrer le vice de consentement invoqué (Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle D, *Bear Service S.A. c/Cerveceria Modelo S.A.*, c. 2b ii, du 22 février 2002).

– Au Chili, dans le cadre de l'arbitrage interne, cette question est abordée à l'art. 16 al. 2 de la Loi n°19496 du 7 mars 1997 sur la protection des consommateurs (LPcon-CI). Au sens de cette disposition, si un contrat d'adhésion désigne un arbitre, le consommateur a le droit de le récuser en tout temps. En revanche, la LAC-CI, relative à l'arbitrage commercial international, ne traite pas de ce sujet.

– En Colombie, la LANI-Col ne régleme pas cette question de manière claire. La doctrine a été longuement partagée quant à la validité des clauses arbitrales contenues dans des contrats d'adhésion. D'un côté, ce types de clauses étaient admissibles dans des domaines spécifiques comme le droit commercial⁵¹¹ et – avant la Loi d'arbitrage n° 1563 du 12 juillet 2012 – le droit du bail⁵¹². D'un autre côté, la Loi n° 1480 de 2011 sur la protection du consommateur (LPcon-Col) frappait de nullité les clauses renvoyant le consommateur devant la justice arbitrale (art. 43 al. 12 LPcon-Col). Fort heureusement cette disposition a été abrogée par l'art. 118 LANI-Col. La controverse tient à la contrariété qu'une telle clause aurait avec la Constitution colombienne⁵¹³, ou à l'absence de liberté, ou à la liberté – réduite au minimum – dans la déclaration de volonté de la partie faible. D'aucuns considèrent que, dans la mesure où il n'y a pas de normes impératives interdisant la convention d'arbitrage dans les contrats d'adhésion, celle-ci est valable⁵¹⁴. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne est de cet avis et estime que la convention d'arbitrage est nulle lorsqu'elle viole les principes de la bonne foi et du *juste équilibre des prestations des cocontractants*, c'est-à-dire lorsque l'on est en présence d'une clause abusive. Tel sera par exemple le cas lorsque l'arbitrage est obligatoire uniquement à l'égard de l'adhérent, lorsque la «partie forte» se réserve le droit de nommer unilatéralement la majorité des arbitres ou le tribunal arbitral dans son ensemble, ou lorsque les frais de procédure sont à la charge exclusive de l'adhérent⁵¹⁵.

– En Equateur, la LAM-Eq ne contient pas de dispositions relatives à l'insertion des conventions d'arbitrage dans des contrats d'adhésion. Toutefois, la conformité de cette technique contractuelle a été validée par la Cour Suprême de Justice. Cette dernière a écarté un prétendu vice de consentement dans la conclusion d'un contrat d'assurance et s'est rangée en faveur de la validité d'une telle convention et de sa conformité avec les conditions de forme des art. 5 et 6 de la LAM-Eq⁵¹⁶.

– Au Panama, tout comme c'était le cas sous l'ancien régime, la question n'est pas réglée expressément dans la loi d'arbitrage. Nous estimons que l'avis exprimé à ce propos par une partie de la doctrine panaméenne est valable en ce qui concerne la nouvelle Loi d'arbitrage. Elle considérerait que, grâce à la souplesse de rédaction qui caractérisait l'aD-Pa, la convention d'arbitrage par adhésion était conforme à la législation panaméenne⁵¹⁷. Il est néanmoins nécessaire de préciser que la Loi de protection du consommateur n° 45 du 31 octobre 2007 (LPcon-Pa) institue à l'art. 114 une juridiction arbitrale spéciale, l'arbitrage de consommation, chargée de dirimer les conflits entre consommateurs et fournisseurs de services. Dès lors, à notre avis, les conventions d'arbitrage conclues par adhésion et insérées dans des contrats de consommation doivent impérativement respecter les termes des art. 74 ch. 7 et 114 LPcon-Pa. L'art. 74 ch. 7 LPcon-Pa précise notamment que «[...] sont abusives et absolument nulles les conditions générales des contrats d'adhésion qui: [...] impliquent la renonciation de l'adhérent ou du

⁵¹¹ P. ex. les art. 110 al. 11 et 221 al. 2 du Code du commerce colombien (Décret n° 419 de 1971, CCo-Col) qui admettent l'arbitrage pour la résolution des conflits entre associés ou entre associés et la société commerciale, ou pour les différends liés à la dissolution des sociétés non soumises à surveillance.

⁵¹² Art. 222 aD-Col.

⁵¹³ Tel serait le cas si les coûts élevés de l'arbitrage empêchaient la partie faible d'y recourir. Dans son ouvrage *«Lecciones de derecho comercial»* de 1987, cité par JULIO J. BENETTI SALGAR, ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ est l'un des premiers à avoir soutenu cette thèse. Selon lui, cette situation serait contraire à la notion de service public que la Constitution colombienne de 1886 attribuait aux autorités étatiques (cf. art. 58 aCst.Col; BENETTI SALGAR, p. 183 s.).

⁵¹⁴ Cf. BENETTI SALGAR, p. 185. A ce propos, FABRICIO MANTILLA ESPINOSA explicite cette thèse en affirmant qu'*«en droit colombien, un contrat conclu par adhésion d'un cocontractant [...] est en principe valable et ne contrevient pas aux art. 1602 et 1603 du Code civil»*. Selon cet auteur, deux raisons expliquent que cette solution s'applique aux conventions d'arbitrage par adhésion: d'une part *«parce qu'il n'existe pas une norme spéciale établissant un régime juridique distinct du régime général en matière de convention d'arbitrage par adhésion»* et, d'autre part *«parce qu'il existe des normes spéciales qui, pour certains cas spécifiques de conventions d'arbitrage par adhésion, confirment la règle générale; par exemple l'art. 110 du Code de commerce [...]»* (MANTILLA ESPINOSA, p. 238) (traduction libre).

⁵¹⁵ GIL ECHEVERRY, p. 155 et 160; Décision de la Cour Constitutionnelle, SU-174/2007, du 14 mars 2007; Décision de la Cour Constitutionnelle de 1997, T-375/1997; Décision de la Cour Constitutionnelle de 1997, T-307/1997; Décision de la Cour Constitutionnelle de 1998 SU-039/1998. La notion de clause abusive est définie à l'art. 42 de la Loi n° 1480 de 2011 sur la protection du consommateur. Au sens de cette disposition, sont abusives les clauses qui engendrent un déséquilibre injustifié au détriment du consommateur et toutes celles qui, selon les mêmes conditions, affectent l'époque, la manière ou l'endroit où le consommateur peut exercer ses droits. Dans l'établissement de la nature et l'ampleur du déséquilibre, toutes les circonstances du cas d'espèce seront prises en compte.

⁵¹⁶ Décision de la Cour Suprême de Justice, 1^e Salle civile et commerciale, *José Luis Orellana Salcedo v. Bolívar Compañía de Seguros S.A.* Résolution 261-2003.

⁵¹⁷ PITTI, p. 590.

*consommateur aux actions procédurales [...] consacrées dans le Code judiciaire et les lois spéciales*⁵¹⁸. Ainsi, les conventions arbitrales par adhésion qui dérogent aux dispositions citées ci-avant, en instituant par exemple un autre tribunal arbitral que celui imposé par la LPcon-Pa, sont susceptibles: premièrement, d'être interprétées en faveur du consommateur – ce qui entraîne le remplacement du tribunal arbitral imposé à travers le contrat d'adhésion par le tribunal arbitral de consommation – et, subsidiairement, d'être frappée de nullité, si une interprétation selon le principe *in dubio contra stipulatorem* n'est pas possible⁵¹⁹. Pour terminer, à notre sens, la jurisprudence que la Cour Suprême de Justice de Panama a développée dans ce domaine avant l'adoption de la LPcon-Pa et selon laquelle les conventions d'arbitrage insérées dans des contrats d'adhésion violent l'art. 32 Cst.Pa.⁵²⁰ doit être considérée comme dépassée⁵²¹.

350 – Au Paraguay, le législateur a opté pour des mesures restrictives destinées à protéger la «partie faible». Ainsi, d'une part, les art. 27 et 38 Cst.Py réglementent la diffusion de la publicité en vue d'une meilleure protection du consommateur et, d'autre part, garantissent la protection individuelle ou collective de la «partie faible». Les art. 1598 du Code civil et 28 let. d de la Loi n° 1334 de 1998 de protection du consommateur et de l'utilisateur (LPcon-Py) stipulent la nullité des conventions arbitrales contenues dans des polices d'assurances et dans des contrats de consommation préétablis. Afin de parer à cette situation et dans la perspective de faciliter l'accès à l'arbitrage, il serait recommandé d'introduire dans ce domaine la figure du compromis arbitral⁵²².

351 – En Uruguay, il n'existe pas non plus de dispositions sur le sujet. En matière de protection du consommateur, l'art. 31 let. b de la Loi n° 17250 du 11 août 2000 de protection du consommateur (LPcon-Uy) qualifie de clauses abusives les clauses qui entraînent «*la renonciation aux droits du consommateur*»⁵²³. Cette même disposition accorde au consommateur la possibilité de demander la nullité de la clause abusive. Une partie minoritaire de la doctrine uruguayenne estime que cette norme doit s'interpréter à la lumière des principes contenus dans le CGP-Uy, en particulier à l'aide de l'art. 475 selon lequel «*la clause compromissaire présuppose la renonciation [au droit] de faire valoir devant la justice ordinaire les prétentions contenues dans ces clauses [...]*»⁵²⁴. Même si cette approche a l'avantage de faciliter l'interprétation *in favorem validitatis* de ce type de convention d'arbitrage, elle ne tient pas compte de la doctrine majoritaire qui estime que les dispositions du CGP-Uy ne s'appliquent pas aux arbitrages internationaux, exception faite des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers⁵²⁵. La Cour Suprême de Justice de l'Uruguay, qui a accepté la validité des conventions d'arbitrage par adhésion, a estimé que cette question devait être résolue selon les principes posés par les Conventions internationales en matière d'arbitrage auxquelles l'Uruguay a adhéré, en particulier ceux de la Convention de New York ou, à défaut, ceux du droit international privé. Dans tous les cas, la validité d'une telle convention d'arbitrage ne doit pas être analysée selon les règles du droit de la consommation, qui ont un caractère interne⁵²⁶. Les normes de droit interne s'appliquent à l'arbitrage international uniquement si les parties le décident⁵²⁷.

⁵¹⁸ Traduction libre.

⁵¹⁹ Ce raisonnement a été suivi par le Troisième Tribunal Supérieur de Justice du 1^{er} district judiciaire de Panama dans la Décision du 27 novembre 2007 relative à l'efficacité des clauses abusives dans les contrats de promesse de vente immobilière conclues par adhésion (cf. http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/uploads/pdf/fallos_sanciones/NadyiDuque_Neto.02_09_2011_10_52_29_a.m.pdf [06.02.2014]).

⁵²⁰ Cette disposition réserve la garantie constitutionnelle d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

⁵²¹ Décision de la Cour Suprême de Justice, *C. Fernie & Co., S.A. c./Universal compañía de seguros y reaseguros S.A.*, du 29 octobre 1992, in: Décision Cour Suprême de Justice, *Pysca Panamá, S.A.*, du 13 de décembre de 2001, publiée dans la *Gaceta oficial* n° 24.470 du 15 janvier 2002, p. 78 (cf. n° 39 ss).

⁵²² Cf. n. 456.

⁵²³ Traduction libre.

⁵²⁴ Traduction libre; HARGAIN/MIHALI, p. 709.

⁵²⁵ cf. n° 67; GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 691; ARRIGHI, p. 242; SANTOS BELANDRO 2010, p. 81; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 247.

⁵²⁶ Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 43, du 24 mars 2006; ARRIGHI, p. 244.

⁵²⁷ GONZÁLEZ/GÓMEZ 2011, p. 800.

SECTION DEUX:**FORMATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE****Titre premier: Présentation générale**

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la convention d'arbitrage constitue la pierre angulaire de l'arbitrage. Elle fixe l'étendue et les limites de la procédure arbitrale⁵²⁸. En tant que contrat, la convention d'arbitrage doit respecter un certain nombre des conditions de validité, à savoir: (i) les conditions de forme et (ii) les conditions de fond. 352

Dans le titre deux de cette section, nous analyserons les différentes conditions de forme requises par l'ensemble des régimes étudiés ici. En règle générale, les conditions de fond ont une fonction *ad validitatem et ad probationem*, raison pour laquelle la forme écrite et la signature des parties sont, en principe, exigées. Cette affirmation doit toutefois être nuancée, dans la mesure où les législations arbitrales d'un grand nombre de pays d'Amérique latine dérogent à ce principe et adoptent des conditions de forme moins rigoureuses compatibles avec les pratiques les plus modernes en matière d'arbitrage international. En ce qui concerne la Suisse, nous constaterons sans surprise que ce pays adopte une approche consensuelle de la question. Ainsi, pour la jurisprudence et la doctrine suisses, la forme écrite n'est qu'une exigence relative de validité. Malgré cette tendance vers l'assouplissement des conditions de forme, il y a lieu d'énumérer quelques singularités locales, eu égard aux conditions formelles accrues imposées au compromis dans les pays d'Amérique latine qui maintiennent encore cette distinction. Enfin, en ce qui concerne la question de savoir si la convention d'arbitrage peut être considérée comme valablement conclue lorsqu'elle est passée de manière verbale, nous nous pencherons sur l'analyse des modifications apportées à la Loi-type CNUDCI en 2006 – en particulier celles des art. 7 al. 3 (Option I) et l'art. 7 (Option II) –, ainsi que sur les recommandations relatives à l'interprétation des art. II ch. 2 et VII ch. 1 CNY qui ont eu pour effet de relancer le débat sur la validité de la convention d'arbitrage conclue par oral. Dans le contexte latino-américain, nous estimons que ces modifications aboutiront inévitablement à un alignement législatif au sens de la Loi-type CNUDCI de 2006. 353

Dans le titre trois, nous nous concentrerons sur l'analyse des conditions de fond imposées par les lois d'arbitrage considérées ici, à savoir: (i) la conclusion du contrat et (ii) l'arbitrabilité objective du litige⁵²⁹. Nous nous attarderons, en particulier, sur l'étude approfondie des éléments essentiels de la convention d'arbitrage, sans lesquels elle ne lierait pas les parties⁵³⁰. En général, ils correspondent aux éléments suivants: (i) l'accord des volontés, (ii) la détermination des parties et (iii) la détermination du litige couvert par la convention d'arbitrage. Dans le cadre de l'analyse de la détermination des parties, nous traiterons en outre de la question de l'extension des effets de la convention d'arbitrage à des tierces personnes non signataires⁵³¹. Comme nous le verrons, cette pratique s'oppose au principe de la relativité des contrats ou *inter alios acta*. Toutefois, dans certaines circonstances, la doctrine et la jurisprudence acceptent une exception à la règle de la relativité des contrats et admettent que des non signataires soient couverts par la convention d'arbitrage. Sur le plan législatif, nous saluons la codification à l'art. 14 LA-Pe (Pérou) des principes jurisprudentiaux – ou du moins d'un certain nombre d'entre eux – s'appliquant à l'extension de la convention d'arbitrage. 354

Enfin, en ce qui concerne l'arbitrabilité objective du litige, une analyse détaillée des législations étudiée ici sera proposée. Les matières arbitrables varient en fonction du choix souverain que chaque Etat fait dans ce domaine et en fonction du critère d'arbitrabilité objective retenu par le législateur national. Ainsi, la grande majorité des droits nationaux d'Amérique latine et le droit suisse de l'arbitrage interne ont penché pour le critère de la libre disponibilité, tandis que les droits brésilien, nicaraguayen, paraguayen ainsi que le droit suisse de l'arbitrage international ont préféré le critère de la patrimonialité. 355

⁵²⁸ Cf. n° 282; FOLLONIER-AYALA, p. 15.

⁵²⁹ Cf. n° 456 ss.

⁵³⁰ Cf. n° 397 ss.

⁵³¹ Cf. n° 425 ss.

Titre deux: Conditions de forme

- 356 La convention d'arbitrage doit respecter les conditions de forme prescrites par la loi d'arbitrage de chaque pays. En règle générale, la convention doit être passée en la forme écrite. Certains pays imposent la signature de la convention d'arbitrage par les parties. Les exigences formelles s'appliquent à tous les éléments essentiels de la convention d'arbitrage⁵³². Elles sont traditionnellement envisagées comme des conditions de validité sans lesquelles la convention d'arbitrage ne produit, en principe, pas d'effets (*conditio ad validitatem*)⁵³³.
- 357 La *ratio legis* des conditions formelles est, d'une part, de protéger les parties contre l'exclusion hâtive du juge naturel⁵³⁴ et, d'autre part, de promouvoir l'homogénéisation des conditions de forme dans les législations nationales⁵³⁵. On rattache aux conditions de forme, comme mentionné ci-dessus, une fonction *ad validitatem*, mais aussi une fonction *ad probationem*⁵³⁶. Toutefois, une approche plus consensuelle veut que la forme écrite soit aujourd'hui une exigence *relative* de validité⁵³⁷.
- 358 A ce propos, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI se rallient à l'opinion du Tribunal fédéral suisse qui considère que la forme écrite n'est «*pas une condition absolue, puisque la partie qui entre en matière sur le fond sans soulever le vice de forme est réputée avoir accepté la convention d'arbitrage et est déchue du droit de contester la compétence du tribunal arbitral sur cette base*»⁵³⁸.
- 359 FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO aborde également cette question, mais sous un autre angle: celui de la nullité relative ou de l'annulabilité. La convention d'arbitrage qui ne respecte pas les conditions de forme n'est pas nulle *per se*, elle est annulable. En effet, la convention produit ses effets jusqu'au prononcé de la nullité⁵³⁹.
- 360 Certaines Conventions internationales et lois nationales étudiées ici assimilent à la forme écrite toute convention conclue au moyen de télégrammes, télex, télécopieur, courrier électronique ou tout autre moyen de communication permettant d'en établir la preuve par un texte.
- 361 Au sens de la Convention de New York (art. II ch. 2 CNY) «*on entend par convention écrite une clause compromissoire ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou télégrammes*»⁵⁴⁰. Postérieure à la Convention de New York, la Convention de Panama (art. 1 al. 1 CPa) exige que la convention d'arbitrage soit constatée «*par écrit et signé par les parties [...]*»; elle ajoute en outre la possibilité de conclure une convention d'arbitrage par télex. Actuellement, il est largement admis que l'absence de signature manuscrite n'affecte pas son efficacité lorsque la convention d'arbitrage est conclue entre absents via un échange de lettres, télégrammes ou télex.

⁵³² FOLLONIER-AYALA 2013, p. 111.

⁵³³ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 650.

⁵³⁴ REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 223, n° 3-07; BERSHEDA, p. 695; Pour PIERRE A. KARRER, cette conception est complètement dépassée. Cet auteur est d'avis qu'«*on ne voit pas pourquoi on permettrait aux parties de conclure des contrats pour des millions d'euros au téléphone, mais on leur défendrait d'assortir une telle convention d'une convention d'arbitrage prévoyant la façon dont les différends y afférant pourront être réglés*» (KARRER, p. 184, n° 24). Cf. art. 11 CVIM qui prévoit que «*le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous les moyens, y compris par témoins*». FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO est plus nuancé. Pour lui, l'exigence de la forme écrite n'est pas dépassée mais n'est plus tout à fait d'actualité (GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 212).

⁵³⁵ TALERO RUEDA, p. 96.

⁵³⁶ Cf. n° 356. C'est-à-dire que la forme écrite est conçue comme une condition de validité et comme un moyen de preuve. Cette conception a évolué depuis son adoption, la forme écrite n'a plus qu'une fonction *ad probationem* (cf. LLOPIS-LLOMBART, p. 43; GONZALEZ DE COSSIO, p. 219; CAIVANO ROQUE 2008, p. 327; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1256, n° 2722; NOODT TEQUELA/CORDOBA, p. 218; SANTIESTEVAN DE NORIEGA 2008, p. 90 et 99).

⁵³⁷ Le Tribunal fédéral suisse considère par exemple qu'«*il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'avec le développement des moyens modernes de communication, les écrits non signés ont une importance et une diffusion toujours plus grande, que l'exigence de la signature se relativise fatalement en particulier en matière de commerce international et que le traitement différent réservé aux documents signés et non signés est remis en cause. A cela s'ajoute que dans des situations particulières, un comportement donné peut suppléer en vertu des règles de la bonne foi à l'observation d'une prescription de forme*» (ATF 121 III 38, c. 3, p. 45).

⁵³⁸ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 73, n° 207; ATF 111 Ib 253.

⁵³⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 220, n. 43.

⁵⁴⁰ Remarquons que les exigences de forme de la Convention de New York s'appliquent d'une part lorsque le siège du tribunal arbitral est situé à l'étranger et que le juge étatique est saisi d'un litige au fond en dépit d'une convention d'arbitrage (art. II ch. 3 CNY; cf. n. 912), et d'autre part lorsqu'il est saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence étrangère (art. III à VI CNY; POUDRET/BESSON, p. 54, n° 72; LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 316 s., n° 7; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 112, n° 212). En revanche, les dispositions relatives à la validité formelle de la convention d'arbitrage de la loi du siège de l'arbitrage s'appliquent directement devant le tribunal arbitral ou, en cas de recours contre la sentence, dans le pays du siège.

Pour des raisons évidentes, ces deux conventions ne prennent pas en compte la formidable évolution des télécommunications intervenue depuis leur adoption, raison pour laquelle la doctrine la plus avisée souhaite une interprétation plus libérale de la forme écrite et un élargissement des moyens de communication⁵⁴¹.

Dans un certain nombre de situations, la pratique arbitrale contemporaine tend vers une interprétation plus souple de ces dispositions en général et de l'art. II ch. 2 CNY en particulier. Par ailleurs, certains auteurs sont d'avis que cette norme doit s'interpréter au regard de l'art. 7 de la Loi-type CNUDCI (version de 2006)⁵⁴². A noter que cette dernière version contient une recommandation adressée aux Etats dans les invitant à appliquer l'art. II ch. 2 CNY «*en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs*»⁵⁴³.

L'Accord du Mercosur précise à l'art. 6 que la convention d'arbitrage devra être passée en la forme écrite (al. 1). Cette disposition indique que les conditions de validité formelle sont en outre régies par le droit du lieu de conclusion (al. 2). Quant à la conclusion d'une convention d'arbitrage entre absents (al. 4), cet Accord exige que toute communication intervenue par télécopie, courrier électronique ou tout autre moyen équivalent soit prouvée par la présentation de l'original, sans préjudice de l'alinéa 5 de cette disposition. Il reste à déterminer quand et sous quelle forme un courrier électronique satisfait à l'exigence de la présentation de l'original. Pour déterminer le caractère original d'un tel courrier et faute d'indications, il y a lieu, à notre sens, de s'inspirer, de l'art. 8 de la Loi-type CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 et de l'art. 9 al. 4 et 5 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005. Ces dispositions, qui ont une rédaction semblable, prévoient que lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit disponible ou conservé sous sa forme original, cette exigence est satisfaite: (i) «*[s]il existe une garantie fiable quant à l'intégralité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive [...] et (ii) «[s]i, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle doit être présentée».*

Remarquons que l'alinéa 5 de l'art. 6 de l'Accord du Mercosur tempère la rigueur des conditions formelles, dans la mesure où il consacre le principe *in favorem validitatis*, en ce sens que «*si les exigences de validité formelle imposées par le droit du lieu de conclusion ne sont pas remplies, la convention d'arbitrage est valable si elle est conforme aux conditions de forme de l'une des lois de l'un des Etats avec qui le contrat de base a des liens objectifs au sens de l'art. 3 let. b*»⁵⁴⁴. Enfin, JOÃO BOSCO LEE rappelle que l'Accord du Mercosur semble, à travers son art. 25 al. 3, «*vouloir écarter les règles de droit interne, normalement contraires à l'efficacité de l'arbitrage commercial international, en se référant aux conventions internationales*»⁵⁴⁵.

Quant à elle, la Loi-type CNUDCI de 1985 reprend, à l'art. 7 al. 2, les exigences de forme prévues tant par la Convention de New York que par la Convention de Panama. Toutefois, en guise d'amélioration, elle spécifie en outre que l'exigence de la forme écrite est respectée si la convention d'arbitrage résulte de «*tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence*». Malgré cet élargissement de la notion de forme écrite, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a modifié en 2006 l'art. 7, pour mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux. Ainsi, la Loi-type CNUDCI, dans sa version révisée de 2006, envisage à son art. 7 deux manières différentes de concevoir la forme de la convention d'arbitrage. La première option suit la systématique de la version de 1985, confirmant de cette façon l'influence de la Convention de New York. Selon l'art. 7 al. 3 de la version de 2006, la convention d'arbitrage peut être conclue sous n'importe quelle forme – y compris par oral – mais à condition qu'elle soit consignée «*sous une forme quelconque*», ce qui rend superflu l'exigence de la signature, et même de l'écrit. L'art. 7 al. 4 fait désormais référence au langage relatif

⁵⁴¹ Cf. n° 152 et n° 377 ss; FERNÁNDEZ ROZAS, p. 650; REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 223, n° 3-07.

⁵⁴² C'est notamment le cas lorsque p.ex. la convention d'arbitrage est conclue par référence (cf. n° 319 ss), lorsqu'elle est insérée dans un contrat d'adhésion (cf. n° 333 ss) ou encore lorsque le contrat qui contient la convention d'arbitrage n'est pas signé par toutes les parties. Cette dernière situation a été acceptée par le Tribunal fédéral suisse dans l'ATF 121 III 38. A cette occasion, dans le cadre d'un contrat de transport maritime, le Tribunal fédéral a jugé conforme à l'art. II ch. 2 CNY une convention d'arbitrage incluse dans un *connaissement* uniquement signé par une partie, le transporteur, par l'intermédiaire d'un agent, alors que l'autre partie, le chargeur, ne l'a pas signé. Pour les juges suisses, «*dans des situations particulières [p.ex. de longues relations d'affaires], un comportement donné peut suppléer en vertu des règles de la bonne foi à l'observation d'une prescription de forme*». Le Tribunal fédéral suisse conclut que «*le transporteur était en droit d'admettre de bonne foi que le chargeur, son partenaire en affaires depuis plusieurs années, approuvait les documents contractuels [...] dans lesquels figure la clause compromissoire*». Cf. NOODT TEQUELA/CÓRDOBA, p. 216 et 219; PERALES VISCASILLAS 2008, p. 698 ss; VERDERA SERVER, p. 159 ss.

⁵⁴³ Cf. n° 152.

⁵⁴⁴ Traduction libre.

⁵⁴⁵ BOSCO LEE, p. 580.

aux communications électroniques⁵⁴⁶. La deuxième option, quant à elle, ne subordonne pas la validité de la convention d'arbitrage au respect d'une forme particulière. Les deux options visent à préserver la force obligatoire des conventions d'arbitrage telle que prévue dans la Convention de New York⁵⁴⁷.

367 En droit suisse, les conditions de forme de la convention d'arbitrage sont régies par l'art. 178 al. 1 LDIP. Cette norme est libellée comme suit: «*quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte*». Dans ce pays, la forme écrite est aujourd'hui conçue comme une condition *relative* de validité⁵⁴⁸.

368 La forme écrite sert également de moyen de preuve, pour lequel le législateur suisse, en accord avec l'évolution des télécommunications, a renoncé à l'exigence traditionnelle de signature⁵⁴⁹. La doctrine suisse parle à cet égard de condition de *forme documentaire*⁵⁵⁰. Il s'agit d'une forme écrite atténuée, conforme aux pratiques contemporaines des relations commerciales internationales⁵⁵¹, de sorte qu'une convention d'arbitrage conclue par un échange de courriers électroniques est valable en la forme. En outre, la formulation de l'art. 178 al. 1 LDIP ne s'oppose ni aux conventions d'arbitrage par référence ni aux conventions d'arbitrage insérées dans des contrats d'adhésion. Pour PIERRE A. KARRER, cet article «*n'introduit donc pas une forme qui doit être observée lorsqu'une convention d'arbitrage est passée; il précise uniquement que la convention d'arbitrage doit être identifiable dans son texte*»⁵⁵². Enfin, l'art. 178 al. 1 LDIP, qui est une règle matérielle de droit international privé, est une disposition de droit impératif de la *lex arbitri* suisse. Par conséquent, les parties ne peuvent pas soumettre la question de validité formelle de la convention à un autre droit⁵⁵³.

369 En Amérique latine, la Convention de New York, la Convention de Panama et surtout la Loi-type CNUDCI ont stimulé l'adoption de lois plus modernes dont les principales caractéristiques formelles sont: (i) l'élimination, dans l'immense majorité de pays, de la distinction entre *clause compromissoire* et *compromis* et (ii) la simplification des conditions de forme exigées.

370 En règle générale, les conditions formelles correspondent à celles mentionnées à l'art. 7 Loi-type CNUDCI de 1985. Ainsi, un nombre important de lois d'arbitrage latino-américaines subordonne la validité de la convention d'arbitrage au respect de la forme écrite et de la signature, privilégiant de la sorte le principe du formalisme au lieu de celui du consensualisme⁵⁵⁴. Toutefois, à l'instar des législations modernes en matière d'arbitrage, les lois latino-américaines tentent de définir de la manière la plus large possible la notion de forme écrite. C'est en particulier le cas des pays qui s'inspirent de l'Option I de l'art. 7 Loi-type CNUDCI (version de 2006).

371 Dans les législations de la Bolivie (art. 10 al. 1 LAC-Bo), de la Colombie (art. 69 LANI-Col), du Chili (art. 7 al. 2 LAC-CI), du Costa Rica (art. 7 al. 2 et 4 LAC-Cr), de l'Equateur (art. 5 al. 1 et art. 6 LAM-Eq), du Guatemala (art. 10 al. 1 LA-Gu), du Honduras (art. 38 LCA-Ho), du Mexique (art. 1423 CCo-Mx), du Nicaragua (art. 27 al. 2 LMA-Ni), du Panama (art. 16 LACNI-Pa), du Paraguay (art. 10 LAM-Py), du Pérou (art. 13 LA-Pe), de la République Dominicaine (art. 10 al. 2 LAC-Rép.Do), du Salvador (art. 29 al. 3 LMCA-Sv) et du Venezuela (art. 6 LAC-Ve)⁵⁵⁵, une convention d'arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes, de documents ou de tout autre moyen de communication. La Colombie, le Costa Rica, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et la République Dominicaine font expressément

⁵⁴⁶ La Loi-type CNUDCI 2006 s'inspire de la Loi type CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 et de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005.

⁵⁴⁷ Cf. Note explicative de la Loi-type de la CNUDCI de 1985 avec les amendements adoptés en 2006, p. 30 ss. http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf (19.08.2013).

⁵⁴⁸ Cf. n° 358; FOLLONIER-AYALA 2013, p. 112.

⁵⁴⁹ La forme écrite de l'art. 178 al. 1 LDIP obéit au principe de l'*interprétation autonome* selon lequel cette disposition est une règle autonome par rapport à l'art. 13 du Code des obligations suisse (CO), qui prévoit que «*le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les parties auxquelles il impose des obligations*».

⁵⁵⁰ POUURET/BESSON, p. 162, n° 193; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 114, n° 215

⁵⁵¹ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, p. 267, n° 508a.

⁵⁵² KARRER, p. 184, n° 22. En définitive, le texte de l'art. 178 al. 1 CO s'interprète de manière large et libérale, de sorte qu'il ne soit pas dépassé par l'évolution des moyens de communication ou des usages commerciaux (cf. n° 332). Ainsi, nous adhérons à l'opinion de CHRISTOPH MÜLLER et d'OLIVIER RISKE qui soutiennent, à juste titre, qu'une convention d'arbitrage est valable en la forme lorsqu'elle est conclue par SMS, MMS ou post sur un réseau social, etc. (MÜLLER/RISKE, p. 199).

⁵⁵³ MÜLLER, p. 725, n° 3372.

⁵⁵⁴ CONEJERO ROOS 2005, p. 104. Seuls la Colombie (art. 69 LANI-Col), le Costa Rica (art. 7 al. 2 et 4 LA-Cr), le Honduras (art. 38 LCA-Ho), le Panama (art. 16 LACNI-Pa) et le Pérou (art. 13 LA-Pe) ne subordonnent la validité de la convention d'arbitrage ni au respect de la forme écrite ni à l'exigence de la signature (cf. n. 199 s.).

⁵⁵⁵ Pour une étude approfondie de la question au Venezuela, cf. DE JESÚS O. 2005, p. 56 ss.

référence à la possibilité de conclure une convention d'arbitrage par voie électronique. Il y a lieu de signaler que la Colombie, le Costa Rica, le Honduras, le Panama, le Pérou et la République Dominicaine vont plus loin, en acceptant l'efficacité des conventions d'arbitrage dont l'existence peut être corroborée par le biais d'un support électronique, optique ou d'un autre type.

La convention d'arbitrage doit être contenue dans un document signé par les parties en Argentine⁵⁵⁶, au Brésil (art. 9 § 2 LA-Br)⁵⁵⁷, au Chili (art. 7 al. 2 LAC-Cl), à Cuba (art. 14 D-Cub et art. II al. 2 CNY), en Equateur (art. 7 al. 2 LAM-Eq), au Guatemala (Art. 10 al. 1 LA-Gu), au Mexique (Art. 1423 CCo-Mx)⁵⁵⁸, au Nicaragua (Art. 27 al. 2 LMA-Ni), au Paraguay (art. 10 LAM-Py), en République Dominicaine (art. 10 al. 2 LAC-Rép.Do) et en Uruguay⁵⁵⁹. Dans les autres pays, une telle exigence n'est pas requise. 372

L'analyse des conditions de forme dans les pays d'Amérique latine ne serait pas complète sans l'énumération de quelques particularités locales, eu égard aux conditions formelles accrues imposées au compromis dans les pays qui maintiennent encore cette distinction. Ainsi, par exemple: 373

– En Argentine, le compromis arbitral doit être passé en la forme d'un titre public, d'un acte privé ou devant le juge (art. 739 CPCCN). Sous peine de nullité, celui-ci doit obligatoirement contenir le nom et l'adresse des parties et des arbitres, l'objet de l'arbitrage et le montant de l'amende que devra payer la partie qui empêche les actes nécessaires à la réalisation du compromis (art. 740 CPCCN)⁵⁶⁰. 374

– Au Brésil, le compromis extrajudiciaire doit avoir la forme écrite et être signé par deux témoins ou, à défaut, être contenu dans un titre public (art. 9 § 2 LA-Br)⁵⁶¹. Il doit impérativement contenir l'identité, la profession et le domicile des parties et des arbitres ou de l'institution arbitrale chargée de la nomination des arbitres, l'objet de l'arbitrage et le lieu du prononcé de la sentence (art. 10 LA-Br)⁵⁶². 375

– L'Uruguay impose également des conditions de forme très strictes pour la conclusion du compromis. Sous peine de nullité, celui-ci doit impérativement revêtir la forme écrite et être contenu dans un document judiciaire ou un titre public. De plus, il doit contenir la date de conclusion, l'objet du litige, l'identité des parties et des arbitres, les règles de procédure et le délai dans lequel le tribunal arbitral est tenu de prononcer la sentence (art. 477 CPG-Uy). 376

Par souci d'exhaustivité, nous nous pencherons également sur la question très controversée de savoir si la convention d'arbitrage peut être conclue par oral. De nos jours, la forme écrite exigée par le droit conventionnel et par les lois d'arbitrage n'est plus adaptée aux usages contemporains du commerce international⁵⁶³, raison pour 377

⁵⁵⁶ Dans ce pays, faute de loi nationale d'arbitrage, cette exigence découle de l'application directe des art. II ch. 2 CNY et 1 al. 2 CPA (NAHID CUOMO/RODRIGUEZ GIAVARINI, p. 37). A nos yeux, cela ne vaut pas pour les conventions d'arbitrage conclues dans le cadre du Mercosur. En effet, l'art. 6 de l'Accord du Mercosur n'impose que la forme écrite comme condition de validité.

⁵⁵⁷ Au Brésil (art. 9 § 2 LA-Br), le compromis extrajudiciaire doit être signé par deux témoins ou, à défaut, être constaté par titre public (cf. n° 375).

⁵⁵⁸ Une partie de la doctrine mexicaine considère que l'exigence de signature n'est pas une condition *sine qua non* de la validité formelle de la convention d'arbitrage. Ainsi, JAMES A. GRAHAM est d'avis que la signature n'est qu'une exigence *ad probationem*. Cet auteur fonde son opinion sur la Décision sur recours en révision n° 442/2004 du 14 décembre 2004 – Tesis I.30.C.475 C. *Conproca, S.A. de C.V. y otra*, dans laquelle un Tribunal de *Primer Circuito* (première instance fédérale) a décidé, après interprétation des art. 78, 1416 et 1423 CCo-Mx, que la «*volonté des parties constitue la pierre angulaire des conventions commerciales, parmi lesquelles se trouve la convention d'arbitrage*» (GRAHAM JAMES 2008, p. 174-177). D'autres auteurs préfèrent une approche moins consensuelle et recommandent une modification de l'art. 1423 CCo-Mx disposant que «*la convention d'arbitrage doit être passée par écrit et être consignée dans un document signé par les parties [...]*». Tel est le cas de FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO qui encourage le législateur mexicain à adopter le nouvel art. 7 de la Loi-type CNUDCI de 2006 (GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 183).

⁵⁵⁹ Tout comme pour l'Argentine, l'exigence de la signature résulte de l'application directe des art. II ch. 2 CNY et 1 al. 2 CPA (GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 693; cf. n. 556). Les remarques faites ci-dessus à l'égard de l'art. 6 de l'Accord du Mercosur sont également valables pour l'Uruguay. En sus, la Cour Suprême de l'Uruguay a annulé en 2008 une sentence arbitrale au motif d'absence de signature de la partie contre laquelle on avait demandé l'exécution (Décision de la Cour Suprême de Justice n° 85/2008).

⁵⁶⁰ JERÓNIMO CAIVANO ROQUE estime que la ratification de la Convention de New York, et en particulier son art. 5 ch 1 let. a, entraîne deux conséquences. A son avis, d'une part, les juges argentins ne pourront pas refuser la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère sur la base de l'art. 740 CPCCN qui requiert la conclusion du compromis. D'autre part, cet auteur soutient qu'en matière d'arbitrage international, la Convention de New York a pour effet d'accorder la pleine efficacité à la clause compromissoire, de sorte que le compromis n'est plus une condition de validité (CAIVANO ROQUE 2008, p. 70).

⁵⁶¹ «*O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público*».

⁵⁶² «*Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: (I) o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; (II) o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; (III) a matéria que será objeto da arbitragem; e (IV) o lugar em que será proferida a sentença arbitral*».

⁵⁶³ NOODT TEQUELA/CORDOBA, p. 207 s.; POUDRET/BESSON, p. 171, n° 205. A titre historique, notons que cette problématique a été soulevée avant même l'adoption de la Convention de New York. Tel a été le cas le 15 avril 1958 à l'occasion de l'adoption de la Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels. L'art. 2 al. 2 de cette Convention dispose que «*lorsque la vente, conclue oralement, comporte la désignation du for, cette désignation n'est valable que si elle a été exprimée ou confirmée par une*

laquelle la tendance actuelle est à l'abandon progressif du formalisme en faveur du consensualisme. La réponse à cette question nécessite avant tout l'analyse des principales Conventions en la matière⁵⁶⁴, de la Loi-type CNUDCI de 2006, de la portée des recommandations y contenues et des législations nationales. C'est ce que nous nous emploierons à faire dans les lignes qui suivent.

378 Comme dit précédemment, la Convention de New York impose de manière univoque la condition de l'écrit et de la signature. Elle assimile à la «convention écrite» la clause compromissoire ou le compromis contenus dans un échange de lettres ou télégrammes⁵⁶⁵. Ces moyens de communication sont interprétés au sens large et comprennent donc les formes de communication les plus modernes⁵⁶⁶. Toutefois, les travaux préparatoires de la Convention de New York relatifs aux conditions de forme démontrent que les rédacteurs avaient déjà l'intention d'exclure l'acceptation verbale ou tacite d'une convention d'arbitrage proposée par écrit⁵⁶⁷. En l'état, nous sommes d'avis que l'élargissement de la forme écrite à une convention orale ne remplit pas les exigences de forme de l'art. II ch. 2 CNY.

379 Ce qui vient d'être dit à propos de la Convention de New York vaut *mutatis mutandis* pour la Convention de Panama qui constitue *grosso modo* une copie, à échelle régionale, de la Convention de New York⁵⁶⁸.

380 La Convention européenne de 1961 contient à l'art. 1 ch. 2 let. a une règle inspirée de l'art. II ch. 2 CNY. Elle dispose qu'aux fins de la présente convention, on entend par convention d'arbitrage «soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par téléscripteurs, et, dans un rapport entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois». Ce texte permet, à notre avis, de valider en la forme la convention d'arbitrage conclue par oral⁵⁶⁹. Nonobstant cette innovation, la Convention européenne reste muette quant à l'application de cette disposition et quant à la résolution du conflit des lois qu'elle pose⁵⁷⁰.

381 Les modifications apportées à la Loi-type CNUDCI en 2006 constituent le meilleur exemple de l'abandon progressif du formalisme en faveur du consensualisme. En effet, l'art. 7 al. 3 (Option I) dispose qu'«une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens»⁵⁷¹. Par ailleurs, l'art. 7 (Option II) ne subordonne pas la validité de la convention au respect de la forme écrite. Au sens de cette disposition «une “convention d'arbitrage” est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel».

382 Ces dispositions, ainsi que les recommandations relatives à l'interprétation des art. II ch. 2 et VII ch. 1 CNY, ont eu pour effet de relancer le débat sur la validité de la convention d'arbitrage conclue verbalement. Pour mémoire, ces recommandations encouragent premièrement les Etats à appliquer l'art. II ch. 2 CNY en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs⁵⁷². La Loi-type CNUDCI recommande ensuite

déclaration écrite émanant de l'une des parties ou d'un courtier, sans avoir été contestée». Le texte de cette Convention peut être consulté sur le site web suivant: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=34 (02.04.2014). Il aurait été souhaitable que la Convention de New York comporte une norme similaire, qui aurait permis de répondre convenablement à toute une série des problèmes relatifs à la validité formelle de la convention d'arbitrage (cf. NOODT TEQUELA/CORDOBA 2008, p. 38 ss).

⁵⁶⁴ Il sera question de la Convention de New York, de la Convention européenne de 1961 et de la Convention de Panama.

⁵⁶⁵ Cf. n° 361.

⁵⁶⁶ Cf. n° 360 s.

⁵⁶⁷ REDFERN/HUNTER/SMITH, p. 110; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1261, n° 2731.

⁵⁶⁸ Cf. n° 109.

⁵⁶⁹ A l'exception de Cuba, aucun des autres pays considérés ici n'est partie à cette Convention (cf. n. 138).

⁵⁷⁰ Une partie de la doctrine propose que cette réserve s'applique aux conventions d'arbitrage conclues entre parties domiciliées dans deux pays admettant la convention d'arbitrage sans forme (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 393, n° 623). D'autres, comme JEAN-FRANÇOIS POUURET et SEBASTIEN BESSON, estiment, à juste titre, que cette réserve vise les rapports «entre le pays du siège et celui de la reconnaissance, dans la mesure où ils n'imposent ni l'un ni l'autre la forme écrite», et non les rapports entre parties. En revanche, ces auteurs sont d'avis que la Convention européenne de 1961 ne permet pas l'application du droit le plus favorable (POURET/BESSON, p. 159, n° 190). Enfin, JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN et JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA admettent l'application du droit le plus favorable (MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1259, n° 2729).

⁵⁷¹ Cette norme tente de remédier aux défaillances rédactionnelles de l'ancien art. 7 Loi-type CNUDCI et de répondre aux besoins des usages commerciaux internationaux. Elle vise notamment les situations de fait suivantes: un contrat de sauvetage maritime conclu par radio avec référence à une formule de contrat type (p. ex. les *Lloyd's Open Form*), un contrat conclu d'abord oralement puis confirmé par écrit, ou encore l'utilisation des clauses compromissoires dans des *connaissements* (DEGOS, p. 24; NOODT TEQUELA/CORDOBA, p. 207 ss).

⁵⁷² Cette disposition ne fait référence qu'à un échange de lettres et ou de télégrammes.

que l'art. VII ch. 1 CNY soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, et de demander que soit reconnue la validité de cette convention. L'art. VII ch. 1 CNY garantit l'application de la norme la plus favorable en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères (principe «d'efficacité maximale»). Cette recommandation a pour effet de promouvoir l'application analogique de ce principe à la convention d'arbitrage, de sorte que l'application de la norme la plus favorable en matière de validité de la convention d'arbitrage soit assurée⁵⁷³.

Cela pose le problème de savoir quelle est la portée des recommandations; en d'autres termes, ont-elles un caractère obligatoire ou non? A ce propos, le Groupe de travail a tout d'abord échangé des vues sur le caractère contraignant du projet d'instrument interprétatif. Comme en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵⁷⁴, un instrument interprétatif établi par une instance et non par les États parties à la Convention de New York ne saurait pas être considéré comme faisant juridiquement autorité, on a craint qu'un tel instrument n'ait aucun effet juridique contraignant en droit international⁵⁷⁵.

Compte tenu de cette situation, il a été convenu que l'instrument interprétatif, qui devait avoir la forme d'une déclaration, n'aurait de force obligatoire ni pour les gouvernements, ni pour les juges ou arbitres nationaux à qui il était destiné. En outre, il a été reconnu que le texte reflétait simplement une opinion mûrement réfléchie que la Commission soumettait aux personnes chargées d'interpréter l'art. II ch. 2 CNY, notamment les juges et les arbitres⁵⁷⁶. Enfin, s'agissant de la forme que devait revêtir un tel instrument, il a été décidé que la forme d'une recommandation était plus indiquée que celle, initialement prévue, d'une déclaration, eu égard à son absence de force contraignante.

Nous adhérons aux auteurs qui estiment que les modifications apportées en 2006 à la Loi-type CNUDCI de 1985 auront une incidence dans l'interprétation de la Convention de New York et qu'elles permettront «[...] de conclure que l'exigence de l'écrit contenue dans cette Convention ne peut plus s'interpréter de manière stricte, de sorte qu'on ne peut affirmer qu'elle impose une condition minimale quant à la forme écrite, mais une condition maximale»⁵⁷⁷. Dans le contexte latino-américain, elles conduiront inévitablement à une douce harmonisation législative, à moyen ou long terme, en fonction de leur transposition dans leurs droits internes⁵⁷⁸. Il s'agit là d'une des caractéristiques de la *soft law* «dont l'autorité normative dépend [...] exclusivement de la volonté [du législateur national]»⁵⁷⁹.

A l'heure actuelle, la convention d'arbitrage convenue verbalement est acceptée expressément au Costa Rica (art. 7 al. 3 LAC-Cr), en Colombie (art. 69 al. 2 let. a LANI-Col)⁵⁸⁰ et au Panama (art. 16 al. 1 LACNI-Pa). Au Honduras (art. 38 LCA-Ho), au Pérou (art. 13 al. 3 LA-Pe) et en République Dominicaine (art. 10 al. 2 LAC-Rép.Do), il devrait en aller de même, compte tenu de leurs lois d'arbitrage plus libérales. Néanmoins, le contenu de la convention d'arbitrage doit avoir été consigné sous une forme quelconque qui permette d'en établir la preuve.

En ce qui concerne le droit suisse, une partie de la doctrine, que l'on pourrait qualifier de formaliste, et dont le principal tenant est JEAN-FRANÇOIS POUURET, considère que «[...] la volonté de compromettre de toutes les parties, [...] doit résulter d'un ou de plusieurs textes, si bien qu'on ne saurait se contenter de la preuve par actes concluants non écrits [...]»⁵⁸¹. Cette partie de la doctrine pense que la convention d'arbitrage passée oralement, par

⁵⁷³ Si cette recommandation est suivie, l'application par analogie de l'art. VII ch. 1 CNY aurait pour effet d'écarter l'application de l'art. II ch. 2 CNY dans les pays où les exigences de forme sont moins rigoureuses. Tel est notamment le cas en Colombie, au Costa Rica, au Honduras, au Panama, au Pérou et en République Dominicaine (cf. n° 371).

⁵⁷⁴ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.111.fr.pdf> (02.04.2014).

⁵⁷⁵ Le document n° A/CN.9/485 n° 62 peut être consulté sur le site web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/604/08/PDF/V0060408.pdf?OpenElement> (02.04.2014).

⁵⁷⁶ Document A/CN.9/WG:II/WP.118, n° 30 consultable sur le site web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V02/511/67/PDF/V0251167.pdf?OpenElement> (02.04.2014).

⁵⁷⁷ Traduction libre; VERDERA SERVER, p. 161. Cf. PERALES VISCASILLAS, p. 10 s.

⁵⁷⁸ Cf. NOODT TEQUELA/CÓRDOBA, p. 221. Au moment de la rédaction de ces lignes, la Loi-type CNUDCI de 2006 a servi de modèle pour les nouvelles lois d'arbitrage du Panama, du Pérou, de la Colombie, du Costa Rica et de la République Dominicaine.

⁵⁷⁹ FOUCHARD 1987, p. 861.

⁵⁸⁰ En Colombie, c'était déjà le cas sous l'égide de l'ancien régime. A ce propos, ARTURO SANABRIA GÓMEZ considérait que la clause compromissoire pouvait être passée verbalement ou pouvait être contenue dans un document quelconque, et que son existence pouvait être prouvée par tous les moyens prévus par la loi (SANABRIA GÓMEZ, p. 155).

⁵⁸¹ POUURET 2005, *L'extension de la clause d'arbitrage*, p. 904. Cf. ATF 129 III 727, c. 5.3.1, p. 734.

téléphone, ou par vidéoconférence ne remplit pas la condition de la forme de l'art. 178 al. 1 LDIP⁵⁸², et cela même si la conversation a fait l'objet d'un enregistrement⁵⁸³ dont le contenu peut, le cas échéant, être retranscrit. En suivant ce courant doctrinal, le droit suisse est, sous cet angle, moins libéral que les droits latino-américains exposés ci-dessus⁵⁸⁴.

388 A notre avis, cette opinion est contraire au texte de l'art. 178 al. 1 LDIP qui laisse aux parties la liberté de conclure une convention d'arbitrage par «[...] *tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte*». Or, les enregistrements audio ou vidéo qui permettent la reproduction écrite ultérieure de la convention d'arbitrage nous paraissent être conformes aux exigences de l'art. 178 al. 1 LDIP. En outre, cette opinion est en accord avec la jurisprudence libérale que le Tribunal fédéral suisse a développée en la matière, selon laquelle «[...] *dans des situations particulières, un comportement donné peut suppléer en vertu des règles de la bonne foi à l'observation d'une prescription de forme*»⁵⁸⁵.

389 Ce point de vue est partagé par PIERRE A. KARRER pour qui cette disposition «*n'introduit donc pas une forme qui doit être observée lorsqu'une convention d'arbitrage est passée; il précise uniquement que la convention d'arbitrage doit être identifiable dans son texte*»⁵⁸⁶. Par ailleurs, cet auteur soutient que le rôle protecteur de la convention d'arbitrage est complètement dépassé, raison pour laquelle «*on ne voit pas pourquoi on permettrait aux parties de conclure des contrats pour des millions d'euros au téléphone, mais on leur défendrait d'assortir une telle convention d'une convention d'arbitrage prévoyant la façon dont les différends y afférant pourront être réglés*»⁵⁸⁷.

390 Plus récemment encore, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI se sont ralliés à ce courant doctrinal. Pour eux, «[...] *on doit reconnaître la validité d'une acceptation tacite d'une offre écrite d'arbitrer ou encore d'un accord oral confirmé par un texte émanant d'une partie seulement [...]. Il devrait en aller de même d'une retranscription de la convention d'arbitrage intervenue lors d'une vidéoconférence ou d'une conversation téléphonique*»⁵⁸⁸.

391 Le tableau comparatif reproduit ci-dessous illustre les conditions de forme exigées par les diverses lois d'arbitrage étudiées.

Conditions de forme						
Pays	Dispositions ⁵⁸⁹	Forme écrite	Echanges par lettres, télex, fax ou autres moyens	E-mail	Signature	Tout autre moyen non écrit
Argentine	Art. 739 CPCCN Art. II ch. 2 CNY Art. 1 al. 1 CPa Art. 6 Mercosur	X	X		X	
Bolivie	Art. 10. al. 1	X	X	X		
Brésil	Art. 4 § 1 et art. 9 § 2	X	X		X	

⁵⁸² Au sens de cette norme, «*quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte*».

⁵⁸³ Cf. BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, p. 138, n° 400; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 115, n° 218.

⁵⁸⁴ Le droit suisse est déjà, de ce point de vue, moins libéral que le droit anglais dont le texte de l'art. 5 de l'*Arbitration Act* de 1996 est reproduit ci-avant (cf. n. 216), ou que le droit français qui, en matière d'arbitrage international, n'impose aucune exigence de forme à la convention d'arbitrage (cf. n. 215).

⁵⁸⁵ ATF 121 III 38, c. 3, p. 45.

⁵⁸⁶ KARRER, p. 184, n° 22.

⁵⁸⁷ KARRER, p. 184, n° 24.

⁵⁸⁸ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 115, n° 219. Dans le même sens, cf. BERGER/KELLERHALS, p. 138, n° 400 et 404.

⁵⁸⁹ Lorsque l'abréviation de la loi n'est pas indiquée, la disposition concernée se réfère à la loi d'arbitrage nationale.

Chili	Art. 7 al. 2	X	X		X	
Colombie	Art. 69	X	X	X		X
Costa Rica	Art. 7 al. 2 et 4	X	X	X		X
Cuba	Art. 14 D-Cub Art. II ch. 2 CNY	X	X		X	
Equateur	Art. 5 al. 1 et art. 6	X	X		X	
Guatemala	Art. 10 al. 1	X	X		X	
Honduras	Art. 38 al. 1	X	X			X
Le Salvador	Art. 29 al. 3	X	X			
Mexique	Art. 1423	X	X		X	
Nicaragua	Art. 27 al. 2	X	X	X	X	
Panama	Art. 16	X	X	X		X
Paraguay	Art. 10	X	X		X	
Pérou	Art. 13	X	X	X		X
République Dominicaine	Art. 10 al. 2	X	X	X	X	X
Suisse	Art. 178 al. 1	X	X			
Uruguay	Art. II ch. 2 CPY Art. 1 al. 1 CPa Art. 6 Mercosur	X	X		X	
Venezuela	Art. 6	X	X			

Titre trois: Conditions de fond

Outre les conditions de forme⁵⁹⁰, la validité de la convention d'arbitrage est également subordonnée au respect des conditions de fond. En sus de l'arbitrabilité objective du litige⁵⁹¹, la validité quant au fond ou validité matérielle de la convention d'arbitrage est subordonnée au respect des éléments essentiels à sa formation⁵⁹². Nous les exposerons ci-après dans le cadre de l'analyse de la conclusion du contrat. 392

1. Conclusion du contrat

1.1 Généralités

La conclusion de la convention d'arbitrage obéit aux règles générales du droit des obligations. Celles-ci régissent aussi bien les pourparlers précontractuels (*culpa in contrahendo*) que la conclusion de la convention elle-même. La conclusion se parachève par l'échange de manifestations de volontés concordantes et réciproques, ayant 393

⁵⁹⁰ Cf. n° 356 ss.

⁵⁹¹ Cf. n° 456 ss; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 125, n° 226.

⁵⁹² Cf. n° 397 ss.

pour objet tous les éléments essentiels du contrat, au travers d'une offre et d'une acceptation⁵⁹³. Comme tout contrat, la convention d'arbitrage peut aussi être affectée d'un vice du consentement pouvant donner lieu à une *nullité relative*⁵⁹⁴. Les hypothèses les plus généralement admises par les législations étudiées sont l'erreur, la lésion, le dol, et la contrainte ou la crainte fondée⁵⁹⁵.

394 Comme tout contrat, la convention d'arbitrage peut être sujette à interprétation. De nombreux points ambigus, contradictoires, obscurs ou imprécis peuvent se glisser dans la convention d'arbitrage, rendant indispensable la détermination du sens que les parties ont donné à leurs manifestations de volontés réciproques⁵⁹⁶. C'est typiquement le cas des conventions d'arbitrage dites «*pathologiques*».

395 L'interprétation d'une convention d'arbitrage suit les règles générales d'interprétation des manifestations de volontés privées⁵⁹⁷. Dans un premier temps, l'interprète doit s'efforcer de déterminer, en fait, la commune et réelle intention des parties (*accord de fait* ou interprétation subjective). Si cette volonté ne peut pas être établie, l'interprète doit ensuite rechercher la volonté présumée des parties. Ce faisant, il devra interpréter les déclarations et les comportements des parties selon la théorie de la confiance, corollaire du principe de la bonne foi (*accord de droit* ou interprétation objective). Toutefois, compte tenu des spécificités de l'arbitrage – coûts élevés et voies de recours restreintes – et de l'exclusion du for et du juge ordinaires que la convention d'arbitrage implique, son interprétation doit se faire en conformité avec le principe *exceptio est strictissimae interpretationis*. Il en découle que, en principe, la convention d'arbitrage s'interprétera de manière restrictive⁵⁹⁸. Nonobstant la reconnaissance universelle de ce principe d'interprétation, la doctrine avisée estime que l'interprétation restrictive de la convention d'arbitrage se heurte au principe *in favor arbitrandum* – concrétisation du principe général d'interprétation *in favor negotii* – selon lequel, dans la mesure du possible, la validité des conventions doit être assurée⁵⁹⁹. On ne saurait cependant en déduire une présomption en faveur de l'arbitrage⁶⁰⁰.

396 Dans l'espoir de concilier ces deux principes antagonistes, la doctrine arbitrale considère qu'il y a lieu d'appliquer le principe de l'interprétation restrictive lorsque l'existence même de la convention d'arbitrage est contestée, alors que le principe de l'interprétation *in favor arbitrandum* s'applique lorsque l'existence de la convention d'arbitrage n'est plus mise en question⁶⁰¹.

⁵⁹³ Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 139 ss; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 126, n° 227 ss; RIVERA 2007, p. 112; PICAND ALBÓNICO 2005, p. 371; SILVA ROMERO 2005, p. XIX; SANABRIA GÓMEZ, p. 153. A noter que ces domaines sont p.ex. traités en Argentine aux art. 1137 du CC-Ar, en Equateur aux art. 1453 ss CC-Eq, en Colombie aux art. 1502 ss, au Chili aux art. 1437 s. et 1560 CC-Cl, au Mexique aux art. 1792 ss CC-Mx, au Panama aux art. 1112 CC-Pa, en Suisse aux art. 1 et 3 à 9 du CO et au Venezuela aux art. 1133 et 1141 CC-Ve.

⁵⁹⁴ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 129, n° 235 ss; GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 160 s; SANABRIA GÓMEZ, p. 163 ss; RIVERA NEUTZE/GORDILLO RODRIGUEZ, p. 34 s.; MANTILLA ESPINOSA, p. 237.

⁵⁹⁵ Cf. art. 1145 ss CC-Ar (Argentine), art. 473 ss CC-Bo (Bolivie), art. 1445 CC-Cl (Chili), art. 1502 CC-Col (Colombie), art. 1453 ss CC-Eq (Equateur), art. 1812 CC-Mx (Mexique), art. 1112 ss (Panama), art. 21, 23 à 31 CO (Suisse) et art. 1146 CC-Ve (Venezuela). Il y a lieu de signaler que dans l'ordre juridique suisse, le vice de consentement doit être invoqué, sous peine de ratification, dans un délai d'un an dès sa découverte par la partie que le contrat vicié n'oblige pas (art. 31 CO). Toutefois, lorsqu'une requête d'arbitrage est introduite dans cet intervalle, la partie dont le consentement a été vicié est tenue de le soulever préalablement à toute défense sur le fond (art. 186 al. 2 LDIP). L'entrée sur le fond sans invoquer l'incompétence – phénomène connu en droit suisse sous le terme d'*Einlassung* – entraîne d'une part la compétence du tribunal arbitral sur le fond du litige et, d'autre part, exclut toute contestation ultérieure de la compétence du tribunal arbitral (LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 383, n° 11; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 129, n° 236 et p. 238, n° 424 ss).

⁵⁹⁶ Cf. MERINO MERCHAN/CHILLÓN MEDINA, p. 1299, n° 2745 ss; SANQUIZ PALENCIA, p. 189 ss.

⁵⁹⁷ MÜLLER, p. 726, n° 3374; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 133, n° 245; SOTO COAGUILA 2011, p. 650 ss; MEREMINSKAYA, p. 356; MÜLLER/RISKE, p. 202. Cette approche est suivie par la jurisprudence suisse en matière d'interprétation des manifestations de volontés privées au sens de l'art. 18 al. 1 CO (cf. ATF 130 III 66 c. 3.2, p. 71).

⁵⁹⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 242 ss. Cf. Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale d'Argentine du 3 octobre 2012 dans la cause *Captec S.R.L. c/Constructora San Jose Argentina S.A. s./ordinario*. A consulter sur le site de la Buenos Aires Arbitration Review: http://www.baarbitrationreview.com/Novedades/FALLO_SOBRE_INTERPRETACION_DE_CLAUSULAS_ARBITRALES_EN_ARGENTINA.pdf (29.08.2013).

⁵⁹⁹ RIVERA 2011, p. 281 ss; CAMPOS L./OSSA G., p. 303 ss; POUDRET/BESSON, p. 278 s., n° 304; MERINO MERCHAN/CHILLÓN MEDINA, p. 1269 s., n° 2749. Ces derniers auteurs, tout comme GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, ANTONIO RIGOZZI et ELINA MEREMINSKAYA, lui préfèrent le terme de *principe de l'effet utile* (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 136, n° 253; MEREMINSKAYA, p. 360). D'autres auteurs parlent de *principe de l'interprétation effective* (SANQUIZ PALENCIA, p. 190).

⁶⁰⁰ KNOEPFLER/SCHWEIZER, Chronique RSDIE 2005, p. 145.

⁶⁰¹ MERINO MERCHAN/CHILLÓN MEDINA, p. 1269 s., n° 2749, n. 284; MÜLLER, p. 726, n° 3374. Cet avis a été suivi par le Tribunal fédéral suisse dans les ATF 130 III 66 c. 3.1, p. 71, ATF 129 III 675 c. 2.3, p. 679 et TF 4A.103/2011 du 20 septembre 2011, c. 3.2.1. Il en sera question ci-dessous au sujet de l'accord des volontés des parties (cf. n° 398 ss).

1.2 Eléments essentiels de la convention d'arbitrage

Comme tout contrat, la convention d'arbitrage doit contenir les éléments essentiels (*essentialia negotii*) nécessaires pour sa validité, faute de quoi elle ne liera pas les parties. En règle générale, ils ne sont pas définis par les lois d'arbitrage, mais ils correspondent: (i) à l'accord des volontés de soumettre le(s) litige(s) à arbitrage⁶⁰², (ii) à la détermination des parties à la convention d'arbitrage⁶⁰³, et (iii) à la détermination du ou des litiges devant être tranché(s) par le tribunal arbitral⁶⁰⁴. 397

1.2.1 Accord des volontés

La convention d'arbitrage doit exprimer la volonté réciproque et concordante des parties au contrat de faire trancher leur(s) différend(s) par voie d'arbitrage; elle exprime ainsi la volonté de renoncer à la justice ordinaire, et de se plier à la décision du tribunal arbitral qui leur est contraignante⁶⁰⁵. Les parties doivent avoir la capacité de compromettre ou être représentées par un représentant disposant du pouvoir de compromettre (*arbitrabilité subjective*)⁶⁰⁶. Le consentement des parties est par conséquent la source de l'arbitrage, et fait de la convention d'arbitrage la pierre angulaire de la procédure arbitrale⁶⁰⁷. 398

En cas de contestation de l'existence ou du contenu de l'accord, il est nécessaire de dégager la réelle et commune volonté des parties en recourant aux règles – matérielles – sur l'interprétation des contrats. Par conséquent, il est conseillé aux parties de bien spécifier le mécanisme de résolution des conflits voulu. Il est donc judicieux de faire une distinction entre la médiation, la conciliation ou encore l'arbitrage⁶⁰⁸. 399

⁶⁰² Cf. n° 398 ss.

⁶⁰³ Cf. n° 403 ss.

⁶⁰⁴ Cf. n° 452 ss.; VERDERA SERVER, p. 237 ss. Pour certains auteurs, la validité de la convention d'arbitrage est subordonnée à l'existence de deux éléments essentiels: (i) la volonté commune de soumettre une contestation à une décision arbitrale à caractère contraignant et, partant, de soustraire cette contestation aux juridictions étatiques, et (ii) la détermination de la contestation (LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 314, n° 1; MÜLLER, p. 724, n° 3369; GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 150 ss; RIVERA NEUTZE/GORDILLO RODRÍGUEZ, p. 30 ss). Pour d'autres auteurs, l'existence de la convention d'arbitrage est subordonnée à la présence de quatre éléments: (i) la détermination des parties à la convention d'arbitrage, (ii) la détermination du litige couvert par la convention, (iii), la volonté d'arbitrer et (iv) le rattachement à un ordre juridique (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 91, n° 166 ss; POUDRET/BESSON, p. 124 ss, n° 153 ss). D'autres éléments importants mais non essentiels peuvent être intégrés dans la convention d'arbitrage. C'est le cas du nombre d'arbitres, du siège du tribunal arbitral, de la langue de l'arbitrage, des règles de procédure, ou encore du droit applicable au fond du litige (cf. GIRBERGER/VOSER, p. 95, n° 346 ss).

⁶⁰⁵ BENETTI SALGAR, p. 181; REDFERN/HUNTER/SMITH, p. 106.

⁶⁰⁶ Cf. n° 403 ss. RIVERA 2005, p. 158; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 614; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1184, n° 2574; MONTES REYES, p. 53; DEVAUD, p. 2 ss. Lorsque le siège de l'arbitrage se situe en Suisse, les art. 126, 155 let. i et 158 LDIP déterminent le droit applicable aux pouvoirs du représentant qui signe une convention d'arbitrage. Au Venezuela, le Tribunal Suprême de Justice a décidé, dans l'affaire TSJ/SPA/n° 855 du 5 avril 2006, *Elettronica Industriale S.P.A. c/ Venezolana de Televisión C.A.*, qu'il ne suffisait pas que l'Assemblée générale de la société Venezolana de Televisión C.A. approuve le contrat contenant une convention d'arbitrage conclu par son Président pour qu'elle soit contraignante pour les parties, mais qu'il aurait fallu lui accorder au préalable le pouvoir de compromettre. Il en découle qu'au Venezuela, le pouvoir de compromettre doit être conféré avant la signature du contrat ou au plus tard au moment même de la signature – sous réserve d'une interprétation encore plus restrictive de la Haute Cour dans ce domaine – et non pas *ex post* par ratification.

⁶⁰⁷ Cf. n° 352.

⁶⁰⁸ POUDRET/BESSON, p. 125, n° 155. Si les termes de la convention d'arbitrage ne sont pas suffisamment précis pour établir avec certitude l'intention des parties de convenir de l'arbitrage comme mode exclusif de résolution des litiges, on est en présence d'une clause pathologique incurable (TF 4A_279/2010 du 25 octobre 2010, c. 3).

400 En Amérique latine, l'échange des volontés ne doit pas seulement être clair, mais aussi particulièrement précis⁶⁰⁹. Cette exigence de précision est le résultat de la conception juridictionnelle de la nature juridique de l'arbitrage qui prévaut dans cette région du monde. Comme nous l'avons mentionné ci-avant⁶¹⁰, en Amérique latine, l'arbitrage implique un glissement – autorisé par la loi – de la fonction juridictionnelle des juges en faveur des arbitres, c'est pourquoi, pour que la dérogation de la justice ordinaire en faveur de la justice arbitrale soit admise, l'accord des volontés doit être sans équivoque⁶¹¹.

401 En Suisse, le Tribunal fédéral adopte une interprétation restrictive lorsqu'il s'agit de savoir si une convention d'arbitrage a été conclue ou non. La Haute Cour suisse estime que «*s'agissant de déroger à une garantie de rang constitutionnel [la renonciation au juge naturel], on se gardera d'admettre trop facilement qu'une convention d'arbitrage a été conclue, si ce point est contesté*»⁶¹². Cette jurisprudence est critiquée à juste titre par la doctrine suisse; à ses yeux, ce point de vue est trop étroit pour l'arbitrage international. Cette dernière propose une interprétation neutre du point de vue du résultat, c'est-à-dire qui ne favorise ni ne défavorise la survie de la convention lorsque son existence est contestée. Ce n'est que lorsque seuls des points secondaires demeurent litigieux qu'une interprétation *in favor validitatis*, au sens de l'art. 178 al. 2 LDIP, s'impose⁶¹³.

402 Dans un arrêt de 2003, le Tribunal fédéral suisse semble avoir tenu compte des critiques formulées. En effet, il a jugé que «*s'il est acquis qu'une convention d'arbitrage a été conclue, il n'y a pas de raison de l'interpréter restrictivement*»⁶¹⁴; toutefois, dans un arrêt plus récent, ce même Tribunal nuance ses propos et affirme que «*cette interprétation large [quant aux modalités de la procédure arbitrale et à l'étendue du litige couvert par la convention d'arbitrage], conforme aux principes d'utilité et d'économie de la procédure, ne saurait toutefois impliquer une présomption en faveur de la compétence des arbitres*»⁶¹⁵. Il s'ensuit, par exemple, que la désignation inexacte du tribunal arbitral n'entraîne pas la nullité de la clause d'arbitrage, si l'on peut établir par voie d'interprétation quel est le tribunal arbitral auquel les parties ont pensé (*volonté hypothétique*). Dans ce même ordre d'idées libérales, certains auteurs suisses estiment qu'une convention d'arbitrage ne doit pas nécessairement exclure expressément la juridiction étatique; elle doit cependant être claire quant au mode de résolution des conflits choisis⁶¹⁶.

1.2.2 Détermination des parties

403 Comme tout contrat, la convention d'arbitrage doit être passée entre deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables. Cet élément prend une prépondérance particulière en cas de contrat multipartite ou en cas d'extension de la convention d'arbitrage à une partie non signataire. Il peut s'agir de personnes physiques ou

⁶⁰⁹ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 611 ss. Pour cet auteur, «[...] l'absence de toute ambiguïté dans la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage constitue une condition sine qua non pour que les arbitres soient investis de la pleine compétence pour trancher la controverse» (FERNÁNDEZ ROZAS, *El convenio arbitral*, p. 703 [traduction libre]). Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat colombien a jugé, dans sa Décision du 16 février 2001 n° 18063, que la volonté de se soumettre à la justice arbitrale doit être expresse, ce qui signifie qu'elle ne doit pas être déduite d'une simple référence au régime arbitral, dans la mesure où cela ne constitue pas une convention d'arbitrage, mais une indication des normes régissant la convention conclue ou non. Elle ne peut pas être présumée ou être conçue par voie interprétative. Le Conseil d'Etat a également écarté la possibilité de l'acceptation de l'arbitrage suite au silence de l'une des parties (figure du «*silence positif*»), en l'occurrence l'Etat. En suivant ce raisonnement, JULIO J. BENETTI SALGAR affirme qu'il est incompréhensible que, dans des situations particulières comme dans le contrat de société, l'on conclue à l'existence de l'accord des volontés en dépit de l'absence d'une convention d'arbitrage, comme s'il s'agissait d'une clause de «*uso común*», et ce malgré la fréquence de son utilisation dans ce type de contrats. Cet auteur reconnaît tout de même l'importance croissante du consentement tacite dans les échanges commerciaux contemporains (BENETTI SALGAR, p. 182). Au Venezuela, le Tribunal Suprême de Justice a décidé que la dérogation à la justice étatique est subordonnée à la «*vérification d'une manifestation de volonté inéquivoque et expresse des parties*» au contrat (Décision de la Salle Politico-Administrative du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SPA/n° 187, *Guzberg, C.A. c/Unidad de Gestión del Plan de desarrollo socioeconómico de la región sur del Estado Monagas*, du 1^{er} février 2006 [traduction libre]). Au Costa Rica, le Tribunal Segundo Civil adopte la même jurisprudence que les tribunaux colombiens et vénézuéliens, en jugeant que «*dans la mesure où [la convention d'arbitrage] constitue une exception à la juridiction ordinaire, il est indispensable que la volonté des parties [...] s'infère inéquivoquement de leurs manifestations ou déclarations*» (Décision du Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, n° 132 – 15:45h du 30 avril 2004 [traduction libre]). La jurisprudence mexicaine est d'avis que l'accord de volonté doit émaner d'une manifestation «*claire et catégorique*» ou encore «*expresse et indubitable*» (Amparo en revisión 442/2004 du 14 décembre 2004 – Tesis I.30.C.476 C. Conproca, S.A. de C.V. y otra).

⁶¹⁰ Cf. n° 262.

⁶¹¹ SILVA ROMERO 2005, *El consentimiento*, p. 149.

⁶¹² ATF 129 III 675 c. 2.3, p. 679; ATF 128 III 50 c. 2c/aa, p. 58.

⁶¹³ MÜLLER, p. 726, n° 3374.

⁶¹⁴ ATF 129 III 675 c. 2.3, p. 680.

⁶¹⁵ TF 4A.103/2011 du 20 septembre 2011, c. 3.2.1.

⁶¹⁶ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 93, n° 171. Cf. Décision du Tribunal fédéral suisse ATF 138 III 29 c. 2.3.2, p. 37 ss. au sens de laquelle la nullité partielle d'une convention d'arbitrage, dans laquelle les parties désignent une institution qui s'estime incompétente, peut être remédiée par un complètement du contrat sur la base de la volonté hypothétique des parties. Cf. n° 399.

morales, voire même d'Etats ou d'entités publiques. En outre, les parties doivent avoir la capacité de compromettre ou être valablement représentées⁶¹⁷. Cette condition est communément appelée *arbitrabilité subjective*.

Nous nous concentrerons tout d'abord sur des questions générales 404 touchant à la qualité des personnes physique ou morales de droit privé. Nous nous intéresserons ensuite aux cas des Etats ou entités publiques parties à arbitrage⁶¹⁸, puis nous nous pencherons enfin sur l'extension de la convention à un tiers non signataire⁶¹⁹.

1.2.2.1 Personnes physiques et morales de droit privé

Les parties, qui doivent au moins être déterminables, doivent avoir la capacité civile passive et active sur le plan du droit des personnes et, sur le plan procédural, disposer de la capacité de compromettre et d'ester en justice⁶²⁰. En règle générale, la question de savoir quel droit est applicable à la capacité de compromettre se tranche par le recours aux règles de conflit du droit international privé du lieu où la sentence est invoquée. Il renvoie, en principe, à la loi d'application du domicile ou de la résidence habituelle pour les personnes physiques et, pour les personnes morales de droit privé, à la loi en vertu de laquelle elles sont organisées⁶²¹.

Lorsque cette capacité fait défaut à l'une ou l'autre des parties, l'incapacité peut être invoquée dans deux situations⁶²²:

– En début de procédure, la partie qui se prévaut de l'incapacité sollicite, au moyen de l'exception d'arbitrage, respectivement de l'exception d'incompétence, du juge étatique ou du tribunal arbitral l'interruption de la procédure arbitrale et le renvoi de la cause devant la justice ordinaire. Au niveau international, cette garantie est contenue à l'art. II ch. 3 CNY, selon lequel «*le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée*»⁶²³. Cette disposition s'applique lorsque le siège du tribunal arbitral se situe à l'étranger⁶²⁴. En revanche, lorsque le siège de l'arbitrage se trouve dans le même pays que le juge du fond, c'est la loi nationale qui s'applique⁶²⁵.

– A la fin de la procédure, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale peuvent être refusées si la partie contre laquelle elle est invoquée établit qu'en vertu de la loi applicable, l'une des parties était frappée d'une incapacité (art. V ch. 1 let. a CNY)⁶²⁶. A noter que cette disposition n'est pas claire quant à la déterminabilité du droit applicable, la question étant résolue en principe selon les règles du droit international privé de l'Etat

⁶¹⁷ Pour une analyse de la problématique posée par une convention d'arbitrage signée par un représentant dépourvu des pouvoirs, voir: DEVAUD, p. 2 ss.

⁶¹⁸ Cf. n° 409 ss.

⁶¹⁹ Cf. n° 425 ss.

⁶²⁰ MÜLLER, p. 725, n° 3370.

⁶²¹ TALERO RUEDA, p. 127. Dans le contexte latino-américain, le Code Bustamante (cf. n° 82) contient deux dispositions relatives à la capacité contractuelle des parties. L'art. 27 dispose que la capacité des personnes «individuelles» est régie par sa loi personnelle. Cette notion est précisée à l'art. 7 selon lequel «*chaque Etat contractant appliquera en tant que loi nationale celle du domicile, de la nationalité ou celles adoptées ou qui pourraient être adoptées par leur législation intérieure*». En d'autres termes, le Code Bustamante laisse aux Etats le libre choix du régime applicable à la capacité des parties (cf. PICAND ALBONICO 2005, p. 410). Dans le cadre du Mercosur, l'art. 7 de l'Accord du Mercosur précise que «*la capacité des parties à la convention d'arbitrage est régie par le droit de leurs domiciles respectifs [traduction libre]*». Les législations suivantes règlent directement la question: art. 74 LAC-Bo (Bolivie), art. 34 à 36, 126, 154 et 155 let. c LDIP (Suisse).

⁶²² REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 236 s., n° 3-25.

⁶²³ Le texte de cette règle est repris par l'art. 8 al. 1 de la Loi-type CNUDCI 2006. Cf. art. 20 LA-Br (Brésil), art. 12 LAC-Bo (Bolivie), art. 70 LANI-Col (Colombie), art. 8 al. 1 LAC-CI (Chili), art. 8 al. 1 LA-Cr (Costa Rica), art. 1424 al. 1 CCO-Mx (Mexique), art. 28 LMA-Ni (Nicaragua), art. 30 LACNI-Pa (Panama), art. 11 LAM-Py (Paraguay), art. 16 LA-Pe (Pérou), art. 12 LAC-Rép.Co (République Dominicaine).

⁶²⁴ ATF 121 III 38, c. 2, p. 40; TF 4A_279/2010 du 25 octobre 2010, c. 2.

⁶²⁵ ATF 122 III 139, c. 2a, p. 141 s.

⁶²⁶ Cf. art. 36 al. 1 let. a n° i Loi-type CNUDCI 2006, art. 38 § I LA-Br (Brésil), art. 108 al. 1 let. a et 112 al. 1 let. a ch. i LANI-Col (Colombie), art. 36 al. 1 let. a ch. i LAC-CI (Chili), art. 36 al. 1 let. a ch. i LA-Cr (Costa Rica), art. 47 al. 1 let. a ch. i LA-Gu (Guatemala), art. 82 al. 1 let. a LMCA-Sv (Le Salvador), art. 1457 al. 1 let. a et 1462 al. 1 let. a CCO-Mx (Mexique), art. 63 al. 1 LMA-Ni (Nicaragua), art. 72 al. 1 let. a LACNI-Pa (Panama), art. 46 let. a ch. 1 LAM-Py (Paraguay), art. 75 al. 2 let. a LA-Pe (Pérou), art. 45 al. 1 let. a LAC-Rép.Do (République Dominicaine) et art. 49 let. a LAC-Ve (Venezuela). Rappelons à toutes fins utiles que la Loi d'arbitrage cubaine ne fait aucune référence aux motifs d'opposition à la reconnaissance et à l'exequatur de la sentence arbitrale. Il convient toutefois de souligner que Cuba est partie à la Convention de New York et à la Convention européenne de 1961, de sorte que cette matière est directement traitée par elles à titre de droit national (cf. art. V CNY et IX Convention européenne; DÁVALOS FERNÁNDEZ, p. 280).

requis⁶²⁷. En outre, la partie intéressée – la défenderesse – doit invoquer ce motif de refus en temps opportun, faute de quoi elle est déchue de son droit⁶²⁸. La doctrine estime que l'invoquer de ce grief doit intervenir au plus tôt au stade de la procédure arbitrale, ce qui a pour effet de garantir sa sauvegarde et de rendre possible son utilisation à l'avenir⁶²⁹. La partie qui se prévaut de ce motif de refus sans l'avoir invoqué en temps opportun viole le principe de *non concedit venire contra factum proprium*, qui est une manifestation du principe de la bonne foi et qui interdit aux parties de se contredire au détriment d'autrui (également connu sous le nom de principe de l'*estoppel*)⁶³⁰.

1.2.2.2 Etats et entités publiques

409 Une grande partie des pays latino-américains accordent à l'Etat et aux entités publiques le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage sans autorisation préalable; ces prérogatives peuvent se trouver directement soit dans leur loi d'arbitrage, soit dans la Constitution nationale ou encore dans une autre loi. Nonobstant cette tendance, certains droits nationaux subordonnent cet engagement à autorisation. Enfin, dans une minorité d'entre eux, le régime n'est pas clair. En effet, sans interdire expressément à l'Etat ou aux entités publiques qui le composent de s'engager valablement, les mécanismes prévus par certaines législations entravent considérablement la participation de l'Etat à des arbitrages, c'est par exemple le cas du Venezuela.

410 L'une des principales inquiétudes des professionnels de l'arbitrage est le fait qu'un Etat, après s'être engagé par convention d'arbitrage, décide d'invoquer *a posteriori* – en violation du principe de *non concedit venire contra factum proprium* – son propre droit pour s'opposer à l'arbitrage⁶³¹. Le droit suisse apporte une solution novatrice à cette problématique: l'art. 177 al. 2 LDIP admet non seulement, sans entraves, la capacité de l'Etat à s'engager par voie d'arbitrage, mais il dispose également que, «*si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage*»⁶³².

411 La norme suisse a servi de modèle pour la rédaction de l'art. 2 al. 2 de la LA-Pe en vertu duquel «*lorsque l'arbitrage est international et l'une des parties est un Etat, une société, une organisation ou une entreprise contrôlée par un Etat, cette partie ne pourra invoquer les prérogatives de son propre droit pour se soustraire aux obligations dérivées de la convention arbitrale*»⁶³³. L'art. 177 al. 2 LDIP a inspiré également la rédaction de l'art. 2 al. 2 LAC-Rép.Do qui, dans de termes très similaires à la disposition péruvienne, stipule que «*lorsque l'arbitrage est international et l'une des parties est l'Etat dominicain ou un Etat étranger, une société, une organisation ou une entreprise dont un Etat est le propriétaire ou en a le contrôle, cette partie ne pourra invoquer les prérogatives de son propre droit ou du principe de souveraineté pour se soustraire aux obligations dérivées de la convention arbitrale*»⁶³⁴. Enfin, l'exemple suisse a été repris par l'art. 62 al. 5 LANI-Col selon lequel «*aucun Etat, entreprise appartenant à un l'Etat, organisation contrôlée par un Etat qui soit partie à un accord d'arbitrage ne pourra invoquer son propre droit pour contester sa capacité d'être partie à un arbitrage ou l'arbitrabilité d'une controverse couverte par un accord d'arbitrage*»⁶³⁵. D'autres dispositions comme l'art. 76 de la Loi bolivienne⁶³⁶,

⁶²⁷ POUURET/BESSON, p. 883, n° 906.

⁶²⁸ Cf. art. 4 Loi-type CNUDCI 2006, art. 63 al. 3 LAC-Bo (Bolivie), art. 66 LANI-Col (Colombie), art. 4 LAC-Cl (Chili), art. 4 LA-Cr (Costa Rica), art. 7 LA-Gu (Guatemala), art. 1420 CCo-Mx (Mexique), art. 26 LMA-Ni (Nicaragua), art. 11 LA-Pe (Pérou), art. 7 LAM-Py (Paraguay) et art. 7 LAC-Rép.Do (République Dominicaine).

⁶²⁹ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 566, n° 904; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 1132 ss.

⁶³⁰ Cf. n° 437 ss.

⁶³¹ TALERO RUEDA, p. 116.

⁶³² Cette disposition est une règle de droit matériel qui s'applique aux arbitrages dont le siège se situe en Suisse et peut être invoquée devant l'arbitre ou le juge étatique à l'occasion d'un recours en annulation. Le champ d'application *ratione personae* de l'art. 177 al. 2 LDIP recouvre aussi bien les entités publiques suisses qu'étrangères.

⁶³³ Traduction libre. Le texte en espagnol de cette disposition reprend *mutis mutandis* l'art. 2 al. 2 de la Loi espagnole 60/2003 du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage, qui s'inspire lui-même, à notre sens, de l'art. 177 al. 2 LDIP.

⁶³⁴ Traduction libre.

⁶³⁵ Traduction libre.

⁶³⁶ Selon cet article, «*lorsque l'Etat bolivien ou toute autre personne morale de droit public conclut valablement et légalement une convention d'arbitrage, l'arbitrabilité de la controverse ne pourra pas être remise en question par des prérogatives de droit interne ou par la contestation de sa capacité d'être partie à la convention d'arbitrage*» (traduction libre).

l'art. 51 de la Loi guatémaltèque⁶³⁷ ou, encore plus récemment, l'art. 4 al. 2 de la Loi panaméenne⁶³⁸ se sont vraisemblablement inspirées de l'art. 177 al. 2 LDIP.

La question sur la capacité de l'Etat de conclure une convention d'arbitrage est abordée de manière différente par la doctrine. Certains auteurs estiment que l'Etat a une capacité restreinte ou limitée de compromettre, alors que d'autres considèrent que l'Etat dispose d'une pleine capacité en la matière⁶³⁹. Quoi qu'il en soit, l'incapacité de l'Etat de compromettre justifie le refus de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale étrangère (art. V ch. 1 let. a CNY).

Une partie de la doctrine, représentée par PHILLIPE FOUCHARD, EMANNUEL GAILLARD et BERTHOLD GOLDMAN, estime – à tort – que la question relève de l'arbitrabilité subjective et non des règles sur la capacité proprement dite⁶⁴⁰. Autrement dit, l'aptitude de l'Etat à compromettre pourrait être réglée par le droit applicable à la convention d'arbitrage – et par conséquent à l'arbitrabilité du litige – et non par la loi nationale de l'Etat mis en cause. La distinction ne constitue pas une simple tournure grammaticale dénuée de portée académique. En effet, cette solution peut conduire à l'application de la loi d'un Etat tiers à la question de savoir si un autre Etat dispose ou non de la capacité de compromettre⁶⁴¹. Même si le choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage présente l'avantage de pouvoir écarter plus facilement une éventuelle incapacité invoquée par la partie étatique qui s'oppose à l'arbitrage⁶⁴², nous estimons que laisser le soin à une loi étrangère de décider quand un autre Etat est compétent pour conclure une convention d'arbitrage porte atteinte à la souveraineté de l'Etat en question. En dépit du fait que la loi nationale peut être plus restrictive que la loi appliquée à l'arbitrabilité subjective du litige, sur ce point, nous sommes d'avis que l'aptitude de l'Etat à conclure une convention d'arbitrage est régie par les règles auxquelles renvoie le droit international privé du lieu où la sentence arbitrale est revendiquée. En règle générale, celles-ci renvoient à l'application de la loi nationale (personnelle)⁶⁴³.

La finalité de cette section n'est toutefois pas de trancher la question de la capacité de l'Etat de conclure ou non une convention d'arbitrage, mais de présenter les solutions apportées par les régimes étudiés ici.

⁶³⁷ Cette disposition stipule qu'*«une fois que l'Etat, les entités décentralisées, autonomes [...] ont conclu une convention d'arbitrage valable, ni l'arbitrabilité de la controverse, ni la capacité de l'Etat et des autres entités citées ne pourront être objectées, en invoquant des règles ou des normes adoptées postérieurement à la conclusion de ladite convention»* (traduction libre).

⁶³⁸ Au sens de cette norme *«lorsque l'arbitrage est international et que l'une des parties est un Etat ou une société, une organisation ou une entreprise contrôlée par un Etat, cette partie ne pourra invoquer les prérogatives de son propre droit pour se soustraire aux obligations dérivées de la convention arbitrale»* (traduction libre).

⁶³⁹ Cf. POUURET/BESSON, p. 190 ss; LALIVE/POURET/REYMOND, p. 311.

⁶⁴⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 330 ss; SILVA ROMERO 2005, p. XIX s.; TALERO RUEDA, p. 115 ss; CÁRDENAS MEJÍA, p. 387.

⁶⁴¹ En général, elle correspond à la loi du siège du tribunal arbitral ou à la *lex arbitri*.

⁶⁴² SILVA ROMERO 2005, p. XX; TALERO RUEDA, p. 117.

⁶⁴³ Cf. n° 405; BOTERO SANCLEMENTE/CORREA HENAO, p. 35. POUURET/BESSON, p. 191, n° 228. A noter que ces derniers auteurs estiment qu'en matière de droit conventionnel, l'art. V ch. 1 let. a CNY renvoie à la loi personnelle de l'Etat partie, et non à la loi d'arbitrage du siège. En ce sens, MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1827, n° 3717; AUDIT, p. 40.

- 415 Parmi les droits nationaux qui autorisent l'Etat à compromettre, nous trouvons: la Bolivie (art. 4 LAC-Bo)⁶⁴⁴, le Chili⁶⁴⁵, la Colombie⁶⁴⁶, Cuba (art. 11 D-Cub)⁶⁴⁷, le Guatemala (art. 51 LA-Gu)⁶⁴⁸, le Honduras (art. 87 LCA-Ho), le Nicaragua (art. 1 LMA-Ni), le Paraguay (art. 248 Cst.Pa et art. 2 al. 2 LAM-Py), le Pérou (art. 63 al. 2 Cst.Pe et art. 4 LA-Pe), la République Dominicaine (art. 220 Cst.Rép.Do et art. 5 LAC-Rép.Do), Le Salvador (art. 146 al. 3 Cst.Sv et art. 25 LMCA-Sv) et la Suisse (art. 177 al. 2 LDIP).
- 416 Au Panama, après une courte période d'incertitude durant laquelle la capacité de l'Etat de compromettre a été déclarée anticonstitutionnelle, le gouvernement a décidé, en 2006, de corriger cette situation malheureuse par un amendement constitutionnel⁶⁴⁹. A l'heure actuelle, l'Etat panaméen et ses entités possèdent la faculté de recourir à l'arbitrage par la conclusion d'une clause compromissoire, c'est-à-dire avant la survenance du litige. En revanche, une autorisation est requise lorsqu'il survient après la conclusion du contrat de base et que l'Etat ou ses entités souhaitent souscrire un compromis (art. 200 al. 4 Cst.Pa et art. 14 al. 2 LACNI-Pa).
- 417 L'art. 4 de la Loi d'arbitrage de l'Equateur autorise l'Etat et les entités qui le composent à se soumettre à l'arbitrage, mais les conditions suivantes doivent être remplies, sous peine de nullité: (i) la convention d'arbitrage doit avoir été conclue avant la controverse – dans le cas contraire, la conclusion d'un compromis est subordonnée à l'autorisation de Procureur général de l'Etat –, (ii) le litige doit être de nature contractuelle, (iii) la convention d'arbitrage doit inclure la procédure de désignation du tribunal arbitral et doit être signée par un fonctionnaire autorisé⁶⁵⁰.
- 418 Au Mexique, la situation est encore plus complexe. Pour savoir si l'Etat ou ses entités ont la capacité de compromettre, il faut se tourner vers les différentes lois organiques, c'est-à-dire vers les lois relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, ce qui rend le système mexicain peu efficace⁶⁵¹.
- 419 Tout comme la Loi mexicaine d'arbitrage, la Loi brésilienne ne règle pas cette matière. La question a été précisée par la jurisprudence. Pendant des années, les juges brésiliens se sont refusés à reconnaître la capacité de l'Etat de compromettre. Toutefois, en 2005, le Tribunal Supérieur de Justice a rendu une décision des plus

⁶⁴⁴ Il est important de signaler que l'art. 366 Cst.Bo, qui dispose qu'en matière d'hydrocarbures toutes les entreprises étrangères qui agissent au nom et pour le compte de l'Etat sont soumises à la souveraineté de l'Etat, peut entrer en conflit avec les art. 4 et 76 LAC-Bo évoqués ci-dessus (cf. n. 28).

⁶⁴⁵ Au Chili, la question est réglée par l'art. 1 al. 2 du Décret-loi n° 2349 de 1978 sur les contrats internationaux du secteur public.

⁶⁴⁶ Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi d'arbitrage colombienne de 2012, cette matière était régie par les art. 70 de la Loi n° 80 de 1993 sur la *contratación de la administración pública* et l'art. 228 aD-Col, aujourd'hui abrogés, qui autorisaient les entités publiques à conclure des conventions d'arbitrage en vue de dirimer par voie d'arbitrage les litiges découlant de la conclusion, de l'exécution, de la liquidation ou de l'extinction des contrats publics. Ces normes disposaient également que les conflits dérivés de contrats passés entre l'Etat colombien et des personnes morales étrangères pouvaient faire l'objet d'arbitrage. Ces principes sont désormais intégrés aux art. 1 al. 4 et 62 al. 5 LANI-Col. Toutefois, il y a lieu de signaler que, sous l'égide de l'ancien régime, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle a limité la capacité de l'Etat colombien et de ses entités publiques de conclure des conventions d'arbitrage. Ainsi, dans la Décision C-1436 de 2000 du 25 octobre 2000, la Cour a décidé que les arbitres n'ont pas la faculté de se prononcer sur les actes administratifs pris dans l'exercice des pouvoirs exceptionnels de l'administration. Un autre exemple de jurisprudence restrictive en la matière est la Décision du Conseil d'Etat n° 34302 du 15 octobre 2008 selon laquelle les tribunaux arbitraux n'ont pas de compétence pour décider de la légalité de n'importe quel acte administratif, et ce indépendamment de son contenu. La Cour Constitutionnelle, dans sa Décision SU-174 de 2007 (cf. n° 54), a précisé sa jurisprudence en jugeant que les arbitres peuvent se déterminer sur les effets économiques des décisions prononcées entre la conclusion et l'extinction des contrats conclus avec l'Etat. En revanche, la Cour estime que les arbitres ne peuvent pas se prononcer sur la légalité des actes de l'administration, dans la mesure où cet examen est du ressort de la juridiction administrative; c'est le principe de l'*intransigibilité des pouvoirs publics*. Force est de constater que la jurisprudence développée par le passé par les tribunaux colombiens allait à l'encontre de la volonté du législateur car elle restreignait inécessairement le champ d'application des dispositions citées ci-dessus, rendant l'ancien régime très incertain (cf. POSSE VELASQUEZ, p. 101 ss; FERNÁNDEZ ROZAS, p. 934; BARRAGÁN ARANGO/RIVERA RAMÍREZ, p. 206; SALCEDO CASTRO, p. 121 ss). A ce propos, EDUARDO SILVA ROMERO estime que cette limitation ne devrait pas exister en matière d'arbitrage international, dans la mesure où lorsqu'une entité publique de l'Etat colombien agit dans le cadre du commerce international, elle perd sa nature «étatique» (SILVA ROMERO 2005, p. XIX). Il faut espérer qu'avec l'adoption de la nouvelle Loi d'arbitrage colombienne, les tribunaux étatiques modifient leur jurisprudence en la matière et ne limitent plus la capacité de l'Etat colombien et de ses entités publiques de conclure des conventions d'arbitrage.

⁶⁴⁷ L'art. II ch. 1 de la Convention européenne de 1961, à laquelle Cuba est partie, consacre la capacité des «personnes morales de droit public» de conclure valablement des conventions d'arbitrage, sauf si au moment de signer ou de ratifier la Convention, un Etat émet une réserve sur sa propre capacité de conclure. Notons que le gouvernement cubain n'a fait valoir aucune réserve en ce sens.

⁶⁴⁸ Cette disposition n'autorise pas seulement l'Etat, les entités publiques décentralisées, autonomes ou semi-autonomes, les municipalités et les entreprises publiques étatiques ou communales à conclure des conventions d'arbitrage, mais elle leur interdit également de se prévaloir des règles de droit adoptées postérieurement à la convention pour contester l'arbitrabilité du litige ou la capacité de l'Etat et de ses entités de compromettre.

⁶⁴⁹ GONZÁLEZ ARROCHA/SÁNCHEZ, p. 543 s.

⁶⁵⁰ Pour une analyse récente, cf. NEIRA ORELLANA, p. 421 ss.

⁶⁵¹ P.ex., l'art. 72 de la Loi organique de Pétroles mexicains et organismes subsidiaires de 1992 dispose que les actes juridiques de Pétroles mexicains ou de ses organismes pourront être soumis à arbitrage. C'est aussi le cas de l'art. 45 de la Loi du service public d'énergie électrique dont la teneur est similaire. Ces lois peuvent être consultées sur le site: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (02.04.2014). Cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 956 s.; GARCÍA-CUPELLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO, p. 482.

attendues, qui confirme la possibilité, pour une société d'économie mixte, de prendre part à un arbitrage⁶⁵². La Haute Cour brésilienne estime que, lorsque les contrats conclus par des entreprises étatiques ont pour objet l'activité économique *stricto sensu*, comme par exemple les services publics de nature industrielle, ou l'activité économique de commercialisation ou de production susceptible de produire des bénéfices, les litiges y afférant pourront être soumis à l'arbitrage. En revanche, poursuit le tribunal, lorsque l'activité des entreprises étatiques relève de la puissance publique, l'arbitrage sera proscrit⁶⁵³. Force est de constater une certaine similitude avec la jurisprudence développée sous l'ancien régime, par les tribunaux colombien, commentée ci-avant⁶⁵⁴.

Dans le domaine qui nous occupe, le Venezuela constitue un cas particulier. En effet, la situation y est un peu confuse: d'une part, la Constitution oblige l'Etat à promouvoir le développement de l'arbitrage (art. 258 Cst.Ve) et, d'autre part, l'art. 151 Cst.Ve dispose que «*dans les contrats d'intérêt public, à moins d'être incompatible avec leur nature, on considérera insérée, même de manière non expresse, une clause selon laquelle les doutes et controverses non résolus amicalement en relation avec ces contrats seront tranchés par les tribunaux compétents de la République, en accord avec ses lois, sans qu'elles donnent lieu à des réclamations étrangères*»⁶⁵⁵.

Il apparaît donc important de souligner que, dans les contrats – soumis à autorisation – avec l'Etat vénézuélien ou avec l'une de ses entités, la notion de «contrats d'intérêt public» peut être opposée au cocontractant afin de se soustraire aux obligations dérivées d'une convention d'arbitrage. S'agissant d'une notion juridiquement indéterminée, les tribunaux la précisent au cas par cas avec un large pouvoir d'appréciation⁶⁵⁶. A titre d'exemple, la Salle Politico-Administrative du Tribunal Suprême de Justice a adopté une interprétation très large. Elle a qualifié de «contrat d'intérêt public» un contrat de fourniture d'équipement et de technologie à une compagnie de télévision appartenant à l'Etat, dans la mesure où il concernait un service public⁶⁵⁷.

La Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, dans un clair souci de cohérence, a déclaré que l'art. 151 Cst.Ve instaurait le principe du «*système d'immunité relative*», de sorte que l'Etat peut recourir à l'arbitrage lorsque des contrats d'intérêt général sont conclus. Il convient toutefois de signaler que la Salle Politico-Administrative du Tribunal Suprême de Justice s'est attribuée, au détriment de la Salle Constitutionnelle, la compétence de trancher les litiges relatifs à la nullité des arbitrages dans lesquels l'Etat est partie⁶⁵⁸.

En la matière, la compréhension du système arbitral vénézuélien est rendue encore plus difficile par l'existence de trois dispositions supplémentaires qui viennent compliquer la donne. Deux d'entre elles sont insérées dans la Loi d'arbitrage, alors que l'autre concerne la Loi organique relative aux services du Procureur général de la République.

Selon l'article 3 let. b LAC-Ve, les controverses qui relèvent de la puissance publique de l'Etat ou des personnes de droit public sont exclues de l'arbitrage. Toutefois, cette interdiction est relativisée, à notre sens, par l'art. 12 de la Loi organique précitée, qui précise que la conclusion des contrats contenant des clauses d'arbitrage national ou international dans lesquels l'Etat est partie doit être soumise à l'opinion préalable et expresse de la *Procuraduría General de la República*, laquelle a, entre autres tâches, celle de défendre et de représenter judiciairement et extrajudiciairement les intérêts patrimoniaux du Venezuela. Enfin, l'art. 4 LAC-Ve, qui concerne les entreprises mixtes, dispose que lorsque l'une des parties à une convention d'arbitrage est une société dans laquelle la République, les Etats, les municipalités et les instituts autonomes possèdent une participation égale ou supérieure à 50 pourcent du capital social, la validité de la convention d'arbitrage est soumise à l'approbation de l'organe statutaire compétent et à l'autorisation écrite du «Ministère de la tutelle». Au surplus, la convention doit spécifier le type d'arbitrage et le nombre d'arbitres, qui ne pourra pas être inférieur à trois.

⁶⁵² Au Brésil, les sociétés d'économie mixte (*parcerias público-privadas* [PPP]) sont réglementées par la Loi 11079 du 4 décembre 2004. Cette loi contient deux sérieuses restrictions à l'arbitrage: (i) l'arbitrage doit impérativement avoir lieu au Brésil et (ii) se dérouler en portugais (art. 11 al. 3).

⁶⁵³ STJJ., RESP n° 612.439/RS, Relator: JOÃO OCTÁVIO DE NOROMBA, du 25 octobre 2005, DT. 14 novembre 2006. Pour un commentaire en français de cette décision, voir: WALD 2008, p. 187 ss.

⁶⁵⁴ Cf. n. 646.

⁶⁵⁵ Traduction libre.

⁶⁵⁶ Cf. ARAQUE BENZO/ALMANDOZ MONTEROLA/ALMANDOZ MONTEROLA, p. 729.

⁶⁵⁷ TSJ/SPA/n° 855 du 5 avril 2006, *Elettronica Industriale S.P.A. c/ Venezolana de Televisión, C.A.*

⁶⁵⁸ TSJ/SC/n° 1541 du 17 octobre 2008, interprétation de l'art. 258 Cst.Ve. Cette jurisprudence fut confirmée un an plus tard par la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice dans la Décision TSJ/SC/n° 123 du 11 février 2009, *Fermin Toro Jiménez y otros*, et par la Décision TSJ/SC/n° 09-573 du 3 novembre 2010. Pour un panorama sur la question au Venezuela, cf. HERNANDEZ-BRETON, p. 42 ss.

1.2.2.3 Extension de la convention d'arbitrage

- 425 En vertu du principe *res inter alios acta* ou de la relativité des contrats, la convention d'arbitrage n'oblige que les parties au contrat. Toutefois, dans certaines circonstances, la doctrine et la jurisprudence admettent une entorse à ce principe, en acceptant qu'une convention d'arbitrage lie des personnes physiques ou morales – privées ou publiques – qui ne l'ont pas signée et qui n'y figurent pas⁶⁵⁹. En règle générale, ces exceptions sont justifiées par l'application des théories de l'entité économique ou théorie des groupes de sociétés, de l'estoppel, de l'alter ego⁶⁶⁰ et de l'abus de droit⁶⁶¹, ou encore par la détermination de l'existence de relations juridiques étroitement liées⁶⁶².
- 426 Avant de développer les critères énumérés ci-dessus, il convient, d'une part, de préciser la notion de «non signataires» et, d'autre part, de distinguer le *transfert* ou *transmission* de la convention d'arbitrage à des tiers de l'*extension* de celle-ci à des tiers non signataires.
- 427 Premièrement, la notion de «non signataires» recouvre toutes les personnes qui ne sont pas couvertes formellement par la convention d'arbitrage, mais qui le sont matériellement par elle, acquérant de la sorte la qualité de parties à la procédure arbitrale⁶⁶³. Il ne s'agit donc pas d'un tiers quelconque, mais d'un *tiers qualifié* qui, pour diverses raisons, gravite autour de la convention d'arbitrage qui le lie⁶⁶⁴.
- 428 Secondement, à la différence de l'extension de la convention d'arbitrage qui est une création jurisprudentielle et qui n'est en principe ni régie par les lois d'arbitrage ni par les règlements arbitraux, le *transfert* ou *transmission* de la convention d'arbitrage à des tiers vise des situations expressément régies par des normes de droit privé⁶⁶⁵. C'est le cas de la cession de créance⁶⁶⁶, de la reprise – simple ou cumulative – de dette⁶⁶⁷, de la succession universelle⁶⁶⁸, de la subrogation légale, ou encore du transfert d'une relation contractuelle⁶⁶⁹. Ces cas de figure sont admis aussi bien par le régime suisse de l'arbitrage que par les régimes latino-américains⁶⁷⁰. Dans le cadre de cette étude, nous nous attarderons exclusivement sur l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers.
- 429 L'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires a vu le jour en France⁶⁷¹. L'une des décisions les plus célèbres dans ce domaine est la sentence CCI *Dow Chemical c/Isover-Saint-Gobain* rendue en 1982⁶⁷². Dans cette affaire, qui est considérée comme le *dies a quo* de cette doctrine jurisprudentielle⁶⁷³, le Tribunal

⁶⁵⁹ L'extension de la convention à des tiers non signataires relève donc de la portée subjective ou *ratione personae* de la convention d'arbitrage. Par conséquent, le Tribunal arbitral saisi d'une telle question devra déterminer qui est lié par la convention d'arbitrage, sans s'arrêter aux parties formellement désignées par elle (cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 140, n° 258; TALERO RUEDA 2010, p. 73).

⁶⁶⁰ BULLARD GONZÁLEZ, p. 709 ss; DE TRANZEGNIES GRANDA 2004, p. 12 ss.

⁶⁶¹ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 619; CAIVANO ROQUE 2006, p. 140.

⁶⁶² AGUILAR, p. 203; CAIVANO ROQUE 2006, p. 130 et 136; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 141, n° 261 et p. 155, n° 171 m. En ce sens, le Tribunal fédéral suisse a décidé que lorsqu'il existe deux contrats formellement distincts mais fonctionnellement interdépendants, au point de n'être qu'une manifestation d'une même transaction, une procédure arbitrale introduite sur la base de l'un des contrats pouvait être étendue aux signataires de l'autre contrat (TF 4A_376/2008 du 5 décembre 2008, c. 8.5.2, Bull. ASA 2009, p. 745 ss).

⁶⁶³ TALERO RUEDA 2010, p. 73.

⁶⁶⁴ La doctrine n'est pas unanime quant au qualificatif qu'il convient d'attribuer au «tiers». Ainsi, à titre d'exemple, JAMES A. GRAHAM préfère le terme de «faux tiers» (GRAHAM JAMES 2008, p. 179), alors que JERÓNIMO CAIVANO ROQUE parle d'une «catégorie spéciale de tiers» (CAIVANO ROQUE 2006, p. 123).

⁶⁶⁵ REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 240, n° 3-30.

⁶⁶⁶ Décision du Tribunal de *Primer Circuito*, n° 442/2004– Tesis I.30.C.475 C., *Conproca, S.A. de C.V. y otra*, du 14 décembre 2004 (Mexique).

⁶⁶⁷ ATF 134 III 565 c. 3, p. 567 ss. Pour le Tribunal fédéral suisse, la reprise de dette externe entraîne le transfert des droits accessoires, au sens de l'art. 178 al. 1 CO, or la convention d'arbitrage constitue un tel accessoire. Il s'en suit qu'elle lie le reprenant, sauf exceptions. Cf. ENGEL, p. 900; CR-PROBST, art. 178 CO, n° 3).

⁶⁶⁸ KNOEPLER/SCHWEIZER, *Chronique RSDIE* 2005, p. 145. Ces auteurs soutiennent l'avis du Tribunal fédéral selon lequel, dans l'hypothèse d'une succession universelle, le successeur acquiert tous les droits et obligations du prédécesseur, y compris les conventions d'arbitrages contenues dans les contrats passés par ce dernier. Ce transfert s'impose aussi bien au reprenant qu'au cocontractant d'origine, sauf en cas de contrat conclu *intuitu personae*. Les opérations de restructurations de sociétés au sens de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus), sont d'autres cas de succession universelle. Cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 143, n° 267 ss; POUURET/BESSON, p. 264, n° 289 ss.

⁶⁶⁹ GIRSBERGER/VOSER, p. 64, n° 238a s.

⁶⁷⁰ Cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 140 ss, n° 260 à 271 a; BENETTI SALGAR, p. 191; GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 311 ss; CAIVANO ROQUE 2006, p. 121; PICAND ALBÓNICO 2005, p. 448 ss; GRAHAM JAMES 2008, p. 183 ss.

⁶⁷¹ JEAN-FRANÇOIS POUURET et SÉBASTIEN BESSON ne sont pas d'accord avec ce qualificatif. D'une part, ils considèrent «qu'il ne s'agit pas d'étendre la convention d'arbitrage à des tiers, mais de déterminer, [...] qui y est réellement partie et, en conséquence, qui peut s'en prévaloir ou se la voir opposer». D'autre part, ils sont d'avis que «la signature n'implique pas nécessairement que le signataire devienne partie au contrat et à la clause compromissoire qu'il contient [...]» (POURET/BESSON, p. 221 s., n° 250). Toutefois, force est de constater que malgré la pertinence de ces remarques, ce phénomène est de nos jours unanimement connu comme «l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires».

⁶⁷² Sentence CCI du 23 septembre 1982, n° 4131, publiée dans le *Recueil des sentences de la CCI, 1974-1985*, p. 464 ss. Cette sentence fut confirmée par la Décision du 21 octobre 1983 de la Cour d'Appel de Paris, in: *Rev. arb.* 1984, p. 98.

⁶⁷³ CORREA DELCASSO, p. 6.

arbitral a dû répondre à la question de savoir si une convention d'arbitrage conclue entre deux sociétés pouvait être étendue aux sociétés du même groupe que l'une des sociétés partie à la convention d'arbitrage. Le Tribunal arbitral, amené à se prononcer sur sa propre compétence, a répondu à cette question par l'affirmative, en déclarant qu'en vertu des usages conformes aux besoins du commerce international, une convention d'arbitrage engage les sociétés non signataires à condition que celles-ci aient joué un rôle dans la négociation, la conclusion ou la résiliation du contrat. Ce postulat constitue le socle de la théorie des *groupes de sociétés*. Toutefois, malgré le succès planétaire de cette théorie et le développement ultérieur de cette doctrine, les prérequis à une telle extension diffèrent largement selon la loi nationale applicable⁶⁷⁴.

La jurisprudence suisse, tout en rejetant la *théorie des groupes de sociétés* «à la française», a développé la *théorie de l'immixtion* qui admet, de manière un peu plus restrictive, l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires. Le Tribunal fédéral suisse exprime son opinion en ces termes: «[...] le tiers qui s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage est réputé avoir adhéré, par des actes concluants, à celle-ci si l'on peut inférer de cette immixtion sa volonté d'être partie à la convention d'arbitrage»⁶⁷⁵. En Suisse, l'analyse de l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers non signataires se fait en deux phases. La première concerne le contrôle de la validité formelle de ladite convention, en ce sens que l'art. 178 al. 1 LDIP impose le respect de la forme écrite. La deuxième phase se réfère à la validité matérielle de la convention d'arbitrage. L'art. 178 al. 2 LDIP règle cette question par le recours au droit le plus favorable (*in favorem arbitri*). Ainsi, la convention d'arbitrage est valable quant au fond si elle répond soit aux conditions du droit choisi par les parties, soit aux conditions du droit applicable à l'objet du litige, soit aux conditions du droit suisse. Il en découle que ce n'est qu'après avoir constaté la validité formelle de la convention que le Tribunal arbitral décidera, en vertu du droit choisi par les parties ou – à défaut de celui-ci – selon le droit applicable à la convention, d'étendre ou non ses effets aux tiers non signataires⁶⁷⁶. En d'autres termes, en droit suisse, les conditions de forme s'appliquent à la convention d'arbitrage conclue par les parties initiales, alors que l'extensibilité de celle-ci à des tiers relève du droit de fond.

Les conditions de l'extension de la convention peuvent par conséquent varier en fonction du droit applicable. Si le droit suisse est applicable, l'extension de la convention d'arbitrage est subordonnée à des conditions strictes découlant du principe de la relativité des contrats et de l'indépendance juridique des personnes morales⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ GIRSBERGER/VOSER, p. 63, n° 238.

⁶⁷⁵ ATF 129 III 727 c. 5.3.2, p. 737 ; ATF 134 III 565 c. 3.2, p. 568; TF 4P.48/2005 du 20 septembre 2005, c. 3.4.1; TF 4A_44/2011 du 19 avril 2011, c. 2.4.1.

⁶⁷⁶ ATF 129 III 727 c. 5.3.1, p. 736. A ce propos, le Tribunal fédéral suisse précise que «quant à la question de la portée subjective d'une convention d'arbitrage formellement valable au regard de l'art. 178 al. 1 LDIP – il s'agit de déterminer quelles sont les parties liées par la convention et de rechercher, le cas échéant, si un ou des tiers qui n'y sont pas désignés entrent néanmoins dans son champ d'application *ratione personae* –, elle relève du fond et doit, en conséquence, être résolue à la lumière de l'art. 178 al. 2 LDIP». La Haute Cour helvétique considère en outre dans ce même arrêt qu'«il n'y a pas lieu de poser des exigences trop strictes en ce qui concerne la validité formelle de l'extension d'une clause arbitrale à un tiers». JEAN-FRANÇOIS POUDET, très critique à l'égard de cette jurisprudence, y voit une discrimination entre les parties initiales et le tiers attrait. Selon lui, l'approche adoptée par le Tribunal fédéral suisse «conduit à dissocier la validité, formelle et matérielle, de la convention de la détermination de ceux qui y sont parties, et à limiter l'application de l'exigence formelle à la première question [...]» (POUDET 2004, p. 390). En revanche, LAURENT LÉVY et BLAISE STUCKI estiment que le Tribunal fédéral suisse a rendu un arrêt de principe qui rapproche le droit suisse de la jurisprudence française. Ils constatent toutefois que la solution retenue par la Cour suprême suisse ne conduit pas à un résultat identique et s'en distancie par ces motifs, opinion que nous partageons entièrement. Ces auteurs affirment que «[...] là où la jurisprudence française a admis l'existence d'une règle matérielle, découlant du principe d'autonomie de la clause compromissoire, et régissant la validité de celle-ci à l'exclusion de toute règle de droit national, le Tribunal fédéral – qui n'a pas pu s'affranchir complètement du texte légal [cf. art. 178 al. 1 LDIP] – se fonde sur des considérations de pure opportunité [...]» (LÉVY/STUCKI, p. 711 s.).

⁶⁷⁷ ATF 134 III 565, c. 4.1.2; ATF 120 II 155 c. 6 c/bb ss., p. 171 s. GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI énoncent les conditions suivantes: (i) le tiers s'est immiscé dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage, (ii) l'on peut inférer de son immixtion la volonté d'être partie à la convention d'arbitrage, (iii) l'indépendance juridique des personnes morales exclut que le contrat passé par une société membre d'un groupe de sociétés puisse être qualifié d'acte accompli par un représentant ou un organe engageant une autre société et (iv) le contrôle étroit d'une personne juridique par une autre n'est pas un élément suffisant pour renverser la présomption que seule la personne qui souscrit la convention d'arbitrage est partie à l'arbitrage, sauf en cas d'abus de droit. (*Durchgriff, piercing the corporate veil*) (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI 2006, p. 92, n° 260). Il y a notamment abus de droit lorsque l'on est en présence d'une utilisation abusive et contraire au but de la personnalité morale (arrêt du Tribunal fédéral du 8 avril 1999, in: SJ 2001 I 165).

432 Le phénomène de l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers, développé par les tribunaux français, a influencé de manière incontestée la doctrine latino-américaine, qui l'accueille favorablement⁶⁷⁸. Ainsi, par exemple, JERÓNIMO ROQUE CAIVANO considère qu'il n'y a aucun doute sur la possibilité d'attirer à la procédure arbitrale les tiers non signataires. Pour lui, le fait de ne pas être partie à la convention d'arbitrage ne s'oppose pas à ce que les personnes qui n'y ont pas consenti soient liées par celle-ci. Nonobstant cela, ce dernier estime que l'extension ne peut ni se faire de manière automatique ni être universellement appliquée⁶⁷⁹. Pour sa part, EDUARDO PICAND ALBONICO est d'avis que l'extension de la convention peut avoir lieu dans les cas d'absorption d'une société par une autre, de cession de contrat ou de subrogation et, en général, dans les hypothèses où une partie n'a pas souscrit à la convention⁶⁸⁰. Cette posture s'insère dans l'idée – aujourd'hui largement acceptée – selon laquelle l'extension de la convention d'arbitrage est admise dans d'autres situations que celles tombant dans le champ d'application de la théorie du *groupe de sociétés*. Ainsi, par exemple, la jurisprudence française étend la convention d'arbitrage aux dirigeants d'une société non signataire⁶⁸¹, à la représentation des codébiteurs solidaires⁶⁸² ou aux sous-contrats ne contenant pas une convention d'arbitrage⁶⁸³.

433 Pour pouvoir attirer à la procédure arbitrale une tierce personne non signataire, la doctrine et la jurisprudence ont recours à plusieurs critères ou mécanismes. Dans le contexte latino-américain, JULIO J. BENETTI SALGAR⁶⁸⁴ et SANTIAGO TALERO RUEDA⁶⁸⁵ relayent les postulats évoqués en la matière par BERNARDO M. CREMADES⁶⁸⁶. Ces critères sont:

434 – *La bonne compréhension du principe de l'interprétation restrictive de la convention d'arbitrage*⁶⁸⁷. L'interprétation restrictive de la convention d'arbitrage peut entraver l'admission de l'extension de celle-ci à des non signataires. En effet, une application stricte et littérale de ce principe peut conduire à considérer ceux qui l'ont signée comme étant les seuls liés par la convention d'arbitrage. Ce point de vue est trop étroit pour l'arbitrage international et peut engendrer des situations injustes. Ainsi, dans certaines circonstances, un tiers non signataire peut être forcé à intervenir dans la procédure arbitrale lorsque, par sa propre conduite, il aura participé à l'exécution du contrat.

435 – *L'autonomie de la convention d'arbitrage*. Dans la mesure où le contrat de base et la convention d'arbitrage sont régis par des règles spécifiques, ces auteurs affirment que la convention d'arbitrage peut lier ceux qui ne l'ont pas souscrite, alors même que le contrat de base a été signé par d'autres parties.

⁶⁷⁸ Cf. AGUILAR, p. 203; BENETTI SALGAR, p. 191 ss; BULLARD GONZALEZ, p. 709 ss; CAIVANO ROQUE 2006, p. 121 ss; LEPERVANCHE MICHELANA, p. 873 ss; ORREGO VICUÑA, p. 363 ss; PICAND ALBÓNICO 2005, p. 451 ss; ROMERO SEGUEL, p. 392 s.; TALERO RUEDA 2010, p. 71 ss; VON WOBESER 2011, p.575 ss; RIVERA 2007, p. 196 ss. Ce dernier nous explique que la théorie des groupes de sociétés est reconnue aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence argentine, à ceci près que la portée d'une convention d'arbitrage ne peut, comme c'est le cas en France, être étendue – quasi-automatiquement – à des entités du même groupe de sociétés. L'extension de la légitimation active ou passive à une personne morale appartenant à un groupe de sociétés se fera s'il y a utilisation frauduleuse de la personnalité juridique (art. 54 Loi argentine des sociétés commerciales n° 19.550 de 1984). Sous cet angle, le droit argentin se rapproche du droit suisse, dans la mesure où la simple appartenance à un groupe de sociétés n'est pas suffisante, *per se*, pour étendre les effets de la convention d'arbitrage à la personne qui ne l'a pas souscrite (RIVERA 2007, p. 197; cf. n. 678).

⁶⁷⁹ CAIVANO ROQUE 2006, p. 124.

⁶⁸⁰ PICAND ALBÓNICO 2005, p. 450 ss.

⁶⁸¹ Décision de la Cour de Cassation civile, 1^e chambre civile, du 20 septembre 2006.

⁶⁸² Rev. arb. 1968, p. 117

⁶⁸³ Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. urg), *Société Kornas Marma c/ Société Durand-Auzias*, du 30 novembre 1988, in: Rev. arb. 1989, p. 691 ss, n. PIERRE-YVES TSCHANZ; Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. suppl.), *Société Ofer Brothers c/ The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd et autres*, du 14 février 1989, in: Rev. arb. 1989, p. 691 ss, n. PIERRE-YVES TSCHANZ; Décision de la Cour de Cassation (Ch. commerciale), *Peprax c/ Fichou*, du 5 mars 1991, in: Rev. arb. 1992, p. 66 ss, n. AYNES; Décision du Tribunal de Commerce de Bobigny, *Société Sofremines c/ Société Samin*, du 29 mars 1990, in: Rev. arb. 1992, p. 66 ss, n. AYNES; Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. suppl.), *Société Freyssinet international c/ Renardet et autres*, du 28 février 1992, in: Rev. arb. 1992, p. 649 ss, n. COHEN; Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. C), *Société Glencore Grain Rotterdam c/ Société Afric*, du 23 novembre 1999, in: Rev. arb. 2000, p. 501 ss, n. LI-KOTVCHIKHINE. A noter que les échanges commerciaux complexes sont réglementés par une pluralité de sources contractuelles. En règle générale, la relation contractuelle est délimitée par un accord ou contrat-cadre, auquel d'autres contrats individuels plus précis et/ou des *addenda* viennent se greffer. C'est alors que se pose la question de la portée du caractère contraignant d'une convention d'arbitrage contenue dans l'un des contrats, mais non dans les autres (cf. POUDRET/BESSON, p. 283, n° 308; VON WOBESER 2011, p.575 s.). A notre avis, il est impropre de parler d'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires dans ce type de situations. Il s'agit en réalité de l'extension de la convention d'arbitrage à des questions connexes relatives à une même opération économique. En outre, cette hypothèse se rapproche de la situation évoquée ci-dessus, dans laquelle il existe une convention d'arbitrage par référence comportant un *renvoi global* (cf. n° 320 ss).

⁶⁸⁴ BENETTI SALGAR, p. 192 ss.

⁶⁸⁵ TALERO RUEDA, p. 121 ss.

⁶⁸⁶ CREMADES M. 1989 p. 295 ss.

⁶⁸⁷ Sur l'interprétation de la convention d'arbitrage, cf. TALERO RUEDA 2010, p. 74 ss.

– *L'efficacité de l'acceptation tacite de la convention d'arbitrage.* L'acceptation tacite de la convention d'arbitrage par ceux qui ne l'ont pas conclue peut être, par exemple, retenue en cas de participation des non signataires à l'exécution du contrat de base signé par une société du groupe auquel ils appartiennent. Ce point de vue n'envisage pas les sociétés du groupe de sociétés sous l'angle de l'indépendance juridique des personnes morales, mais sous celui plus libéral de l'entité économique ayant une unité de comportement et de direction⁶⁸⁸. Il s'agit donc d'une notion plus économique que juridique. Ce critère tend à imputer aux non signataires la confusion et l'incertitude résultant des comportements adoptés par ces derniers avant, pendant, voire même après la conclusion du contrat.

– *La théorie de l'estoppel.* Cette théorie consiste dans l'interdiction générale faite aux parties de se contredire au détriment d'autrui. Il s'agit de la concrétisation de l'adage romain «*non concedit venire contra factum proprium*» qui est une émanation du principe de la bonne foi. La théorie de l'*estoppel* vise concrètement à interdire à une personne qui, par ses déclarations, son attitude ou ses actes, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première personne, d'établir en justice un fait contraire à cette représentation initiale⁶⁸⁹.

A la différence du principe de la bonne foi, qui nécessite souvent l'examen du fond du litige, la théorie de l'*estoppel* n'intervient qu'au début de la procédure, dans l'objectif de déterminer la recevabilité ou non de certaines prétentions ou preuves alléguées par une partie. A cet égard, l'*estoppel* se révèle être un mécanisme beaucoup plus efficace que le principe de la bonne foi dans l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux non signataires. En effet, alors que «*la bonne foi nécessite un examen laborieux du comportement d'un cocontractant durant tout le cycle de vie du contrat et même avant sa conclusion, le simple agissement contradictoire d'une partie peut, à lui seul, suffire pour mettre en marche le principe de l'estoppel*»⁶⁹⁰. Il en découle que la théorie de l'*estoppel* n'exige pas de la personne contre laquelle elle est dirigée un comportement contraire à la bonne foi.

L'application de cette théorie doit toutefois être envisagée de manière restrictive. Ainsi, il ne saurait être admis d'extension de la convention d'arbitrage aux non signataires du seul fait, par exemple, de leur participation à l'exécution du contrat de base. En ce sens, AMISSI MANIRABONA estime que l'extension de la convention d'arbitrage devrait avoir lieu seulement lorsque la partie adverse qui le demande a raisonnablement ignoré la qualité de tiers de la partie non signataire. Le fardeau de la preuve de cette ignorance incombe au demandeur, de sorte qu'il lui appartient de prouver qu'il croyait avoir affaire à un véritable cocontractant⁶⁹¹.

En Suisse, la théorie de l'*estoppel* a été évoquée dans l'ATF 129 III 727 c. 5.1.1, p. 731. A cette occasion, le Tribunal fédéral suisse a confirmé la décision d'un tribunal arbitral d'attirer à la procédure une tierce personne non signataire de la convention d'arbitrage qui était intervenue, de manière constante, dans l'exécution du contrat de base. La Haute Cour suisse a considéré que le non signataire «*[...] s'est manifestement et volontairement immiscé, non seulement dans la direction des sociétés défenderesses en ce qui concerne la gestion du projet immobilier, mais encore dans l'exécution du contrat d'entreprise litigieux, dont il n'a pu, de ce fait, ignorer les termes et conditions, en particulier la clause compromissoire qui y figure. Aussi bien, il est clairement établi que les sociétés Y. et X. n'ont été, à l'évidence, que les instruments de l'activité personnelle de A [le non signataire], ce dernier ayant ainsi manifesté son intention d'être personnellement partie à la convention d'arbitrage [...]*».

– *La théorie de l'alter ego ou de la levée du voile social.* Cette théorie vise à empêcher que certaines compagnies appartenant au même groupe de sociétés ne se dissimulent derrière la personnalité juridique de chaque personne morale dans le but de se soustraire à leurs obligations. En règle générale, l'extension de la convention d'arbitrage aux membres non signataires du groupe de sociétés est subordonnée à l'existence d'intérêts communs au sein des différentes sociétés. C'est notamment le cas lorsqu'il y a contrôle d'une société par une autre⁶⁹². L'*alter*

⁶⁸⁸ A noter que l'art. 28 de la Loi colombienne n° 22 de 1995 modifiant le Code de commerce fait de l'unité de comportement et de direction un élément essentiel de la notion de groupes de sociétés.

⁶⁸⁹ Cf. MANIRABONA, p. 556; KAHN, p. 323; DIMOLITSA 2013, p. 60.

⁶⁹⁰ MANIRABONA, p. 561.

⁶⁹¹ MANIRABONA, p. 563.

⁶⁹² Cf. TALERO RUEDA, p. 122 s. En Argentine, cette théorie est expressément codifiée par les régimes du droit des sociétés commerciales (art. 33 et 54 de la Loi de sociétés commerciales n° 19550 de 1984) et du droit de la concurrence (art. 161 Loi sur les poursuites pour dettes et faillites n° 24522 de 1995). Cf. CAIVANO ROQUE 2006, p. 144. En Uruguay, le Tribunal civil de première instance a estimé que, dans une affaire opposant une compagnie uruguayenne à une filiale américaine, d'une compagnie multinationale japonaise au sujet d'un contrat de distribution, la convention

ego exige par conséquent une situation de confusion entretenue par deux ou plusieurs compagnies ou par une compagnie et son actionnaire, de sorte qu'il n'est pas invraisemblable d'opposer – par voie d'extension de la convention d'arbitrage – au tiers non signataire les agissements de la société partie à la convention. A l'instar de la théorie de l'estoppel, la théorie de l'*alter ego* doit être appliquée de manière restrictive compte tenu des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, l'extension de la convention d'arbitrage aux non signataires, sur la base de cette théorie, ne saurait être retenue qu'en cas d'utilisation abusive ou frauduleuse de la personnalité juridique, autrement dit en cas d'abus de droit. A ce propos, JEAN-FRANÇOIS POUURET et SEBASTIEN BESSON considèrent que «[...] *tel sera le cas lorsque le non-signataire a lui-même trompé le cocontractant lors de la conclusion du contrat, notamment en lui donnant des assurances fallacieuses, lorsqu'il a encaissé tous les profits de l'opération, vidé la société signataire de ses actifs ou disposé de celle-ci de toute autre manière* [...]»⁶⁹³.

442 La problématique de l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires n'est, en règle générale, pas régie par les lois d'arbitrage ou les règlements d'arbitrage traités ici. Cela étant, il y a lieu de signaler, d'une part, les art. 4 al. 2 Règl. CH, et les art. 6 et 7 Règl. CCI et, d'autre part, l'art. 16 LA-Pe et art. 36 ss LANI-Col qui règlent la question⁶⁹⁴.

443 L'art. 4 al. 2 Règl. CH 2^e hypothèse dispose que «[...] *lorsqu'une partie à une procédure arbitrale pendant sous l'égide du présent Règlement requiert qu'un ou plusieurs tiers participe(nt) à l'arbitrage, le tribunal arbitral décide de la requête après consultation de toutes les parties, y compris le ou les tiers dont la participation est requise, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes*». Cette disposition, dont les termes sont similaires à ceux de l'art. 4 al. 2 Règl. CH de 2004, et qui avait été rédigée délibérément de façon large, permet l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers non signataire lorsque la procédure arbitrale se déroule selon le Règlement suisse d'arbitrage international. Le tribunal arbitral prendra notamment en considération les critères ci-avant évoqués et développés par la doctrine et la jurisprudence⁶⁹⁵.

444 Dans le cadre de l'arbitrage CCI et en l'absence d'une disposition expresse des anciens Règlements CCI sur l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires, la pratique jurisprudentielle développée par la Cour internationale d'arbitrage s'est initialement fondée sur les règles relatives à la compétence du tribunal arbitral⁶⁹⁶. La procédure comptait deux phases; ainsi l'art. 6 § 2 Règl. CCI de 1998 disposait que: (i) «*lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ce ou ces moyens, que l'arbitrage aura lieu si, prima facie, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le Règlement*». Si tel était le cas, cette norme précisait que: (ii) «*il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence*».

445 Depuis le 1^{er} janvier 2012, le Règlement CCI prévoit expressément une procédure pour ce cas de figure: il s'agit de l'intervention d'un tiers comme partie à l'arbitrage (art. 7 § 1 Règl. CCI). Les demandes d'intervention d'un tiers sont semblables aux demandes d'arbitrage (art. 4 et 7 § 2 Règl. CCI). Par ailleurs, toute demande d'intervention est soumise aux dispositions des art. 6, § 3 à 7, et 9 Règl. CCI qui reprennent la procédure en deux temps mentionnée dans le paragraphe immédiatement ci-avant. Au surplus, il est impératif de déposer au Secrétariat la requête d'intervention d'un tiers avant la confirmation ou la nomination d'un arbitre, sauf accord contraire des parties et du tiers intervenant.

446 En ce qui concerne le contexte latino-américain, il y a lieu de mentionner, dans un premier temps, l'art. 14 de la nouvelle Loi d'arbitrage péruvienne qui codifie en partie les critères développés par la doctrine et la jurisprudence arbitrale internationale dans le domaine. Selon cette disposition, «*la convention d'arbitrage s'étend à ceux dont le consentement de se soumettre à l'arbitrage se détermine, selon les règles de la bonne foi, par leur participation active et déterminante dans la négociation, conclusion, exécution ou fin du contrat qui contient la*

arbitrale signée par la société japonaise devait être étendue à sa filiale américaine dans la mesure où il existait une connexion suffisante (Décision n° 3652/2004, Tribunal de première instance en matière civile, in: GONZALEZ/GOMEZ 2011, p. 803, n. 15).

⁶⁹³ POUURET/BESSION, p. 240 s., n° 264.

⁶⁹⁴ Contrairement aux législations colombienne et péruvienne, le régime guatémaltèque de l'arbitrage interdit expressément, à l'art. 21 al. 4 LA-Gu, l'implication des tiers dans la procédure arbitrale, sauf s'ils y adhèrent volontairement (cf. CASTELLANOS HOWELL/PANIAGUA DE ROHRMOSER, p. 476).

⁶⁹⁵ Cf. n° 433 ss.

⁶⁹⁶ Cf. art. 13 Règl. CCI (version de 1955), art. 8 Règl. CCI (version de 1975) et art. 6 Règl. CCI (version de 1998).

convention d'arbitrage ou celui auquel la convention se rapporte. Elle s'étend aussi à ceux qui prétendent inférer des droits ou des bénéfices des termes du contrat»⁶⁹⁷. Cette norme ne s'éloigne pas, comme l'on pourrait le croire, du principe consensuel de l'arbitrage selon lequel la procédure arbitrale ne peut avoir lieu que si les parties y consentent; l'art. 14 LA-Pe énonce tout simplement les situations dans lesquelles le consentement à l'arbitrage d'une partie non signataire de la convention d'arbitrage doit être inféré⁶⁹⁸.

A notre sens, les situations envisagées par l'art. 14 LA-Pe ne sont pas exhaustives, cette disposition ne recouvrant que les critères de l'acceptation tacite, de l'*estoppel*, du groupe de sociétés et de l'*alter ego*⁶⁹⁹. Toutefois, les situations dans lesquelles l'extension de la convention d'arbitrage devrait être acceptée en application de cette disposition n'ont encore été déterminées ni par la jurisprudence arbitrale ni par la jurisprudence étatique⁷⁰⁰. Il leur appartient donc de déterminer à l'avenir le champ d'application *ratione materiae* de cette règle.

Dans l'intérêt du droit péruvien de l'arbitrage, il faut espérer que le cadre normatif fixé par l'art. 14 LA-Pe ne sera pas interprété de manière trop restrictive, afin que l'œuvre créatrice de la doctrine et de la jurisprudence arbitrale internationale – qui a inspiré le législateur péruvien⁷⁰¹ – ne soit pas tronquée. A notre avis, l'interprétation de l'art. 14 LA-Pe devra se faire, d'une part, selon le principe de la bonne foi (art. 168 et 1362 CC-Pe)⁷⁰² et de la théorie de la confiance (art. 170 CC-Pe)⁷⁰³ et, d'autre part, selon la *ratio legis* de cette disposition⁷⁰⁴. En outre, l'arbitre et/ou le juge étatique avisé(s) se servira également, dans son travail interprétatif, des préceptes adoptés dans les sentences *Dow Chemical c/Isover-Saint-Gobain* et *Thomson*⁷⁰⁵ issues de la pratique arbitrale française et américaine⁷⁰⁶.

Quant à la Colombie, les rédacteurs de la nouvelle Loi d'arbitrage ont laissé passer une occasion plus qu'opportune pour codifier, à l'instar du Pérou, les critères développés en matière d'extension des effets de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires. Toutefois, la législation colombienne sur l'arbitrage admet l'extension des effets de la sentence arbitrale aux consorts nécessaires non signataires (art. 37 al. 2 LANI-Col)⁷⁰⁷. Cette disposition se trouve au chapitre III de la Loi d'arbitrage régissant l'«*intégration du contradictoire, d'autres parties et des tiers*» dans la procédure arbitrale. Malgré cela, l'extension des effets de la sentence arbitrale aux consorts nécessaires non signataires est subordonnée à leur adhésion expresse à la convention d'arbitrage. Elle doit intervenir dans un délai de cinq jours à partir de la notification que le tribunal leur aura fait parvenir. Faute d'adhésion expresse ou de notification, le tribunal sera tenu d'ordonner la fin de la procédure, la cessation de leurs activités et l'extinction des effets de la convention d'arbitrage eu égard au litige en cause (art. 36 al. 1 et 2 LANI-Col)⁷⁰⁸. Cette solution se heurte, à notre avis, à certains principes de l'arbitrage international, en particulier à celui de *Kompetenz-Kompetenz*⁷⁰⁹.

⁶⁹⁷ Traduction libre.

⁶⁹⁸ Cf. CANTUARIAS SALAVERRY/CAIVANO ROQUE, p. 60; CANTUARIAS SALAVERRY 2010, p. 649.

⁶⁹⁹ Cf. SILVA ROMERO 2010, p. 66. SANTIAGO TALERO RUEDA est d'un avis contraire. Il estime que le texte de l'art. 14 LA-PA n'énumère pas les exigences permettant l'application de la théorie de l'*alter ego* (TALERO RUEDA 2010, p. 90 et 99).

⁷⁰⁰ SILVA ROMERO 2010, p. 55; CONEJERO ROOS 2009, p. 73; SOTO COAGUILA, p. 615.

⁷⁰¹ Cf. SANTIESTEVEAN DE NORIEGA 2008, p. 99.

⁷⁰² L'art. 168 CC-Pe précise que «l'acte juridique doit être interprété en fonction de son contenu et selon le principe de la bonne foi», tandis que l'art. 1362 CC-Pe stipule que «les contrats doivent être négociés, conclus et exécutés selon les règles de la bonne foi et la commune intention des parties». Traductions libres.

⁷⁰³ Au sens de l'art. 170 CC-Pe, «les expressions portant plusieurs sens doivent être comprises dans le sens le plus adéquat à la nature et à l'objet de l'acte».

⁷⁰⁴ Cf. SANTIESTEVEAN DE NORIEGA 2009, p. 44 s.; SILVA ROMERO 2010, p. 57.

⁷⁰⁵ Tout comme la jurisprudence arbitrale française, la jurisprudence arbitrale américaine en matière d'extension de la convention d'arbitrage à un tiers non signataire a influencé la pratique arbitrale en Amérique latine, en particulier l'affaire *Thomson- CSF SA. c/ Evans & Sutherland Computer Corporation*, 64 E.3rd 773, 776 (2d Cir. 1995) (cf. GRAHAM JAMES 2008, p. 181 ss; CAIVANO ROQUE 2006, p. 129 ss). Dans cette affaire, la *US Court of Appeals for the Second Circuit* a déterminé cinq hypothèses dans lesquelles l'extension de la convention d'arbitrage aux non signataires (*third party beneficiary*) est permise: (i) l'incorporation par référence (*incorporation by reference*), (ii) l'acceptation tacite (*assumption by conduct*), (iii) l'agence (*agency*), (iv) l'*alter ego* ou la levée du voile social (*piercing of the corporate veil*) et (v) l'*estoppel* (cf. BULLARD GONZALEZ, p. 721 ss).

⁷⁰⁶ SILVA ROMERO 2010, p. 60.

⁷⁰⁷ Cf. SANABRIA SANTOS, p. 243 ss.

⁷⁰⁸ Cf. ZAPATA DE ARBELÁEZ, p. 286.

⁷⁰⁹ Ce principe, qui fera l'objet d'un titre à part, fonde la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence. Cette faculté s'étend non seulement *stricto sensu* à toutes les questions relatives à la compétence ou incompétence du tribunal arbitral, mais aussi à toutes celles relatives à la validité et à la portée (objective et subjective) de la convention d'arbitrage. Cela implique par conséquent la reconnaissance du pouvoir des arbitres de trancher toute contestation sur l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers non signataire (cf. n° 531 ss; CAIVANO ROQUE 2006, p. 151).

450 Le système colombien privilégie en conséquence l'application du principe *res inter alios acta* ou de la relativité des contrats. Il en découle une jurisprudence extrêmement restrictive dans ce domaine. Ainsi, par exemple, la Cour Suprême de Justice colombienne estime que «*les effets d'une sentence arbitrale ne pourront pas être étendus à ceux qui n'ont pas renoncé, de quelque façon que ce soit, à faire valoir leurs prétentions devant les juges ordinaires, c'est-à-dire à ceux qui n'ont pas consenti à la convention d'arbitrage*»⁷¹⁰.

451 En guise de conclusion, nous constatons que, sur le plan doctrinal, les théories et les critères développés par la jurisprudence et la doctrine internationale la plus avisée ont trouvé une assise confortable en Amérique latine. Toutefois, force est de constater que sur le plan jurisprudentiel, les quelques tribunaux qui ont eu à traiter la question *sub examine* ont conservé une approche restrictive, fidèle au principe *res inter alios acta*⁷¹¹. Enfin, sur le plan législatif, il faut en premier lieu saluer la codification de ces principes – ou du moins d'un certain nombre d'entre eux – à l'art. 14 LA-Pe. Il nous paraît ensuite judicieux de réprover la solution adoptée par la loi colombienne.

1.2.3 Détermination du litige

452 En accord avec les notions de convention d'arbitrage proposées ci-dessus, l'objet de la controverse doit être déterminé ou du moins déterminable et, dans tous les cas, être arbitrable⁷¹². Le litige peut être issu d'un rapport de droit de nature contractuelle ou extracontractuelle et/ou être en relation avec lui⁷¹³.

453 Les législations de la Bolivie (art. 3 LAC-Bo)⁷¹⁴, de la Colombie (art. 69 al. 1 LANI-Col), du Costa Rica (art. 7 al. 1 LA-Cr), du Chili (art. 7 al. 1 LAC-Cl), de Cuba (art. 9 D-Cub)⁷¹⁵, de l'Equateur (art. 5 al. 1 LAM-Eq), du Guatemala (art. 4 al. 1 LA-Gu) du Honduras (art. 37 LAC-Ho), du Mexique (art. 1416 CCo-Mx), du Nicaragua (art. 27 al. 1 LMA-Ni), du Panama (art. 15 LACNI-Pa), du Paraguay (art. 3 let a LAM-Py), du Pérou (art. 13 al. 1 LA-Pe), de la République Dominicaine (art. 10 al. 1 LAC-Rép.Do) et du Venezuela (art. 7 al. 1) adoptent une rédaction semblable à celles de la Convention de New York et de la Loi-type CNUDCI.

454 Remarquons que les art. 4 et 9 de la Loi brésilienne d'arbitrage, tout comme l'art. 22 de la Loi du Salvador, disposent sommairement que les litiges pouvant s'élever entre les parties au sujet d'un rapport de droit seront soumis à l'arbitrage. Elles ne spécifient pas si la controverse peut également être de nature extracontractuelle. Dès lors, la portée de ces dispositions doit être déterminée par voie d'interprétation⁷¹⁶. En outre, le caractère déterminé ou déterminable du rapport juridique à l'origine de l'arbitrage ne ressort pas explicitement de leur texte.

455 Enfin, lorsque la convention d'arbitrage est une convention «*ex ante*», c'est-à-dire lorsqu'elle a pour objet des controverses futures, il est conseillé de les décrire de la manière la plus large possible, mais déterminable⁷¹⁷. Ainsi, est valable la convention d'arbitrage qui prévoit que l'ensemble des controverses découlant du contrat de base sera dirimé par voie d'arbitrage⁷¹⁸. La détermination de l'objet du litige se fait indirectement par

⁷¹⁰ Décision de la Cour Suprême de Justice, Salle de Cassation Civile, Exp. n° 183-01, *Duran, L.A./Bancolumbia, S.A.*, du 11 mai 2001.

⁷¹¹ La jurisprudence argentine et uruguayenne reconnaissent la théorie du groupe de société (cf. n. 678 et n. 692) et la jurisprudence mexicaine a reconnu la possibilité d'étendre les effets de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires (cf. n. 666; Amparo en revisión 442/2004 du 14 décembre 2004 – Tesis I.30.C.475 C. Conproca, S.A. de C.V. y otra ; cf. GRAHAM JAMES 2008, p. 183 ss; BRAVO PERALTA, p. 535 s.).

⁷¹² Cf. n° 282 ss.

⁷¹³ Art. II ch. 1 CNY; art. 7 Loi-type CNUDCI. A noter que selon ces dispositions, l'objet du litige doit découler d'une «*rapport de droit déterminé*». Toutefois, la doctrine arbitrale considère – à juste titre – que l'herméneutique juridique ne s'oppose pas à ce que la convention d'arbitrage porte aussi sur des rapports de droits déterminables (cf. GIRSBERGER/VOSER, p. 61 s.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 92, n° 168 ss, MATHEUS LOPEZ, *Introducción propedéutica*, p. 43; BENETTI SALGAR, p. 197. Dans la pratique, il est habituel de voir des clauses d'arbitrage contenant les formules suivantes: «*all disputes arising from this contract*» ou «*in connection with the contract*». Il sied de remarquer que, dans le contexte latino-américain, la Convention de Panama fait référence à son art. 1 al. 1 aux «*différends qui pourront s'élever ou qui se sont élevés entre elles [les parties] à propos d'une affaire commerciale*».

⁷¹⁴ Cette disposition ne s'attarde pas sur le caractère déterminé ou indéterminé du rapport de droit donnant lieu à l'arbitrage.

⁷¹⁵ L'art. 9 D-Cub adopte une rédaction minimaliste, mais qui présente l'avantage d'être concise. En vertu de cette norme, «*la Cour connaît et tranche les litiges contractuels ou extracontractuels, de caractère international, issus du domaine des affaires, qui lui sont soumis volontairement par les parties*» (traduction libre).

⁷¹⁶ CONEJERO ROOS 2009, p. 74. Il est admis que, dans ces deux pays, la controverse soumise à l'arbitrage peut être de nature contractuelle ou extracontractuelle (cf. TERCERO ZAMORA, p. 416; BARRAL OLIVEIRA/SILVA MAILLART, p. 188).

⁷¹⁷ POUURET/BESSON, p. 125, n° 156; MERINO MERCHAN/CHILLON MEDINA, p. 1221, n° 2643.

⁷¹⁸ Cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 92, n° 168. En revanche, la convention d'arbitrage universelle ne saurait être valable. Est universelle la convention qui engagerait les parties à soumettre à l'arbitrage tous les différends pouvant survenir entre elles, quelle qu'en soit la nature (cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 69 s; RIVERA 2007, p. 127 s.). En ce sens, JULIO J. BENETTI SALGAR, qui cite PATRICIO AYLWIN AZOCAR, affirme qu'une telle convention n'est pas valable car l'objet n'est ni déterminé ni déterminable, et qu'elle implique une renonciation générale et indéterminée aux

l'identification des rapports juridiques pouvant être à l'origine de la contestation. En revanche, lorsque la convention d'arbitrage est une convention «*ex post*», c'est-à-dire lorsqu'elle a pour objet un litige déjà né, la description peut être faite de manière plus précise, de sorte que la compétence des arbitres soit délimitée par la ou les controverses expressément soumises à leur connaissance⁷¹⁹.

2. Arbitrabilité objective

L'arbitrabilité objective ou *rationae materiae* peut se définir comme la faculté d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage. Autrement dit, l'arbitrabilité objective se penche sur la question de savoir si la convention d'arbitrage porte sur une matière susceptible d'être tranchée par voie d'arbitrage ou si elle appartient exclusivement à la juridiction étatique⁷²⁰.

A ce stade, deux précisions préliminaires sont nécessaires:

– L'arbitrabilité objective, avec l'arbitrabilité subjective – qui concerne la capacité des parties de compromettre⁷²¹ –, constituent des conditions de validité de la convention d'arbitrage. De ce fait, nous estimons que la question de l'arbitrabilité objective doit être examinée *ex officio* par le tribunal arbitral. En outre, la sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un arbitrage impliquant une matière non arbitrale est nulle.

– La deuxième précision concerne la distinction entre l'arbitrabilité objective et la notion de portée *rationae materiae* de la convention d'arbitrage. Alors que l'arbitrabilité objective matérialise une restriction *ex lege* à l'autonomie de la volonté sous la forme soit d'un catalogue de normes impératives – énumérant les matières non arbitrables –, soit des principes ou restrictions d'ordre public⁷²², la portée *rationae materiae* de la convention d'arbitrage détermine quels différends sont soumis à l'arbitrage en vertu de la volonté des parties⁷²³.

Chaque Etat détermine souverainement les matières qui peuvent être soumises à l'arbitrage⁷²⁴, les conventions internationales dans ce domaine restant généralement vagues sur ce point⁷²⁵. L'arbitrabilité objective se détermine, en droit comparé, à l'aide de deux critères: (i) le critère de la libre disponibilité et (ii) le critère de la patrimonialité⁷²⁶. Il s'agit de concepts juridiques indéterminés dont la fixation du sens incombe à la doctrine et à la jurisprudence de chaque Etat⁷²⁷.

Ainsi, on parle de libre disponibilité lorsque le titulaire d'un droit jouit de la faculté d'en disposer librement, c'est-à-dire qu'il en a la maîtrise totale, laquelle implique le droit de l'aliéner ou d'y renoncer – entièrement ou partiellement – par transaction⁷²⁸. Ce critère d'arbitrabilité a été retenu par le droit suisse de l'arbitrage interne⁷²⁹ et par l'immense majorité des nations d'Amérique latine⁷³⁰.

droits des parties (BENETTI SALGAR, p. 198). Cf. Décision de la Cour Constitutionnelle de la Colombie, C-330 de 2000, du 22 mars 2000 et Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 8 février 1996, in: Bull. ASA 1998, p. 142 ss.

⁷¹⁹ Cf. VERDERA SERVER, p. 89; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 590 et ses références aux Décisions chiliennes de la Cour Suprême de Justice du 6 novembre 1984 et du 8 octobre 1985.

⁷²⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 329, n° 532; GIRSBERGER/VOSER, p. 68, n° 252; BOUTIN I. 2007, p. 18 s. Pour le Tribunal fédéral suisse, «l'arbitrabilité signifie qu'une cause est susceptible d'arbitrage en raison de sa nature propre et/ou du fait qu'une disposition légale impérative ne l'attribue exclusivement à une autorité étatique; elle peut aussi être définie comme une qualité de l'objet du litige» (ATF 118 II 193 c. 5c/aa, p. 195 s.). Cf. ATF 118 II 353 c. 3a, p. 355.

⁷²¹ Cf. n° 403 ss.

⁷²² FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 872. A noter que l'auteur signale encore dans ce passage que bon nombre d'hypothèses ne sont pas susceptibles d'arbitrage pour des motifs d'ordre public, mais que certaines matières non arbitrables ne se heurtent pas à la notion d'ordre public.

⁷²³ Cf. n° 452 ss; POUURET/BESSON, p. 279, n° 305.

⁷²⁴ Cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2001, p. 112, n° 61; GIRSBERGER/VOSER, p. 69, n° 255. Ces derniers affirment notamment que «each state decides which matters may or may not be submitted to arbitration in accordance with its own political, social and economic policy».

⁷²⁵ La Convention de New York de 1958 et la Convention européenne de 1961 évoquent brièvement la question. Ainsi, p.ex. l'art. II ch. 1 CNY impose aux Etats signataires l'obligation de reconnaître les conventions qui portent «sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage» et l'art. V ch. 2 let. a CNY dispose que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée si la convention d'arbitrage, respectivement l'objet du litige, n'est pas valable eu égard à la *lex fori*. Dans un contexte régional, la Convention de Panama de 1975 adopte à l'art. 5 al. 1 let. a, quasiment de manière identique, la rédaction de l'art. V ch. 2 let. a CNY. La Convention européenne de 1961 à laquelle Cuba est partie dispose à l'art. VI ch. 2 que «quand ils auront à se prononcer sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux des Etats contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable [...]».

⁷²⁶ TALERO RUEDA 2008, p. 227 s; CAMPOS MEDINA, p. 317 ss.

⁷²⁷ PERALES VISCASILLAS 2005, p. 129 s.

⁷²⁸ Cf. RIGOZZI, p. 510 s, MENDOZA RAMÍREZ, p. 313. La jurisprudence colombienne de la Cour Constitutionnelle dit à ce propos que «la matière arbitrale peut être composée uniquement par des affaires ou des questions susceptibles de transaction [...]. La transigibilité comprend les domaines – biens, services et actions – sur lesquels la capacité de disposition et de renonciation [des parties] existe» (Décision de la Cour

- 462 En adoptant le critère de la libre disponibilité, ces pays ont opté pour une analyse conflictuelle de la question, c'est-à-dire qu'il y a tout d'abord lieu de déterminer la règle de conflit applicable qui désignera le droit matériel applicable; la libre disponibilité et son étendue sont ensuite déterminées en application du droit matériel retenu. Il en découle que la disponibilité dépend de la *lex causae*⁷³¹. Cette méthode comprend le risque que l'arbitrabilité objective d'une prétention soit traitée de manière différente en fonction du droit matériel applicable⁷³².
- 463 On parle de patrimonialité lorsque les parties ont un intérêt d'ordre économique à ce que le litige soit dirimé par voie arbitrale (*financial interest*)⁷³³. Il s'agit d'un critère matériel qui peut s'appliquer de manière autonome ou en relation avec le critère de la libre disponibilité, et dont le fondement découle de l'objet du litige. La patrimonialité du litige est généralement déterminée par la loi d'arbitrage du siège.
- 464 En Amérique latine, ce critère ne reçoit qu'un faible écho. Il est ainsi adopté seulement par les législations du Brésil (art. 1 LA-Br) et du Paraguay (art. 2 al. 1 LAM-Py). Le critère de la patrimonialité dans ces deux pays est de nature hybride: En effet, l'art. 1 LA-Br dispose que «*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*»⁷³⁴ et l'art. 2 al. 1 LAM-Py précise que «*[...] toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje [...]*»⁷³⁵. Ainsi, au Brésil et au Paraguay, il y a lieu de déterminer, dans un premier temps, si la controverse est de nature patrimoniale, et ensuite de répondre à la question de savoir si elle porte sur une matière librement disponible⁷³⁶.
- 465 Il nous paraît important de signaler dans ce passage qu'au Nicaragua, il semble exister une contradiction, en matière d'arbitrabilité objective, entre l'art. 1 et l'art. 23 LMA-Ni. Alors que l'art. 23 al. 1 LMA-Ni relatif aux domaines arbitrables dispose – conformément au critère traditionnellement retenu par les législations latino-américaines – que sont arbitrables les litiges qui portent sur des matières qui concernent la libre disposition des parties, l'art. 1 LMA-Ni, qui consacre le droit de faire appel aux mécanismes alternatifs de résolution de controverses, prévoit que toute personne physique ou morale – y compris l'Etat – peut recourir, dans les limites de la loi, à ces mécanismes pour résoudre ses différends patrimoniaux et non patrimoniaux.
- 466 L'une des premières questions qui se posent ici, est de savoir quel critère d'arbitrabilité la Loi nicaraguayenne d'arbitrage consacre. Est-ce le critère de la patrimonialité de l'art. 1 ou, est-ce le critère de la libre disponibilité de l'art. 23? Critère par ailleurs défini à l'art. 24 let. f LMA-Ni. Une deuxième question est celle de savoir si le terme «non patrimoniaux» de l'art. 1 vise des droits subjectifs dépourvus de valeur pécuniaire mais arbitrables, car, fréquemment, les matières non patrimoniales ne sont pas arbitrables. Au surplus, l'art. 23 al. 2 ss LMA-Ni exclut de l'arbitrage un certain nombre de matières, comme par exemple les questions relatives au divorce et à la séparation de corps⁷³⁷.

Constitutionnelle du 20 février 1995, T-057/1995; traduction libre). Pour certains auteurs, le critère de la libre disponibilité recouvre la notion de droits subjectifs (BENETTI SALGAR, p. 202; CAMPOS MEDINA, p. 317 ss; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 882).

⁷²⁹ Art. 354 CPC qui stipule que «*l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties*».

⁷³⁰ Ainsi, on fait ce choix l'Argentine (art. 737 CCPCN), la Bolivie (art. 3 LAC-Bo), la Colombie (art. 1 LANI-Col, en matière de d'arbitrage interne), le Costa Rica (art. 37 LA-Cr, cette disposition contient un renvoi aux dispositions civiles et commerciales de ce pays), l'Équateur (art. 1 LAM-Eq), le Guatemala (art. 3 LA-Gu), le Honduras (art. 28 LCA-Ho), Le Salvador (art. 22 LMCA-Sv), le Nicaragua (art. 23 et 24 let. f LMA-Ni, cette dernière disposition définissant la notion de libre disponibilité comme «*la situation en vertu de la quelle les parties jouissent de la faculté de décider librement à propos d'une affaire, cette faculté intègre le droit d'autoriser un tiers à prendre un décision sur la dite affaire*» [traduction libre]), le Panama (art. 4 al. 1 LACNI-Pa), le Pérou (art. 2 LA-Pe), la République Dominicaine (art. 2 al. 1 LAC-Rép.Do), l'Uruguay (art. 476 CGP-Uy) et le Venezuela (art. 3 LAC-Ve). A noter qu'en Colombie, la nouvelle Loi d'arbitrage n° 1463 de 2012 ne spécifie pas, en matière d'arbitrage international, quel est le critère retenu dans ce domaine. Cependant, par le passé, une lecture littérale de l'ancien art. 115 al. 1 aD-Col, au sens duquel le litige devait être transigible, permettait d'affirmer que le critère retenu par le régime colombien était celui de la libre disponibilité (cf. MANTILLA-SERRANO, p. 578; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 883; ZAPATA DE ARBELAEZ, p. 282 ss). La nouvelle Loi d'arbitrage incorpore ce critère à l'art. 1. Il définit la notion d'arbitrage comme le «*mécanisme alternatif de solution de conflits au moyen duquel les parties soumettent à des arbitres la solution d'une controverse relative à des affaires de libre disponibilité [...]*» (traduction libre). En dépit du fait que cette disposition se trouve dans la première section de la loi consacrée à l'arbitrage national, rien ne laisse penser que le législateur colombien ait voulu adopter le critère de la patrimonialité en matière d'arbitrage international (FOLLONIER-AYALA 2013, p. 129, n. 73).

⁷³¹ POUURET/BESSON, p. 301, n° 332

⁷³² FOLLONIER-AYALA 2013, p. 129.

⁷³³ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 884.

⁷³⁴ Mise en évidence ajoutée. Nous proposons la traduction libre suivante: «*les personnes capables de contracter pourront recourir à l'arbitrage afin de dirimer les litiges relatifs à leurs droits patrimoniaux*».

⁷³⁵ Mise en évidence ajoutée. Traduction libre proposée: «*toute question transigible et de contenu patrimonial pourra être soumise à l'arbitrage*».

⁷³⁶ Cf. WIDDEROWITZ NETO/CARVALHO/AZEVEDO CORRÊA/MARTINS DE OLIVEIRA, p. 174.

⁷³⁷ Cf. n° 479.

En ce qui concerne la première question, nous estimons que la Loi d'arbitrage du Nicaragua adopte une approche hybride semblable à celle des législations brésilienne et paraguayenne. Toutefois, la Loi nicaraguayenne fait référence tant au critère patrimonial qu'au critère de la libre disponibilité dans des dispositions différentes, contrairement au choix des législateurs brésilien et paraguayen qui ont préféré faire allusion aux deux critères d'arbitrabilité dans une même et unique disposition. Dès lors, à l'instar des régimes brésilien et paraguayen, l'analyse de la patrimonialité au Nicaragua devrait avoir lieu avant l'examen de la libre disponibilité. 467

Quant à la deuxième question, il y a lieu de signaler que la doctrine arbitrale latino-américaine reconnaît que la notion de droits subjectifs se divise en droits subjectifs patrimoniaux et en droits subjectifs non patrimoniaux (p.ex. les droits de la personnalité ou les prétentions découlant du droit de la famille). Alors qu'en règle générale l'arbitrabilité de ces derniers est sujette à discussion, voire même refusée⁷³⁸, l'art. 1 LMA-Ni tranche cette question et reconnaît le caractère arbitral des litiges portant sur des droits non patrimoniaux. Sur cette base, force est de constater qu'au Nicaragua, tous les conflits correspondant à des matières non patrimoniales mais susceptibles de transaction sont aussi arbitrables, à condition qu'elles ne tombent pas dans le champ d'exclusion de l'art. 23 al. 2 ss LMA-Ni. 468

En matière d'arbitrage international, la Suisse adopte également le critère de la patrimonialité. En effet, l'art. 177 al. 1 LDIP dispose que «*toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*». La doctrine arbitrale suisse est d'avis qu'en choisissant le critère de la patrimonialité, le législateur suisse a voulu donner à la notion d'arbitrabilité objective le sens le plus large possible⁷³⁹. Cet avis est suivi par le Tribunal fédéral suisse qui juge que «*[...] tombent sous le coup de cette disposition toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent*»⁷⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, la Haute Cour helvétique a considéré – dans un autre arrêt rendu à la même époque – que l'art. 177 al. 1 LDIP était «*[...] une règle matérielle de droit international privé [...]. Elle [l'arbitrabilité objective] est, en conséquence, régie par la lex arbitri sans égard aux dispositions peut-être plus strictes de la lex causae ou de la loi nationale des parties*»⁷⁴¹. 469

La conception suisse très libérale de l'arbitrabilité objective a l'avantage de permettre notamment la soumission à l'arbitrage d'une large palette de réclamations. Il peut s'agir aussi bien de litiges de nature contractuelle et extracontractuelle que de réclamations portant sur le droit de la propriété intellectuelle ou encore sur le droit de la concurrence⁷⁴². En revanche, cette approche peut entraîner des conséquences quant à la reconnaissance à l'étranger d'une sentence rendue en Suisse⁷⁴³. En effet, le droit suisse de l'arbitrage qualifie d'arbitrable des litiges qui ne sont pas nécessairement arbitrables ailleurs. GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI citent à titre d'exemple: (i) les actions en annulation des décisions d'une personne morale, (ii) les litiges portant sur la validité des droits de la propriété intellectuelle, (iii) les litiges en matière de consommation, (iv) les litiges en matière de bail à loyer et (v) les litiges en matière de contrat individuel de travail⁷⁴⁴. 470

Le Chili et le Mexique se démarquent des autres pays étudiés, dans la mesure où leur législation d'arbitrage restent muettes en ce qui concerne les critères d'arbitrabilité. La Loi chilienne d'arbitrage se contente de signaler que son champ d'application *rationae materiae* se limite au domaine du commerce international. Toutefois, les art. 34 al. 2 let. b et 36 al. 1 let b LAC-CI régissant d'une part les motifs de recours contre une 471

⁷³⁸ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 355, n° 572. Ces auteurs concluent à la non arbitrabilité des matières «*extrapatrimoniales*». D'aucuns sont plus nuancés et estiment qu'il existe certes des matières non patrimoniales mais susceptibles de transaction et, par conséquent, arbitrables (cf. BENETTI SALGAR, p. 202 s., qui cite les postulats que HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO développe en ce sens dans son ouvrage «*Ley 446 de 1998, sus implicaciones en el Código de Procedimiento Civil*, Bogotá 1998, p. 24 s.»).

⁷³⁹ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 306, n° 2.

⁷⁴⁰ ATF 118 II 353 c. 3b, p. 356. A noter que malgré le libéralisme qui caractérise le droit suisse de l'arbitrage en la matière, à défaut d'une clause expresse, l'arbitrabilité des causes patrimoniales au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP peut se trouver exclue par des règles de compétence qui réservent impérativement à une autorité étatique la connaissance de certains différends; tel est, par exemple, le cas de la procédure de mainlevée de l'opposition, qu'elle soit provisoire ou définitive (ATF 136 III 583 c. 2.1, p. 585). En ce sens, cf. POUDRET/BESSON, p. 326 ss, n° 363.

⁷⁴¹ ATF 118 II 193 c. 5c/aa, p. 196; TF 4A_654/2011 du 23 mai 2012, c. 3.4; cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 305, n° 1.

⁷⁴² GIRSBERGER/VOSER, p. 69, n° 256.

⁷⁴³ La question peut se poser eu égard à l'art. V ch. 2 let. a CNY selon lequel «*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 [...]*». Sur ce point, ANTONIO RIGOZZI signale qu'en matière sportive des problèmes sont notamment envisageables «*[...] s'agissant des sentences qui seront rendues par les TAS en application du Règlement de la FIFA concernant le Statut et le Transfert des joueurs et qui touchent aux contrats de travail, domaine dont l'arbitrabilité n'est pas reconnue par toutes les législations d'arbitrage*» (RIGOZZI, p. 506).

⁷⁴⁴ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 105, n° 204.

sentence arbitrale et, d'autre part, les motifs de refus de la reconnaissance et l'exécution de cette dernière, se réfèrent à l'ordre public et à la non arbitrabilité de la cause comme des critères encadrant l'arbitrabilité objective de la controverse⁷⁴⁵. Au Mexique, une partie de la doctrine arbitrale propose de considérer comme arbitrables (i) les matières qui ne sont pas expressément exclues de l'arbitrage, (ii) celle qui ne violent pas l'ordre public et (iii) celles qui n'affectent pas les droits de tierces personnes étrangères à la procédure arbitrale⁷⁴⁶. FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO estime que l'arbitrabilité objective dépendra également de la question de savoir si le litige porte ou non sur des prétentions qui relèvent de la libre disposition des parties⁷⁴⁷.

472 Force est de constater que les domaines non arbitrables varient en fonction des pays considérés. Toutefois, le dénominateur commun de la non arbitrabilité de certaines matières est la contrariété à l'ordre public⁷⁴⁸. Sont donc généralement exclus de l'arbitrage les litiges qui relèvent du droit pénal⁷⁴⁹, du droit de la famille, du statut des personnes – comme par exemple l'état civil –, du droit du travail, ou encore les litiges ayant fait l'objet d'une décision frappée de force de chose jugée. C'est ainsi que certains Etats d'Amérique latine ont préféré dresser une liste ou catalogue – exhaustif ou exemplatif – de matières jugées non arbitrables en lieu et place d'un système *iuris tantum* en faveur d'une présomption positive de l'arbitrabilité objective.

Voici quelques exemples de matières non arbitrables dans certains pays latino-américains:

473 – En Argentine, l'art. 737 CPCCN dispose que ne peuvent pas être soumises à l'arbitrage, sous peine de nullité, les questions qui n'ont pas de nature transigible, c'est-à-dire qui ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction. Cette norme renvoie au Code civil argentin, où les matières non arbitrables sont taxativement énumérées aux art. 842 ss CC-Ar. Par exemple, ces dispositions excluent de l'arbitrage les litiges portant sur la validité ou la nullité du mariage, la *patria potestas* et les successions. Sont également écartés l'arbitrage sociétaire, l'arbitrage en matière de droit de la concurrence et l'arbitrage en matière de droit du travail⁷⁵⁰.

474 – En Bolivie, les litiges déjà tranchés par une décision exécutoire, les questions portant sur l'état civil et la capacité des personnes, les matières relatives aux biens et aux droits des interdits, les questions relevant de la puissance publique de l'Etat et les litiges découlant du droit du travail ne peuvent pas être dirimés par voie d'arbitrage (art. 6 LAC-Bo)⁷⁵¹. A noter toutefois que la Bolivie accepte l'arbitrage dit *testamentaire*, c'est-à-dire l'arbitrage institué par testament (art. 5 LAC-Bo)⁷⁵².

475 – Au Brésil, outre les matières non arbitrables classiques – droit de la famille, droit pénal, l'état civil et la capacité des personnes, etc. –, il existe des domaines dans lesquels l'arbitrabilité objective est encore incertaine, tels que le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit de la propriété intellectuelle ou le droit du travail⁷⁵³. En ce qui concerne cette dernière matière, le Tribunal Supérieur de Justice et le Tribunal Supérieur du Travail se sont prononcés en faveur de l'arbitrabilité de litiges concernant le droit du travail⁷⁵⁴.

476 – En Colombie, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – rendue sous l'égide de l'ancien régime mais qui, à nos yeux, est encore d'actualité – considère que les matières exclues de l'arbitrage sont les matières non susceptibles de transaction (art. 115 al. aD-Col *a contrario*)⁷⁵⁵. Les dispositions du Code civil colombien sur le

⁷⁴⁵ Cf. VASQUEZ PALMA 2005, p. 547.

⁷⁴⁶ GARCÍA-CUELLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO, p. 484 s.

⁷⁴⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 207 s.

⁷⁴⁸ Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Orden público y arbitrabilidad*, p. 369 ss; VASQUEZ PALMA, p. 186 ss; MARÍN GONZÁLEZ/GARCÍA MIRÓN, p. 117 ss; MORENO RODRÍGUEZ, p. 711 ss; BOUTIN I. 2007, p. 28 ss; RIVERA 2008, p. 264 ss.

⁷⁴⁹ En revanche, les actions civiles en réparation du dommage causé par une infraction sont arbitrables. Cette hypothèse est expressément prévue par les lois du Honduras (art. 29 al. 1 LCA-Ho), du Salvador (art. 23 let. b LMCA-Sv) et du Venezuela (art. 3 let a LAC-Ve).

⁷⁵⁰ RIVERA 2007, p. 160 ss.

⁷⁵¹ L'adoption de ce catalogue est critiquée par la doctrine arbitrale bolivienne. En effet, elle soutient que, compte tenu des conditions de l'arbitrabilité objective de la Loi d'arbitrage bolivienne selon lesquelles sont arbitrables les litiges portant sur des matières librement disponibles et non contraires à l'ordre public (art. 3 LAC-Bo), il est superflu de dresser une liste de matières non arbitrables (cf. CHUQUIMIA ZEBALLOS, p. 157). Cette doctrine bolivienne rejoint la prise de position de JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS qui, sur ce point, estime que toute «[...] tentative dans un tel sens [l'adoption d'un tel catalogue] apporterait comme conséquence inexorable un casuisme inconvenient dans un domaine aussi dynamique que l'arbitrabilité», (traduction libre) (FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 882 et 886).

⁷⁵² Le Honduras connaît également ce type d'arbitrages (cf. art. 32 LCA-Ho).

⁷⁵³ Cf. BARRAL OLIVEIRA/SILVA MAILLART, p. 193.

⁷⁵⁴ Cf. Décision du Tribunal Supérieur de Justice, RESP n° 778154/BA de 2005; WIDDEROWITZ NETO/CARVALHO/AZEVEDO CORRÊA/MARTINS DE OLIVEIRA, p. 174 s.

⁷⁵⁵ Ainsi, la Haute Cour colombienne a jugé qu'en matière d'arbitrabilité objective « [...] la justice arbitrale ne peut opérer que lorsque les droits en conflits sont librement disponibles pour son titulaire, c'est-à-dire lorsque celui-ci peut y renoncer entièrement ou partiellement [traduction libre]» (Décision de la Cour Constitutionnelle, C-098 du 2001, du 31 janvier 2001).

contrat de transaction qualifient de non transigibles les matières qui relèvent de l'état civil des personnes et des pensions alimentaires ainsi que les décisions ayant la force de chose jugée (art. 2472 ss CC-Col). A noter que la nouvelle Loi d'arbitrage pose une limite à l'arbitrage, dans la mesure où l'art. 108 al. 2 let. a LANI-Col dispose que l'autorité judiciaire peut annuler d'office la sentence arbitrale lorsque, «selon la loi colombienne, l'objet de la controverse n'est pas susceptible d'arbitrage»⁷⁵⁶. Enfin, l'abrogation de l'art. 194 CCo-Col, qui interdisait de trancher par voie d'arbitrage les actions en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires ou de l'assemblée des associés d'une personne morale, permet désormais l'arbitrabilité de ce type de litiges⁷⁵⁷.

– En Equateur, à l'instar du régime colombien, la transigibilité des matières arbitrables est délimitée par les dispositions du Code civil équatorien relatives au contrat de transaction (art. 2438 ss CC-Eq). Ainsi, le Code civil équatorien exclut de l'arbitrage *grosso modo* les mêmes matières que le droit colombien. A noter toutefois que l'Equateur accepte l'arbitrage en matière de propriété intellectuelle, d'assurances privées, de droit sociétaire et en matière boursière⁷⁵⁸.

– Au Guatemala, il y a lieu de signaler en particulier le motif d'exclusion de l'art. 3 al. 3 let c LA-Gu, au sens duquel l'arbitrage n'est pas autorisé lorsque la loi prévoit «une procédure spéciale pour des cas déterminés»⁷⁵⁹. Entrent dans cette catégorie les réclamations concernant la fin de la copropriété et l'arbitrage en matière de bail à loyer⁷⁶⁰. Enfin, l'art. 3 al. 4 LA-Gu exclut du champ de l'arbitrage les litiges relatifs au droit du travail.

– Au Nicaragua, le législateur détermine l'arbitrabilité objective par l'énumération détaillée des matières non susceptibles d'arbitrage⁷⁶¹. Le catalogue de l'art. 23 al 2 ss LMA-Ni est de nature indicative; il exclut de l'arbitrage les questions touchant au droit de la famille – pensions alimentaires, divorces ou séparation de corps –, à la capacité civile des personnes ou au droit du travail. On notera aussi que l'art. 23 al. 1 2^e phrase LMA-Ni dispose que la loi d'arbitrage s'appliquera également à toutes les questions qui, en vertu d'autres lois, pourront être tranchées par voie d'arbitrage. Il va de soi que les conditions formelles et matérielles de validité de la convention d'arbitrage doivent être remplies. Ainsi, l'arbitrage est admis en matière d'opposition à l'inscription d'une marque au registre de la propriété intellectuelle (art. 16 Loi des marques et autres signes distinctifs, n° 380 du 14 février 2001) ou en matière de droits d'auteur (art. 129 al. 5 Loi sur les droits d'auteur et autres droits connexes, n° 312/1999).

La question de l'arbitrabilité objective du litige peut se poser (i) soit devant l'arbitre, (ii) soit devant le juge du siège de l'arbitrage et/ou (iii) devant le juge de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale⁷⁶². Dans chacune de ces hypothèses, le droit applicable pourra être différent⁷⁶³.

Ainsi, nous nous rallions au courant doctrinal qui considère que lorsque la question se pose devant l'arbitre, le droit applicable à l'arbitrabilité objective sera la loi du siège lorsque celle-ci adopte le critère de la patrimonialité⁷⁶⁴. En revanche, si le critère retenu par la loi du siège est la libre disponibilité, l'arbitre devra

⁷⁵⁶ Traduction libre.

⁷⁵⁷ MAYORCA ESCOBAR, p. 3 ss. Sur l'arbitrage sociétaire en Colombie avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi d'arbitrage, cf. ZAPATA DE ARBELÁEZ, p. 260; BENETTI SALGAR, p. 215 ss; BENETTI SALGAR, *Arbitraje y derecho de sociedades*, p. 417 ss.

⁷⁵⁸ MARCHÁN/ANDRADE CADENA, p. 328.

⁷⁵⁹ Traduction libre.

⁷⁶⁰ CASTELLANOS HOWELL 2009, p. 421.

⁷⁶¹ Comme nous l'avons vu ci-dessus, cette affirmation doit être nuancée, dans la mesure où l'art. 1 LMA-Ni se réfère aussi au critère patrimonial (cf. n° 465 ss).

⁷⁶² VERDERA SERVER, p. 97 s. A ce propos, le Tribunal fédéral suisse estime que «l'exception d'inarbitrabilité doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond» (TF 4A_654/2011 du 23 mai 2013, c. 3.2).

⁷⁶³ Cf. GONZÁLEZ DE COSSIO 2011, p. 196 ss. Cet auteur énumère six solutions envisageables développées par la doctrine internationale: (i) la *lex fori*, (ii) le droit applicable à la convention d'arbitrage, (iii) la *lex fori* et le droit applicable à la convention appliqués conjointement, (iv) une présomption en faveur de l'arbitrabilité, (v) l'ordre public international et (vi) la théorie de l'arbitrabilité *relevante*. D'autres évoquent encore la loi du lieu d'exécution de la sentence (FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 888). Cette dernière solution a été fermement rejetée par le Tribunal fédéral suisse qui considère que «le législateur ayant choisi un critère d'arbitrabilité dépendant de la nature de la cause et non du droit qui la régit, il n'y a, en principe, pas lieu de tenir compte des restrictions et prohibitions du droit étranger relatives à l'arbitrabilité de la cause» (ATF 118 II 353 c. 3c, p. 356). Dans le même arrêt, la Haute Cour suisse affirme qu'«en optant pour la réglementation matérielle de l'arbitrabilité, le législateur fédéral a choisi une solution qui n'exclut sans doute pas que des sentences rendues en Suisse ne seront pas exécutées dans tel ou tel pays. Il l'a fait cependant en toute connaissance de cause, laissant les parties seules juges du risque qu'elles encourent du fait d'une éventuelle non-reconnaissance de la sentence arbitrale» (même arrêt, c. 3d, p. 358).

⁷⁶⁴ Cf. n° 463.

appliquer la *lex causae*⁷⁶⁵. Lorsque la question de l'arbitrabilité objective se pose devant la justice étatique du lieu de l'arbitrage, le juge étatique doit appliquer son propre droit. Il appliquera par conséquent la loi d'arbitrage du siège de l'arbitrage, par exemple en cas d'exception d'arbitrage ou de recours en annulation. Enfin, lorsque la question est posée au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale, l'art. V ch. 2 let. a CNY dispose expressément que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate «*que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage*»⁷⁶⁶.

482 Enfin, en ce qui concerne l'état actuel de l'évolution de la pratique arbitrale latino-américaine en matière d'arbitrabilité objective, FERNANDO MANTILLA SERRANO considère que «*rien, dans les nouvelles lois latino-américaines, n'empêcherait l'arbitrage de questions régies par des normes dites impératives. Ainsi, les arbitres peuvent (et doivent) appliquer les dispositions du droit de la concurrence, du droit des sociétés, du droit de la propriété industrielle et intellectuelle, du droit des agents commerciaux, etc.*»⁷⁶⁷. Cette affirmation mérite d'être quelque peu clarifiée et contextualisée.

483 En effet, jusqu'à il y a peu, par exemple, l'arbitrabilité des litiges en matière de droit de la concurrence et en matière de droit de la propriété intellectuelle était mise en question, voire même niée, dans la mesure où cette matière est régie par des normes impératives. Cette conception restrictive – adoptée notamment par les législations nationales de l'Union Européenne et des Etats-Unis – s'explique par la nature mixte du point de vue des individus en présence et des intérêts en jeu. D'une part, le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence mettent en relation des personnes – physiques ou morales – généralement privées, animées par la liberté économique et le libre marché. D'autre part, les intérêts de la libre initiative des privés et les intérêts que l'Etat a dans le fonctionnement efficace du système peuvent entrer en collision. C'est pour cette raison que les Etats se réservent – chacun avec une latitude qui lui est propre – le droit de mettre sur pied des politiques publiques visant à lutter contre les méfaits des monopoles, cartels, abus de positions dominantes et autres formes de limitation de la concurrence⁷⁶⁸.

484 Cela étant, la tendance actuelle va vers l'acceptation de l'arbitrabilité objective des litiges en matière de droit de la concurrence, mais uniquement dans le cadre du respect de l'ordre public. En d'autres termes, sauf disposition légale contraire, seront arbitrables, par exemple, les effets patrimoniaux et le préjudice causé à une partie du fait de l'abus de position dominante. En revanche, les questions relatives au non-respect des règles impératives de la concurrence ne sont pas arbitrables⁷⁶⁹.

485 Dans ces domaines, le droit suisse fait figure de pionnier grâce au libéralisme qui le caractérise, car les juridictions étatiques ont reconnu en 1975 et 1976 déjà l'arbitrabilité de ces matières. Ainsi, le Tribunal cantonal vaudois a admis, sur la base de l'art. 85 du Traité de Rome⁷⁷⁰, le principe ci-avant évoqué⁷⁷¹ selon lequel il y a lieu de faire une distinction entre la nature de l'objet du litige et la nature impérative des règles mises en cause, fussent-elles étrangères. Cette jurisprudence a été confirmée quelques années plus tard par le Tribunal fédéral suisse dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale fondé sur les art. 190 al. 2 let. b LDIP et 85 TCE⁷⁷².

⁷⁶⁵ Cf. n° 462.

⁷⁶⁶ Cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 102, n° 193 a; POUURET/BESSON, p. 303 s., n° 334.

⁷⁶⁷ MANTILLA-SERRANO, p. 578. Traduction libre.

⁷⁶⁸ Cf. DESSEMONTET, p. 58 ss; GONZÁLO QUIROGA, p. 313 s.

⁷⁶⁹ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 915 ss.

⁷⁷⁰ Ajour'd'hui art. 81 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE).

⁷⁷¹ Cf. n° 484.

⁷⁷² POUURET/REYMOND/WURZBURGER, p. 71.

SECTION TROIS:**INTERNATIONALITE DE L'ARBITRAGE****Titre premier: Présentation générale**

Précédemment, nous avons affirmé que le législateur national peut, après avoir défini les critères d'internationalité de l'arbitrage, traiter l'arbitrage interne et l'arbitrage international dans des lois séparées; c'est l'approche dualiste. Il peut également décider qu'un seul et même texte législatif régira l'arbitrage domestique et l'arbitrage international; c'est le système moniste⁷⁷³. 486

Nous avons également précisé au même endroit que les distinctions entre arbitrage interne/arbitrage international et système moniste/dualiste n'ont pas d'incidences quant à la classification de ces normes dans la catégorie de sources internes de l'arbitrage. En effet, ce n'est pas la technique législative choisie qui est pertinente, mais le caractère national ou non de la norme. Il apparaît donc comme incontestable que l'on distingue arbitrage international et arbitrage domestique et que, quel que soit le système adopté (moniste ou dualiste), le corps législatif traitant de l'arbitrage appartient à la catégorie des sources internes de l'arbitrage. 487

En revanche, la question de savoir quand un arbitrage est international est beaucoup moins aisée, et pourtant «elle est au cœur de tout le régime de l'arbitrage en droit international privé, et de toutes les ambiguïtés et controverses méthodologiques qu'il a suscitées»⁷⁷⁴. Il en découle que la réponse à cette interrogation dépendra des critères de rattachement qu'un arbitrage possède avec un ordre juridique donné. 488

L'internationalité de la convention d'arbitrage se détermine, en droit comparé, à l'aide de trois critères: le critère matériel fondé sur la nature de la controverse (titre deux), le critère formel fondé sur la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle des parties (titre trois) et l'association des deux premiers critères (titre quatre). 489

Titre deux: Internationalité fondée sur la nature de la controverse

Selon ce critère, l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. Tel est notamment le cas lorsqu'une opération comporte des transferts de biens, de services ou de capitaux à travers les frontières. Il s'agit d'un critère purement objectif dont le fondement est la nature de la controverse. Il a été développé par la jurisprudence française au début du 20^e siècle et a finalement été codifié à l'art. 1492 NCPC en 1981⁷⁷⁵. Ce critère ne tient pas compte d'autres éléments permettant de déterminer l'internationalité de l'arbitrage, comme la nationalité des parties, le lieu de conclusion ou encore la loi applicable au fond du litige. 490

Il en ressort que ce critère qualifie également d'international l'arbitrage découlant d'un contrat entre deux compagnies domiciliées dans le même pays, mais dont l'exécution implique une activité ou des transferts à l'étranger⁷⁷⁶. *A contrario*, l'arbitrage entre deux sociétés étrangères se déroulant sur le territoire d'un Etat donné et portant sur une opération économique exécutée dans leur pays commun est un arbitrage domestique⁷⁷⁷. 491

Parmi les pays latino-américains à avoir été influencés par la législation française se trouvent la Colombie⁷⁷⁸, l'Equateur et le Panama. Ainsi, l'art. 62 al. 4 let c LANI-Col spécifie que l'arbitrage est international lorsque la controverse affecte les intérêts du commerce international. En Equateur, tel est le cas lorsque l'objet du litige se réfère à une opération relative au commerce international (art. 41 let. c LAM-Eq). Enfin, au Panama, un arbitrage est international lorsqu'il a pour objet des prestations de services, le transfert ou la disposition des biens ou le transfert des capitaux produisant des effets transfrontaliers ou extraterritoriaux (art. 2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa). 492

⁷⁷³ Cf. n° 68 ss. Notons cependant ici que le Brésil et le Venezuela ne distinguent pas les notions d'arbitrage interne et d'arbitrage international.

⁷⁷⁴ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 47, n° 78.

⁷⁷⁵ Cf. actuellement art. 1504 NCPC.

⁷⁷⁶ TALERO RUEDA, p. 34.

⁷⁷⁷ POUURET/BESSON, p. 32 s., n° 32.

⁷⁷⁸ Pour des observations générales sur la détermination de l'internationalité de la convention d'arbitrage sous l'ancien et le nouveau régime colombien d'arbitrage, cf. SILVA ROMERO 2005, *contrato de arbitraje internacional*, p. 41 ss; SILVA ROMERO 2013, p. 345 ss.

493 Il est toutefois intéressant de remarquer que, malgré la clarté des textes cités ci-dessus, la Colombie, l'Équateur et le Panama ne sauraient être classés exclusivement dans cette catégorie. L'internationalité de l'arbitrage dans ces pays, tout comme dans les autres pays de la région, ne se détermine pas exclusivement à l'aide de ce critère, mais se définit également par rapport à la réalisation de certains critères matériels (objectifs) et formels (subjectifs) envisagés de manière alternative et/ou cumulative.

Titre trois: Internationalité fondée sur le domicile ou la résidence habituelle

494 L'internationalité du litige ne repose pas ici sur un caractère matériel, mais sur un critère purement formel de nature géographique, qui suppose le rattachement de l'arbitrage international à un ordre juridique étatique parmi ceux entrant en considération, si bien que l'internationalité ne dépend pas de l'acception économique de la nature de l'objet du litige⁷⁷⁹. Il s'agit d'un critère beaucoup plus restrictif fondé sur des éléments subjectifs.

495 Ce critère est codifié par le droit conventionnel à l'art. I al. 1 let. a de la Convention européenne de 1961, qui dispose que la Convention s'applique aux «*conventions d'arbitrage conclues, [...], entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents*». Le droit suisse adopte une formulation similaire à l'art. 176 al. 1 LDIP au sens duquel «*les dispositions du présent chapitre [chapitre 12 de la LDIP] s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse*»⁷⁸⁰.

496 La seule divergence entre ces deux textes est le fait que la disposition suisse n'envisage que les personnes physiques, raison pour laquelle il n'est fait aucune mention des critères de rattachement comme le «siège», l'«établissement» ou la «succursale»⁷⁸¹. À l'égard des personnes morales, il faut se référer à l'art. 21 LDIP selon lequel, pour les sociétés, le siège vaut domicile et est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société ou, à défaut, au lieu où la société est administrée de fait. En outre, le régime suisse de l'arbitrage international consacre un deuxième degré d'extranéité. En effet, à l'art. 192 al. 1 LDIP – relatif à la renonciation au recours –, il est fait mention de la possibilité d'exclure, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par un accord ultérieur, tout recours contre les sentences du tribunal arbitral, à la condition qu'aucune des parties n'ait son domicile, sa résidence habituelle ou son «établissement» en Suisse⁷⁸².

497 Le caractère international de l'arbitrage dépend encore du moment à partir duquel le domicile des parties peut être déterminé. L'art. 176 al. 1 LDIP fixe ce moment à l'époque de la conclusion de la convention d'arbitrage. Tout changement ultérieur de domicile n'affecte pas l'internationalité de l'arbitrage. Ainsi, par exemple, si une partie brésilienne domiciliée au Brésil et une partie suisse domiciliée en Suisse concluent un contrat contenant une convention d'arbitrage, l'arbitrage sera qualifié d'international même si, dans l'intervalle, la partie brésilienne a transféré son domicile en Suisse. En revanche, si deux sociétés domiciliées en Suisse passent un contrat renvoyant à l'arbitrage et que l'une d'elles s'établit par la suite dans un pays étranger, l'arbitrage ne sera pas international et sera soumis aux règles relatives à l'arbitrage interne (art. 353 ss CPC)⁷⁸³.

498 Enfin, quant à la question de savoir si l'art. 176 al. 1 LDIP s'applique exclusivement à l'endroit des parties à la convention d'arbitrage ou à l'endroit des parties à l'arbitrage⁷⁸⁴, le Tribunal fédéral suisse a jugé que l'arbitrage était international lorsque les «parties à l'arbitrage» avaient leur domicile à l'étranger au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage⁷⁸⁵. Cette décision est critiquée par la doctrine, dans la mesure où le Tribunal fédéral

⁷⁷⁹ TF 4P.115/2003 du 16 octobre 2003, c. 2.1.

⁷⁸⁰ L'application du chapitre 12 LDIP est, en outre, subordonnée à l'absence de déclaration expresse, dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, tendant à l'exclusion de l'application de la LDIP au profit du CPC (cf. n° 70, *clause opting-out*).

⁷⁸¹ POUURET 2008, p. 33.

⁷⁸² Il en découle qu'un simple établissement en Suisse ne crée pas de domicile interne pour une personne morale étrangère. Ainsi, l'arbitrage opposant une société ayant son siège en Suisse à une société étrangère ayant un établissement en Suisse doit être qualifié d'international (LALIVE/POURET/REYMOND, p. 293 s., n° 3 et p. 448, n° 2; POUURET/BESSON, p. 34 s., n° 35; cf. ATF 118 II 508 c. 1, JdT 1994 I 47).

⁷⁸³ Arrêt du 27 octobre 1995, Bull. ASA 1996, p. 277, RSDIE 1997, p. 603. Cf. n° 70, *clause opting-in* qui permet aux parties de rendre inapplicables, par convention, les dispositions sur l'arbitrage interne du CPC au bénéfice du chapitre 12 LDIP.

⁷⁸⁴ Il ne s'agit pas là d'une simple tournure sémantique car, selon les circonstances, les parties à la convention d'arbitrage ne sont pas les mêmes que les parties à l'arbitrage (cf. l'extension de la convention d'arbitrage, n° 425 ss).

⁷⁸⁵ TF 4P.54/2002 du 24 juin 2002, c. 3, in: Bull. ASA 2003, p. 131; GIRSBERGER/VOSER, p. 42, n° 178; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 56, n° 131.

s'est fondé uniquement sur le texte français de l'art. 176 al. 1 LDIP⁷⁸⁶. Toutefois, les versions allemande⁷⁸⁷ et italienne⁷⁸⁸ de cette disposition ne font aucune référence au terme «arbitrage», de sorte que les «parties» doivent nécessairement se rattacher à la convention d'arbitrage, et non à l'arbitrage⁷⁸⁹.

Titre quatre: Internationalité fondée sur l'association des deux critères

L'absence d'un critère international et homogène pour la détermination de l'internationalité de l'arbitrage peut conduire, par exemple, à ce qu'un Etat considère un arbitrage comme national, car il adopte exclusivement le critère formel (p.ex. la Suisse), alors qu'un autre pays – celui de l'exequatur – le considère comme international, dans la mesure où l'objet de l'arbitrage affecte le commerce international (p. ex. l'Equateur)⁷⁹⁰. C'est par exemple le cas dans un litige opposant une société équatorienne d'import-export domiciliée en Suisse et une société suisse – domiciliée en Suisse – au sujet d'un contrat contenant une convention d'arbitrage et portant sur l'achat de marchandises devant être exportées en Equateur. En Suisse, la procédure arbitrale relève des dispositions sur l'arbitrage interne, conformément à l'art. 176 al. 1 LDIP, compte tenu du domicile des parties en Suisse. En revanche, en Equateur, la procédure arbitrale tombe dans le champ d'application des dispositions en matière d'arbitrage international, car l'objet de l'arbitrage met en jeu des intérêts du commerce international (art. 41 let. c LAM-Eq).

Cette dichotomie conceptuelle affecte de manière évidente la sécurité juridique de l'arbitrage à l'égard de son caractère international ou non⁷⁹¹, c'est pourquoi l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage commercial international⁷⁹², la Convention européenne de 1961⁷⁹³ ou encore la Loi-type CNUDCI préfèrent une approche croisée qui combine le critère matériel et le critère formel exposés ci-avant.

L'art. 1 al. 3 Loi-type CNUDCI exprime ces deux critères dans les termes suivants:

«Un arbitrage est international si :

a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;

c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays».

⁷⁸⁶ Cette disposition est libellée comme suit: «les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse». Mise en évidence ajoutée.

⁷⁸⁷ En allemand, l'art. 176 al. 1 LDIP a la teneur suivante: «die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte». Mise en évidence ajoutée.

⁷⁸⁸ La version italienne de l'art. 176 al. 1 LDIP dispose que «le disposizioni del presente capitolo si applicano ai tribunali arbitrali con sede in Svizzera sempreché, al momento della stipulazione del patto di arbitrato, almeno una parte non fosse domiciliata né dimorasse abitualmente in Svizzera». Mise en évidence ajoutée.

⁷⁸⁹ Pour un commentaire critique de cette jurisprudence, cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI 2002.

⁷⁹⁰ Cf. REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 78, n° 129.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 77, n° 129; TALERU RUEDA, p. 39.

⁷⁹² Cf. n° 156 ss qui exposent de manière détaillée les critères adoptés par l'Accord du Mercosur.

⁷⁹³ L'art. I ch. 1 let. a Convention européenne dispose qu'elle s'applique aux «conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement des litiges nés ou à naître d'opérations du commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents».

- 508 Une grande majorité des pays latino-américains a décidé d'adopter le critère mixte pour déterminer l'internationalité de l'arbitrage. Ce choix s'explique avant tout par l'influence que la Loi-type CNUDCI a exercée sur les législations nationales⁷⁹⁴. Ainsi, un arbitrage est notamment qualifié d'international dans les hypothèses suivantes:
- 509 – Lorsqu'au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties ont leur domicile, résidence habituelle ou établissement dans des États différents. Ce point de rattachement est partagé par la Bolivie (art. 71 al. I ch. 2 LAC-Bo), le Chili (art. 1 al. 3 let. a LAC-Cl), la Colombie (art. 62 al. 4 let. a LANI-Col), le Costa Rica (art. 1 al. 3 let. a LA-Cr), Cuba (art. 10 D-Cub, 1^e hypothèse), l'Equateur (art. 41 let. a LAM-Eq), le Guatemala (art. 2 let. a LA-Gu) le Honduras (art. 86 al. 1 LCA-Ho), le Mexique (art. 1416 al. III ch. a CCo-Mx), Le Salvador (art. 3 let. h ch. 1 LMCA-Sv), le Nicaragua (art. 22 al 1 LMA-Ni), le Panama (art. 2 al. 1 ch. 1 LACNI-Pa), le Paraguay (art. 3 let. c ch. 1 LAM-Py), le Pérou (art. 5 al. 1 let. a LA-Pe) et la République Dominicaine (art. 1 al. 2 let. a LAC-Rép.Do).
- 510 – Lorsque les lois d'arbitrage retiennent un critère objectif ayant trait à la nature du litige. Ainsi, un arbitrage est international si la controverse affecte directement les intérêts du commerce international au sens de l'art. 1504 NCP (ancien art. 1492). Comme mentionné ci-dessus, la Colombie (art. 62 al. 4 let. c LANI-Col), l'Equateur (art. 41 let. c LAM-Eq) et le Panama (art. 2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa) optent pour ce critère⁷⁹⁵. Dans cette même logique, certains pays reprennent également ce point de rattachement, mais en lieu et place de la formule proposée par le droit français, ils ont privilégié une rédaction semblable à celle de l'art. 1 al. 3 let. b ch. ii de la Loi-type CNUDCI, selon lequel un arbitrage est qualifié d'international lorsqu'«une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale» doit être exécutée en dehors de l'Etat dans lequel les parties ont leur domicile ou établissement, ou lorsque «le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit» se situe dans un tel Etat⁷⁹⁶.
- 511 – Enfin, lorsque les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays⁷⁹⁷. C'est par exemple le cas en Bolivie (art. 71 al. I ch. 3 LAC-Bo), au Chili (art. 1 al. 3 let. c LAC-Cl), au Costa Rica (art. 1 al. 3 let. c LA-Cr), en Equateur (art. 41 i.i. LAM-Eq), au Guatemala (art. 2 let. c LA-Gu), au Nicaragua (art. 22 al 4 LMA-Ni) et au Panama (2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa).
- 512 Dans un souci d'exhaustivité, nous nous attarderons tout d'abord sur les cas atypiques de l'Argentine et de l'Uruguay, avant d'aborder la question de l'internationalité de l'arbitrage dans les régimes juridiques du Brésil et du Venezuela.
- 513 Comme signalé ci-avant, ni l'Argentine ni l'Uruguay ne disposent de législation nationale en matière d'arbitrage international⁷⁹⁸. En Argentine, la matière est régie par les codes de procédure provinciaux et par le CPCCN. L'Uruguay, quant à lui, s'en remet principalement aux conventions et traités internationaux auxquels il a souscrit; néanmoins, le chapitre IV du CGP-Uy s'applique par analogie à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Remarquons que ces deux nations sont parties à l'Accord du Mercosur qui règle la question de l'internationalité de l'arbitrage à son art. 3. Dès lors, pour les rapports contractuels tombant dans le champ d'application *ratione loci* de l'Accord, les critères d'extranéité sont fixés par celui-ci⁷⁹⁹. Dans le contexte latino-américain, il convient de rappeler que les pays du Mercosur, ainsi que le Chili et la Bolivie, ont conclu un Accord sur l'arbitrage commercial international, Accord qui reprend de manière générale l'intégralité de la réglementation prévue à l'Accord du Mercosur⁸⁰⁰. Il entrera en vigueur dès sa ratification par la totalité des pays parties; seuls la Bolivie et le Chili sont en attente de ratification⁸⁰¹.

⁷⁹⁴ CONEJERO ROOS 2009, p. 69.

⁷⁹⁵ Cf. n° 492 s.

⁷⁹⁶ Cf. La Bolivie (art. 71 al. I ch. 2 LAC-Bo), le Chili (art. 1 al. 3 let. b ch. ii LAC-Cl), la Colombie (art. 62 al. 4 let. b LANI-Col), le Costa Rica (art. 1 al. 3 let. b ch. ii LA-Cr), Cuba (art. 10 D-Cub i.f.), l'Equateur (art. 41 let. b LAM-Eq), le Guatemala (art. 2 let. b ch. ii LA-Gu) le Honduras (art. 86 al. 1 LCA-Ho), le Mexique (art. 1416 al. III ch. b CCo-Mx), Le Salvador (art. 3 let. h ch. 2 b LMCA-Sv), le Nicaragua (art. 22 al 2 LMA-Ni), le Panama (2 al. 1 ch. 2 LACNI-Pa), le Paraguay (art. 3 let. c ch. 2 LAM-Py), le Pérou (art. 5 al. 1 let. c LA-Pe) et la République Dominicaine (art. 1 al. 2 let. c LAC-Rép.Do).

⁷⁹⁷ Avec la nouvelle Loi d'arbitrage, le législateur colombien a décidé d'éliminer l'art. 196 al. 4 aD-Col qui transposait ce critère en droit colombien (cf. SILVA ROMERO 2013, p. 350 s.).

⁷⁹⁸ Cf. n° 66 s.

⁷⁹⁹ Cf. n° 156 ss.

⁸⁰⁰ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 205; PALLARÉS/ALBORNOZ, p. 95.

⁸⁰¹ Cet Accord a été ratifié par l'Argentine (Loi n° 25.223 de 2000), le Brésil (D-lég n° 483 de 2003), le Paraguay (Loi n° 3497 de 2008) et l'Uruguay (Loi n° 17751 de 2004). Le Venezuela, en tant que nouveau membre du Mercosur, est également en demeure de sa ratification.

En revanche, dans les autres situations, l'internationalité de l'arbitrage est déterminée, en Argentine, par l'interprétation de l'art. 1 CPCCN, à la lumière de l'approche croisée posée par l'art. 3 de l'Accord du Mercosur⁸⁰². En Uruguay, on résout ce type de questions par l'application directe du droit conventionnel international en général et de l'Accord du Mercosur en particulier. Par ailleurs, l'art. 25 al 3 de l'Accord du Mercosur précise qu'«*en ce qui concerne les situations non prévues par les parties, par l'Accord de Buenos Aires, par les règles de procédure de la CIAC ou par les conventions et les normes auxquelles se réfère le présent Accord [...]»*, les règles et principes de la Loi-type de 1985 seront applicables⁸⁰³. Subsidiairement, dans ce pays, les hypothèses non abordées par le droit conventionnel, auquel l'Uruguay a souscrit, sont comblées par les dispositions internationales analogues et par les thèses suivies par la doctrine la plus avisée⁸⁰⁴.

514

Au Brésil, l'internationalité de l'arbitrage se détermine en fonction du lieu où la sentence arbitrale est prononcée⁸⁰⁵. Ainsi, au sens de l'art. 34 LA-Br, un arbitrage est international lorsque la sentence est prononcée à l'étranger. Cette disposition s'inspire de l'art. I ch. 1 CNY selon lequel «*[l]a présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées [...]»*. A noter que la doctrine arbitrale brésilienne est d'avis qu'un arbitrage est international lorsque la sentence arbitrale a été rendue à l'étranger, et ce même à l'égard d'un contrat conclu au Brésil entre parties brésiliennes et dont l'exécution doit se faire sur le territoire brésilien⁸⁰⁶.

515

Au Venezuela, la Loi d'arbitrage commercial ne définit pas les notions d'arbitrage interne et d'arbitrage international. Dans le but de combler cette lacune, une partie de la doctrine vénézuélienne prescrit, au moment de la détermination de l'internationalité d'un litige, l'utilisation des critères contenus dans la Loi-type CNUDCI⁸⁰⁷. Enfin, une autre partie de la doctrine considère que, dans la mesure où le Venezuela est partie à la Convention de New York (art. I ch. 1 CNY) et à la Convention de Montevideo (art. 1 CMon), l'arbitrage est international lorsque la sentence arbitrale est rendue sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution de la sentence est demandée⁸⁰⁸.

516

Il nous paraît dès lors approprié de remarquer, en guise de conclusion, qu'il existe en Amérique latine une nette préférence pour une conception large de l'arbitrage international, fondée tant sur des éléments objectifs que subjectifs. Il est également important de souligner que sur ce point, les régimes latino-américains sont moins rigides que le droit suisse, qui adopte une approche exclusivement subjective.

517

⁸⁰² RIVERA 2007, p. 33. L'art. 1 CPCCN en question dispose que les parties détiennent la faculté de renoncer à la compétence de la juridiction nationale en faveur de juges étrangers ou d'arbitres agissant hors du pays, à l'exception des cas où les tribunaux argentins ont la compétence exclusive ou lorsque la renonciation à la justice étatique est interdite.

⁸⁰³ Traduction libre. Cf. GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 691 s;

⁸⁰⁴ ARRIGHI, p. 242.

⁸⁰⁵ Cf. Décision du Tribunal Supérieur de Justice, 3^e Chambre, *Nuovo Pignone SpA v. Petromec Inc.*, du 24 mai 2011; BOSCO LEE/WENDPAP, p. 973 ss.

⁸⁰⁶ WIDDEROWITZ NETO/CARVALHO/AZEVEDO CORRÊA/MARTINS DE OLIVEIRA, p. 172.

⁸⁰⁷ ANNICHARICO/CERVIÑO, p. 241.

⁸⁰⁸ ARAQUE BENZO/ALMÁNDOZ MONTEROLA/ALMÁNDOZ MONTEROLA, p. 726.

SECTION QUATRE:

SEPARABILITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE ET PRINCIPE DE *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Titre premier: Présentation générale

518 La convention d'arbitrage présente entre autres spécificités la particularité d'être un *contrat sui generis*⁸⁰⁹. Selon la doctrine, ceci est la conséquence de l'avènement de l'autosuffisance de la convention d'arbitrage et du principe de l'autonomie ou de la séparabilité⁸¹⁰. Nous sommes d'avis que cette affirmation est aussi valable en ce qui concerne le principe de *Kompetenz-Kompetenz*. Dans cette section, nous nous concentrerons sur ces deux derniers principes catalogués par la doctrine comme les piliers «d'une bonne législation arbitrale»⁸¹¹. Le principe de l'autonomie ou de la séparabilité et celui de *Kompetenz-Kompetenz* sont généralement étudiés de manière conjointe. Cette approche facilite leur compréhension tout comme leur différenciation, puisqu'ils sont régulièrement confondus. Les fréquentes amalgames des deux principes s'expliquent, d'une part, par le fait que les deux poursuivent le même objectif, à savoir l'efficacité maximale de la procédure arbitrale et, d'autre part, par le lien étroit qu'ils ont avec le pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

519 Au titre deux de cette section, nous analyserons le concept d'autonomie ou de séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de base. L'analyse de ce principe présuppose nécessairement une délimitation académique du concept juridique. Nous tenterons de répondre à d'intéressantes interrogations théoriques et pratiques, comme par exemple: la convention d'arbitrage est-elle en tout moment réellement autonome du contrat de base ou, dans certaines circonstances, est-elle un accessoire du contrat principal? Les termes «autonomie» et «séparabilité» peuvent-ils être utilisés indistinctement? Ou, encore, les termes «autonomie» et «séparabilité» peuvent-ils désigner, sans aucune distinction, la différence conceptuelle qui existe entre «autonomie ou séparabilité matérielle» et «autonomie ou séparabilité juridique»? Dans ce titre, il sera aussi question de l'heureuse influence que la Loi-type CNUDCI a eue dans la consécration de ce principe, dans la mesure où dix-sept pays sur les vingt analysés ici s'inspirent de l'art. 16 al. 1 de cette loi. Malgré cela, nous verrons que, dans la pratique jurisprudentielle bolivienne, chilienne et vénézuélienne, l'efficacité du principe de l'autonomie ou de la séparabilité connaît certains obstacles.

520 Au titre trois, nous nous concentrerons sur l'étude de l'effet positif et de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*. Nous verrons que l'effet positif s'adresse à l'arbitre, tandis que le destinataire de l'effet négatif est le juge étatique. Nous y consacrerons un bref commentaire sur les inquiétantes jurisprudences mexicaine, argentine et vénézuélienne relatives à l'effet positif de la compétence-compétence. Il sera également question de la récente modification législative du Code de commerce du Mexique, qui adopte le nouveau chapitre X sur l'intervention judiciaire en matière de transaction commerciale et d'arbitrage, et qui met fin aux controverses suscitées par les décisions que les tribunaux de ce pays ont jusqu'alors prononcées dans ce domaine. Nous nous attarderons aussi sur la récente Décision de la Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul, n° 70053338695, *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE v. Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe*, du 12 juin 2013, dans laquelle les juges brésiliens ont considéré que la compétence pour examiner l'existence et la validité de la convention d'arbitrage échoyait aux tribunaux étatiques, en cas de nullité *prima facie*.

521 En ce qui concerne l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, sa réception législative est moins palpable dans le panorama arbitral latino-américain. Toutefois, à cet égard, trois catégories de pays se distinguent: (i) ceux qui optent pour une acceptation complète du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, (ii) ceux qui optent pour une réception incomplète de l'effet négatif de ce principe et (iii) ceux qui le reconnaissent totalement ou partiellement par voie jurisprudentielle. Enfin, nous nous référerons également à la plus récente jurisprudence brésilienne qui expose habilement le fonctionnement de l'effet négatif de la compétence de la compétence.

⁸⁰⁹ Cf. n° 291; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1123 s., n° 2444.

⁸¹⁰ CAIVANO ROQUE 2008, p. 372.

⁸¹¹ MANTILLA-SERRANO 2013, p. 392 ss.

Titre deux: Autonomie ou séparabilité de la convention d'arbitrage

Le principe de l'autonomie, dit aussi de la séparabilité, est celui en vertu duquel la convention d'arbitrage est considérée comme un contrat indépendant et différent du contrat de base. Il s'ensuit premièrement que la convention d'arbitrage ne suit pas nécessairement le sort juridiquement réservé au contrat de base⁸¹². Ainsi, la nullité, l'annulabilité, l'inefficacité, la résolution, la résiliation ou la novation du contrat de base n'entraînent pas *ipso iure* les mêmes effets sur la convention d'arbitrage. Deuxièmement, ce principe implique que la convention d'arbitrage peut être régie par un droit différent de celui qui gouverne le contrat de base⁸¹³. Enfin, ce principe investit le tribunal arbitral de la compétence de trancher la question de la nullité du contrat de base⁸¹⁴, contrairement au principe de *Kompetenz-Kompetenz* qui habilite le tribunal arbitral à se prononcer «[...] sur toute question touchant à sa compétence ou, en d'autres termes, à l'efficacité de la validité de la convention d'arbitrage»⁸¹⁵.

Il n'existe pas de consensus quant au terme qui doit désigner ce principe, la doctrine et la jurisprudence utilisant tantôt le terme «autonomie», tantôt le terme «séparabilité». Si ces deux dénominations décrivent – à tort – une même réalité juridique – *le principe* –, il est incontestable qu'elles n'ont, étymologiquement parlant, pas le même sens. Le terme «autonomie» nous vient des mots grecs *autos* qui veut dire *soi-même* et *nomos* qui signifie *loi* ou *règle*. Ainsi, ce terme désigne le droit de se gouverner par ses propres règles⁸¹⁶, alors que le terme «séparabilité» vient du latin «*separabilitas*» qui signifie «capacité d'interposer une distance entre deux choses». Le choix du mot «autonomie» nous paraît inapproprié, car il laisse croire – à tort – que la convention d'arbitrage est en tout temps indépendante du contrat de base. Cette affirmation doit toutefois être nuancée, dans la mesure où, par exemple, la cession du contrat de base entraîne celle de la convention d'arbitrage⁸¹⁷. De ce fait, nous préférons l'emploi du terme «séparabilité» qui appréhende mieux la nature de ce principe, et qui assure, dans certaines circonstances, l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de base, garantissant de la sorte son efficacité⁸¹⁸.

⁸¹² Bien que nous soutenions que la convention d'arbitrage est un contrat principal à l'égard du contrat de base et qu'il jouit d'une existence propre (cf. n° 287), il y a des situations dans lesquelles la convention d'arbitrage suit, par transfert ou transmission d'accessoire, le sort juridique du contrat de base. C'est le cas de la cession de la créance, de la reprise – simple ou cumulative – de dette, de la succession universelle, de la subrogation légale, ou encore du transfert d'une relation contractuelle (cf. n. 427; ATF 129 III 727 c. 5.3.1, p. 735; ATF 120 II 155 c. 3b/bb p. 163), sauf dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage a été conclue *intuitu personae* (cf. n. 427 et n. 668). La question de savoir comment expliquer la coexistence du principe de la séparabilité – indispensable à l'efficacité de l'arbitrage – et du caractère d'accessoire que la convention d'arbitrage revêt également se pose alors. En effet, tant la doctrine suisse que française sont d'avis que «la reprise de dette externe entraîne le transfert des droits accessoires, au sens de l'art. 178 al. 1 CO, du débiteur au reprenant. La convention d'arbitrage constitue un tel accessoire», ou que «[...] la clause compromissoire, en tant qu'accessoire de la dette reprise et, comme tel, indissociable de celle-ci, passe au reprenant, sauf stipulation contraire [...]», ou encore que «la clause compromissoire, en tant que clause accessoire de nature procédurale, est transférée au cessionnaire ou au reprenant, sauf convention contraire» et, enfin que «son caractère accessoire indissociable, en sa qualité de clause contractuelle, des obligations de fond du contrat explique que la clause compromissoire ait la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat et qu'elle ne puisse être séparée des autres dispositions qui régissent la créance litigieuse en cas de cession de celle-ci [...]» (ATF 134 III 565 c. 3.2, p. 568 ss; ATF 128 III 50 c. 2a/bb, p. 56; Cour d'Appel de Paris, 1^e Ch. G, *Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation*, 10 septembre 2003, in: Rev. arb., 2004, n° 3, p. 623 ss [625]). Comment justifier, alors, l'application de deux principes antagonistes? S'agit-il d'une incohérence apparente? Il apparaît nécessaire de préciser que la fonction de l'accessoire est de se mettre au service du principal, raison pour laquelle l'accessoire a vocation à suivre le sort juridique réservé au principal. GILLES GOUBEUX affirme à ce sujet que «le principal poursuit son propre but, qui ne le rapproche pas spécialement de telle ou telle autre chose. Au contraire, la destination assignée à l'accessoire le conduit à se joindre au principal» (GOUBEUX, p. 36). Ce faisant, la convention d'arbitrage, mise au service du contrat de base, assure la résolution d'un éventuel litige par le biais de la justice arbitrale. Autrement dit, la fonction de la convention d'arbitrage est de veiller à la concrétisation de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage en cas de litige. C'est dans l'accomplissement de ce but que la séparabilité prend tout son sens. En effet, elle assure l'efficacité de la convention d'arbitrage. Ainsi, la séparabilité de la convention d'arbitrage doit être admise lorsque sont existance, sa validité ou sa force obligatoire sont contestés (Cour d'Appel de Paris, 1^e Ch. G, *Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation*, 10 septembre 2003, in: Rev. arb., 2004, n° 3, p. 623 ss [625]). Le Tribunal fédéral suisse résume ce paradoxe en affirmant que «le fait qu'en raison de sa fonction la clause compromissoire soit séparable du contrat principal n'implique pas pour autant qu'elle en soit nécessairement indépendante» (ATF 128 III 50 c. 2a/bb, p. 55). Ainsi, il n'y a pas de contradiction dans la coexistence des deux concepts. Au contraire, la séparabilité de la convention d'arbitrage et sa transmissibilité par voie accessoire assurent toutes les deux, sans s'exclure, l'efficacité de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. En ce sens, LAURENT AYNES affirme que «[...] "séparable" et "accessoire", loin de s'opposer, se complètent; bien plus, c'est parce qu'elle est séparable du rapport d'obligation que la clause compromissoire peut en être l'accessoire» (AYNES, p. 626). Cf. CAIVANO ROQUE 2012, p. 3 ss; CAIVANO ROQUE 2008, p. 255 ss; SILVA ROMERO 2005, *Transmisión*, p. 755 ss.

⁸¹³ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 225 s., n° 410; SANTOS BELANDRO 2010, p. 90; MANTILLA-SERRANO 2013, p. 392 ss.

⁸¹⁴ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 75, n° 148; FRUTOS-PETERSON, p. 266.

⁸¹⁵ DIMOLITSA, p. 320.

⁸¹⁶ AGUILAR 2011, p. 46.

⁸¹⁷ Cf. n. 812; FERNÁNDEZ ROZAS, *El convenio arbitral*, p. 715; MAYER, p. 359 ss.

⁸¹⁸ Nous sommes d'avis que le terme «autonomie» doit être employé pour désigner l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage, alors que le terme «séparabilité» doit désigner son autonomie matérielle. En effet, la notion d'autonomie juridique englobe l'autonomie totale de la convention d'arbitrage, eu égard à n'importe quel droit national susceptible d'être appliqué. Ainsi, la validité de la convention d'arbitrage n'est subordonnée qu'à la volonté des parties. Parmi les pays à avoir intégré ce concept dans leur régime arbitral, se trouvent, en premier lieu, la France, suivie de la Suisse (art. 178 al. 2 LDIP), de l'Espagne (art. 9 al. 6 LA-Es) et du Pérou (art. 13 al. 7 LA-Pe). La distinction entre la séparabilité de la convention d'arbitrage et l'autonomie de celle-ci par rapport à toute loi étatique a été développée par la jurisprudence *Dalico* de la Cour de cassation française

A noter qu'une partie de la doctrine préfère parler d'autonomie «matérielle» et d'autonomie «juridique», choix auquel – tout comme MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART – nous n'adhérons pas pour les raisons exposées ci-avant⁸¹⁹.

524 Le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage est étroitement lié au principe de *Kompetenz-Kompetenz*, en vertu duquel le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur sa propre compétence⁸²⁰. Par ailleurs, l'art. 16 al. 1 Loi-type CNUDCI, dans ses versions de 1985 et de 2006, reconnaît l'articulation qui existe entre ces deux principes. Au sens de cette disposition, «*le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire*». Sur ce point, la doctrine affirme que le principe de *Kompetenz-Kompetenz* est l'instrument procédural du principe de la séparabilité ou que le principe de la séparabilité est l'instrument technique qui rend possible le principe de *Kompetenz-Kompetenz*⁸²¹.

525 Le principe de séparabilité de la convention d'arbitrage, dont l'origine est jurisprudentielle⁸²², est désormais considéré comme une véritable règle transnationale du droit de l'arbitrage commercial international⁸²³, et ce en dépit du fait que hormis la Convention européenne de 1961⁸²⁴ et l'Accord du Mercosur⁸²⁵, il n'est pas contenu dans les Conventions de New York, de Washington, de Genève ou encore dans celle de Panama. En effet, l'art. V ch. 1 let. a CNY se limite à instaurer une règle de conflit alternative, consacrant une différence de rattachement entre la convention d'arbitrage et le contrat de base⁸²⁶. Certains auteurs déduisent de cette disposition que la Convention de New York est implicitement favorable au principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage⁸²⁷; d'autres – dont nous sommes – ne partagent pas cet avis et considèrent que la Convention de New York a laissé à chacun des droits susceptibles de trouver application le soin de régler ces questions⁸²⁸. L'art. 41 al. 1 CWa et l'art. V al. 3 de la Convention de Genève se contentent de faire allusion à la compétence de l'arbitre pour

en 1993 (Cass civ., 1^e section, *Comité populaire de la municipalité de Khoms vs. Société Dalico Contractors*, du 20 décembre 1993, in: Rev. arb., 1994, n° 1, p. 116 s.). La Cour a posé ce principe en affirmant «*qu'en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*». Cette jurisprudence a été précédée par deux arrêts qui ont contribué à poser le concept, à savoir l'arrêt *Hecht* et l'arrêt *Gatoil*. Dans le premier, la Cour de cassation a considéré «*qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie*» et que, de ce fait, la convention d'arbitrage pouvait être interprétée de manière autonome sans lien avec une loi étatique (Cass civ., 1^e section, *Hecht vs. Buismans*, du 4 juillet 1972). Dans le deuxième, la Cour de cassation a jugé que la validité de la convention d'arbitrage devait être analysée sans se référer à une quelconque loi étatique désignée par une règle de conflits (Cass civ., 1^e section, *Société Gatoil vs. National Iranian Oil Company*, du 17 décembre 1993, in: Rev. arb., 1994, p. 281 ss). Cf. KASSIS, p. 1 ss; MANTILLA-SERRANO 2013, p. 396 ss; CAIVANO ROQUE 2008, p. 207 ss.

⁸¹⁹ LLOPIS-LLOMBART 2009, p. 143. Cf. n. 818.

⁸²⁰ Cf. n° 531 ss.

⁸²¹ LLOPIS-LLOMBART 2009, p. 144; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 91, n° 164 et p. 236, n° 421. Malgré le lien incontestable qui existe entre les deux principes, il convient de signaler qu'il s'agit de deux principes distincts qui ont certes un but commun – l'efficacité maximale de la procédure arbitrale – mais une nature juridique différente. En effet, le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage «*serait une question de fond, tandis que la compétence-compétence serait une question de procédure*» (DIMOLITSA, p. 307). Les fréquentes confusions entre les deux principes s'expliquent par le fait qu'elles sont en rapport direct avec le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Il faut donc réprouver des affirmations comme celle qui considère que «*cette règle de procédure [le principe de compétence-compétence] est une extension du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage*» (traduction libre; GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 702). Cette amalgame résulte aussi de la juxtaposition des deux règles dans une même disposition; c'est, par exemple le cas de l'art. 16 Loi-type CNUDCI et de tous ceux qui l'ont fidèlement calqué (cf. n° 534).

⁸²² Voir notamment l'affaire «*Gosset*» dans laquelle la Cour de Cassation française a estimé que la validité de la clause compromissoire n'est pas affectée par la nullité du contrat qui la contient (Décision de la Cour de cassation, 1^e Salle Civile, *Gosset c. Carapelli*, du 7 mai 1963) ou, l'affaire «*Prima Paint*» dans laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé que la convention d'arbitrage est une convention indépendante du contrat de base, sauf stipulation contraire des parties (US Supreme Court, 12/06/1967, *in re Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 US 395 [1967]). Cf. DERAINS/REGIDOR, p. 425 ss; CAIVANO ROQUE 2008, p. 200 ss; CARDENAS MEJIA 2005, p. 81; LLOPIS-LLOMBART 2009, p. 141.

⁸²³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 218, n° 398; GIRSBERGER/VOSER, p. 109, n° 401.

⁸²⁴ Art. V ch. 3 «*sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie*».

⁸²⁵ Art. 5 «*la convention d'arbitrage est autonome par rapport au contrat de base. L'inexistence ou l'invalidité de celui-ci n'implique pas la nullité de la convention d'arbitrage*» (traduction libre). Cette disposition peut s'avérer particulièrement utile à l'égard de l'Argentine et de l'Uruguay qui n'ont pas de loi d'arbitrage (cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 242 s.).

⁸²⁶ Selon l'art. V ch. 1 let. a CNY, «*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 visées à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicables, frappées d'une incapacité, ou que la dite 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 [...]*».

⁸²⁷ GONZÁLEZ DE COSSIO 2011, p. 229;

⁸²⁸ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 219, n. 399.

statuer sur sa propre compétence. Dans le contexte latino-américain, la Convention de Panama ne fait pas non plus de référence directe au principe de la séparabilité. Toutefois, CLAUDIA FRUTOS-PETERSON estime – avis que nous partageons – que la Convention de Panama pourrait incorporer le concept de séparabilité de manière indirecte par le truchement de l'art. 3 CPa qui dispose qu'«à défaut d'un accord exprès entre les parties, l'arbitrage sera effectué conformément aux règles de procédure de la Commission Interaméricaine d'Arbitrage Commercial»⁸²⁹. Selon l'art. 18 al. 2 Règl. CIAC, une clause compromissoire ou une convention d'arbitrage insérée dans un contrat constitue un accord indépendant des autres stipulations du contrat de base.

Dans le cadre latino-américain, grâce à l'influence exercée par la Loi-type CNUDCI⁸³⁰, la séparabilité de la convention d'arbitrage est reconnue par les législations de la Bolivie (art. 11 LAC-Bo), du Brésil (art. 8 LA-Br), du Chili (art. 16 al. 1 LAC-CI), de la Colombie (art. 79 al. 2 LANI-Col)⁸³¹, du Costa Rica (art. 16 al. 1 LA-Cr), de Cuba (art. 13 D-Cub), de l'Equateur (art. 5 al. 3 LAM-Eq), du Guatemala (art. 21 LA-Gu)⁸³², du Honduras (art. 39 LCA-Ho), du Mexique (art. 1432 CCo-Mx), du Nicaragua (art. 42 LMA-Ni), du Panama (art. 30 LACNI-Pa), du Paraguay (art. 19 LAM-Py), du Pérou (art. 41 al. 2 LA-Pe)⁸³³, de la République Dominicaine (art. 11 LAC-Rép.Do), du Salvador (art. 30 LMCA-Sv) et du Venezuela (art. 7 LAC-Ve). Il sied de remarquer que le législateur hondurien a, de manière contradictoire, entravé l'efficacité du principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage consacrée à l'art. 39 LCA-Ho. En effet, l'alinéa 3 de cette disposition stipule que «sans préjudice de ce qui précède, lorsque la nullité complète d'un contrat découle d'une décision judiciaire exécutoire, la convention d'arbitrage ne subsistera pas»⁸³⁴.

Quant au droit suisse, l'art. 178 al. 3 LDIP dispose que «la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né». La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse dit à ce propos qu'«[...] une convention d'arbitrage ne peut être attaquée au motif que le contrat principal ne serait pas valable (art. 178 al. 3 LDIP). Le droit suisse connaît ainsi le principe de l'autonomie de la clause arbitrale, principe adopté par la jurisprudence depuis des décennies (ATF 59 I 177) et universellement admis en Europe occidentale et aux Etats-Unis sous la terminologie "severability" ou "separability". Demeurent réservés, toutefois, les cas dans lesquels la cause de nullité du contrat principal affecte également la clause compromissoire qui y est contenue, en particulier s'il y a défaut d'exercice des droits civils d'une partie, désaccord latent ou existence de certains vices du consentement, tels que la crainte fondée au sens de l'art. 29 CO»⁸³⁵.

⁸²⁹ FRUTOS-PETERSON, p. 269.

⁸³⁰ Sur ce point, nous partageons l'avis de JERÓNIMO CAIVANO ROQUE qui constate, à juste titre, qu'en Amérique latine, la consécration du principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage est le produit de l'œuvre du législateur et non celle des tribunaux (cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 210). D'autres auteurs ne sont pas de cet avis et considèrent que le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage, tout comme celui de *Kompetenz-Kompetenz*, «pouvaient être considérés comme étant consacrés, bien qu'ils n'aient aucune base claire ni définition légale» dans les législations nationales (cf. FRUTOS-PETERSON, p. 267).

⁸³¹ Sous l'ancien régime, la Cour Constitutionnelle colombienne s'est prononcée en faveur de la conformité constitutionnelle du principe de la séparabilité contenu dans l'art. 118 aD-Col (Décision de la Cour Constitutionnelle, C-248 du 21 avril 1999). Après cette décision, cette jurisprudence est devenue constante en Colombie, raison pour laquelle l'adoption de la nouvelle Loi d'arbitrage de 2012 ne devrait pas modifier l'approche des tribunaux colombiens en la matière (cf. Décision de la Cour Constitutionnelle, T-136/2003, dossier n° T-603018, du 20 février 2003; CÁRDENAS MEJÍA 2005, p. 79 ss).

⁸³² Au Guatemala, l'art. 1308 du Code civil dispose que «la nullité d'une ou de plusieurs dispositions d'un acte juridique ne préjuge pas les autres, à conditions qu'elles soient séparables [...]». Traduction libre.

⁸³³ Dans ce pays, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel considère que le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage bénéficie d'une consécration constitutionnelle et que les tribunaux arbitraux «ont la faculté de rejeter toute intervention et/ou ingérence des tiers – y compris celle des autorités administratives – destinées à s'accorder [le droit de trancher] des matières arbitrales» (Décision du Tribunal Constitutionnel, in res Cantuarias Salavery, Fernando, n° 6167-2005-PHC/TC, c. 12, 13, 14 et 20 du 28 février 2006).

⁸³⁴ Traduction libre. Cette disposition concrétise le principe *accessorium sequitur principale* selon lequel l'obligation accessoire suit le sort juridique réservé à l'obligation principale. Il est par ailleurs rappelé par les art. 1420 al. 2, 1468, 1543, 2046, 2131 et 2153 du Code civil hondurien (cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 609).

⁸³⁵ ATF 119 III 380 c. 4, p. 384.

528 Bien que la quasi-totalité des pays d'Amérique latine, sauf l'Argentine⁸³⁶ et l'Uruguay, codifie le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage, sa consécration jurisprudentielle s'est faite, dans certains pays, dans la douleur. En effet, en Bolivie, par exemple, les art. 11 et 37 al. 2 LAC-Bo ont été la cible d'une demande d'inconstitutionnalité. La partie demanderesse estimait que ces dispositions étaient contraires aux art. 30 et 116 al. 2 Cst.Bo qui interdisent à l'Etat, premièrement, de déléguer les facultés que la constitution lui confère et, deuxièmement, de créer des tribunaux d'exception. Le Tribunal constitutionnel a estimé, d'une part, que les tribunaux arbitraux «ont la pleine compétence pour se prononcer sur la rescision ou la nullité des contrats soumis à leur connaissance [...]»⁸³⁷. D'autre part, le Tribunal bolivien a jugé que les tribunaux arbitraux tirent leur légitimité de l'accord des volontés des parties d'exclure la juridiction étatique, motif pour lequel, selon lui, les tribunaux arbitraux ne sont pas des tribunaux d'exception interdits par la Constitution. Même si cette jurisprudence est conforme à la pratique arbitrale internationale, la Cour Suprême de Justice est d'un autre avis. Elle estime qu'en matière d'invalidité ou de nullité de contrats – et ce même en présence d'une convention d'arbitrage –, l'art. 546 CC-Bo l'emporte sur les dispositions de la Loi d'arbitrage, en ce sens qu'il est de nature impérative. Au sens de cette norme, «la nullité et l'annulabilité d'un contrat doit être prononcée par voie judiciaire»⁸³⁸. La doctrine bolivienne réproouve cette décision et considère qu'elle méconnaît le principe *lex specialis derogat generali* au sens duquel la règle spéciale déroge à la règle générale⁸³⁹.

529 Au Chili, la jurisprudence de la Cour d'Appel de Santiago a considéré, dans sa Décision *Calzados La Florida Limitada/Calzados Crillón limitada* du 20 mai 1980, que «la convention d'arbitrage, sous la forme de compromis ou de clause compromissoire, constitue un contrat autonome et indépendant [...]. Par conséquent, l'existence de la convention d'arbitrage n'est pas soumise à la condition de la validité ou de l'existence d'un contrat particulier [...]»⁸⁴⁰. Cette jurisprudence a été confirmée en 1994 par ce même tribunal, qui a jugé que la convention d'arbitrage «[...] n'a pas le caractère d'un acte accessoire, destiné à toujours suivre le sort du principal. Au contraire, la convention d'arbitrage est un acte autonome dont l'existence et la validité sont indépendantes de la relation juridique dont découle le litige»⁸⁴¹. Peu de temps après cette décision, la Cour Suprême du Chili a procédé à un revirement de jurisprudence et a estimé que «bien qu'une convention d'arbitrage oblige les cocontractants à soumettre à l'arbitrage les questions relatives à l'interprétation et à l'exécution du contrat principal, l'issue de la procédure arbitrale ne peut pas entraîner des effets lorsque la discussion porte sur l'existence ou la validité de ce contrat, raison pour laquelle le juge arbitre ne peut pas connaître d'un litige dans lequel l'on met en doute sa propre juridiction»⁸⁴².

530 Quant au Venezuela, JERÓNIMO CAIVANO ROQUE estime – non sans raison – que, comme la Bolivie et le Chili, la jurisprudence de ce pays est confuse et contradictoire⁸⁴³. Il est bien connu que la Salle Politico-Administrative du Tribunal Suprême de Justice a maintenu une approche restrictive en ce qui concerne la reconnaissance du principe de la séparabilité. Ainsi, par exemple, cette Salle a déclaré, dans la décision TSJ/SPA/n° 2831 du 12 décembre 2006, *Tanning Research Laboratories, Inc.* que suite à la résolution du contrat de base «[...] il doit être conclu que la clause compromissoire célébrée entre les parties, ne peut déployer des effets juridiques,

⁸³⁶ En Argentine, en dépit de l'inexistence d'une disposition garantissant le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage, les tribunaux nationaux se sont prononcés en faveur de la séparabilité en 1918 déjà, dans une affaire opposant la Province de Buenos Aires et une compagnie de chemins de fer. A cette occasion, la Cour Suprême de Justice de la Nation a considéré que la convention d'arbitrage ne suivait pas le sort juridique réservé au contrat de base, suite à la déclaration unilatérale de la caducité du contrat de base par la partie étatique (Décision de la Cour Suprême de Justice de la Nation, *Provincia de Buenos Aires c. Otto Franke y Compañía*, n° 128: 402 du 19 décembre 1918). Plus récent encore, la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale a dit que la forme revêtue par la convention d'arbitrage – compromis arbitral ou clause compromissoire – ne modifiait pas la nature autonome de la convention. Pour ce Tribunal, la convention d'arbitrage peut être contemporaine ou non au contrat de base, mais sa validité ne dépend pas de ce dernier. Enfin, la Chambre Nationale d'Appel a soutenu que, bien que le principe de la séparabilité n'ait pas fait l'objet d'une codification en droit argentin, il est internationalement admis – en particulier par la Loi-type CNUDCI –, raison pour laquelle il y avait lieu d'en tenir compte afin de combler les carences du droit argentin (Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle A, *Enrique C. Welbers S.A.I.C.A.S. c. Extraktionstechnik Gesellschaft für Anlasenbav M.B.V.*, du 26 septembre 1988). Cf. CAIVANO ROQUE 2008, p. 214 ss.

⁸³⁷ Décision du Tribunal Constitutionnel, n° 017/2001, du 19 mars 2001 (traduction libre).

⁸³⁸ Traduction libre, Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 27/2005, du 11 février 2005. Cette jurisprudence n'est que la confirmation des principes posés dans la Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 060, du 29 août 2003, dans laquelle la Haute Cour estime que, s'agissant d'une action en invalidité ou en nullité de contrat, l'art. 546 CC-Bo est d'application impérative.

⁸³⁹ GUEVARA/INCHAUSTE, p. 154 et 156 s.

⁸⁴⁰ Traduction libre.

⁸⁴¹ Traduction libre, Décision de la Cour d'appel de Santiago, *Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos SACI/Distibuidora Chilectra Metropolitana, SA*, du 5 avril 1994.

⁸⁴² Traduction libre, Décision de la Cour Suprême du Chili, *Millas Navarrete Patricio*, du 26 mars 1996.

⁸⁴³ CAIVANO ROQUE 2008, p. 240 ss.

[...] *et que le Pouvoir Judiciaire dispose effectivement de la compétence pour connaître de la présente demande*». Cependant, il y a lieu de signaler que la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice de ce pays a prononcé une décision de principe, dans laquelle les principes de la séparabilité et de *Kompetenz-Kompetenz* ont été consacrés. Le tribunal affirme qu'il «[...] *a reconnu les principes universellement acceptés destinés à garantir la saine opérativité de l'institution arbitrale, comme celui de compétence obligatoire pour les parties, même lorsque la nullité de l'acte juridique qui contient la convention d'arbitrage est invoquée (severability, qui propose la distinction entre l'allégation de la nullité du contrat de base et celle de la clause arbitrale, évitant ainsi de "torpiller" le mécanisme [...], en conformité avec les articles 7 et 25 de la Loi d'arbitrage commercial vénézuélienne*»⁸⁴⁴.

Titre trois: Principe de *Kompetenz-Kompetenz*

Le principe de *Kompetenz-Kompetenz* est celui en vertu duquel le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur sa propre compétence⁸⁴⁵. Il est étroitement lié au principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage dont ils assurent ensemble l'efficacité maximale⁸⁴⁶. Ce principe sera analysé ci-après en fonction de ses deux effets, à savoir: (i) l'effet positif et (ii) l'effet négatif⁸⁴⁷.

1. Effet positif

L'effet positif de la compétence de la compétence autorise le tribunal arbitral à statuer, en cas de contestation, sur sa compétence, sous réserve du contrôle ultérieur du juge étatique⁸⁴⁸. Ce principe a pour objectif d'empêcher le recours à des pratiques dilatoires de nature à entraver le bon déroulement de la procédure arbitrale⁸⁴⁹. Ce but est renforcé par l'absence d'obligation de surseoir sur le fond, lorsque l'exception d'incompétence est simultanément introduite devant un juge étatique⁸⁵⁰. A noter que, en principe, le tribunal arbitral ne se prononce sur sa propre compétence que lorsque la défenderesse la conteste avant toute défense sur le fond⁸⁵¹.

Ainsi, le destinataire de l'effet positif de ce principe est l'arbitre. Cet effet trouve son fondement dans le droit conventionnel à l'art. V al. 3 de la Convention européenne de 1961 selon lequel «*sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie*» et à l'art. 41 al. 2 CWa au sens duquel «*tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond*». En ce qui concerne la Convention de Panama, nous sommes d'avis qu'elle reconnaît ce principe, de manière indirecte, par le renvoi que l'art. 3 CPa fait à l'art. 18 al. 1 Règl. CIAC qui établit que «*le tribunal arbitral dispose de la faculté de décider sur les objections ayant trait à sa propre compétence [...]*»⁸⁵². La même règle est consacrée par l'Accord du Mercosur dans son art. 18 al. 1. Enfin, l'art. 16 al. 1 Loi-type CNUDCI dispose que «*le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage*».

⁸⁴⁴ Traduction libre, TSJ/SC/n° 1541 du 2008, interprétation de l'art. 258. Cette jurisprudence fut confirmée un an plus tard par la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice dans la Décision TSJ/SC/n° 123, *Fermin Toro Jiménez y otros*, du 11 février 2009 et par la Décision TSJ/SC/n° 09-573 du 3 novembre 2010.

⁸⁴⁵ DIMOLITSA, p. 320; GIRSBERGER/VOSER, p. 111, n° 408; RUBIO GUERRERO, p. 101.

⁸⁴⁶ Cf. art. 16 Loi-type CNUDCI; DIMOLITSA, p. 305. Pour JERÓNIMO CAIVANO ROQUE, le principe de la séparabilité, dont l'objectif est d'empêcher que les vices susceptibles d'affecter le contrat de base ne se propagent à la convention d'arbitrage, est complété avec le principe de *Kompetenz-Kompetenz* poursuit le but d'empêcher le dessaisissement prématuré du tribunal arbitral (CAIVANO ROQUE 2008, p. 252 ss).

⁸⁴⁷ CONEJERO ROOS 2005, p. 114.

⁸⁴⁸ PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES 2007, p. 244; BANIFATEMI, p. 83.

⁸⁴⁹ GAILLARD 2005, p. 311.

⁸⁵⁰ Cf. art. 8 al. 2 Loi-type CNUDCI; DIMOLITSA, p. 328.

⁸⁵¹ POUJRET/BESSON, p. 419, n° 471; GIRSBERGER/VOSER, p. 116, n° 424. En Equateur, le tribunal arbitral doit se prononcer d'office sur sa compétence lors de la première audience (art. 22 al. 1 LAM-Eq; cf. MARCHÁN/ANDRADE CADENA, p. 334).

⁸⁵² Traduction libre.

- 534 La quasi-totalité des droits d'Amérique latine reconnaissent aujourd'hui l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, dans des termes semblables à ceux de la Loi-type CNUDCI. Ainsi, l'art. 32 al. 1 LAC-Bo (Bolivie), l'art. 8 § 2 LA-Br (Brésil), l'art. 16 al. 1 LAC-Cl (Chili), l'art. 79 al. 1 LANI-Col (Colombie), l'art. 16 al. 1 LA-Cr (Costa Rica), l'art. 13 D-Cub (Cuba), l'art. 22 al. 1 LAM-Eq (Equateur), l'art. 21 al. 1 LA-Gu (Guatemala), l'art. 60 al. 1 LCA-Ho (Honduras), l'art. 1432 al. 1 CCo-Mx (Mexique), l'art. 42 al. 1 LMA-Ni (Nicaragua), l'art. 30 LACNI-Pa et art. 202 Cst.Pa (Panama)⁸⁵³, l'art. 19 LAM-Py (Paraguay), l'art. 41 al. 1 et 2 LA-Pe (Pérou), l'art. 20 LAC-Rép.Do (République Dominicaine), l'art. 51 al. 1 LMCA-Sv (Le Salvador) et les art. 7 et 25 al. 1 LAC-Ve (Venezuela) codifient l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*.
- 535 Il y a lieu de signaler ici la plus que regrettable jurisprudence de la Cour Suprême de Justice du Mexique, qui a décidé que seuls les tribunaux étatiques étaient compétents pour se prononcer sur la nullité de la clause compromissoire⁸⁵⁴. De l'avis de JAMES A. GRAHAM et LEONEL PEREZNIETO CASTRO, la Décision n° 51/2005 du 11 janvier 2006 affaiblit la compétence arbitrale et renforce la compétence du juge ordinaire⁸⁵⁵. A l'origine de cette décision se trouvent les opinions contradictoires des 6^e et 10^e tribunaux collégiaux du 1^{er} arrondissement en matière civile⁸⁵⁶. Tandis que le premier a décidé qu'il appartenait aux arbitres de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage⁸⁵⁷, le second a estimé que cette compétence était du ressort des tribunaux étatiques⁸⁵⁸.
- 536 Cette divergence d'opinion résulte de l'interprétation que chaque tribunal a donnée aux art. 1424 al. 1 et 1432 al. 1 CCo-Mx⁸⁵⁹. Le 6^e Tribunal Collégial a estimé qu'une interprétation *a contrario* de l'art. 1424 al. 1 CCo-Mx autorisait le juge à refuser le renvoi de la cause à l'arbitrage lorsqu'il est prouvé que la convention d'arbitrage est nulle, inefficace ou non susceptible d'exécution. Toutefois, ce Tribunal a jugé que l'examen de la validité de la convention d'arbitrage devait être effectué, dans un premier temps, par le tribunal arbitral et, subséquemment, par le juge étatique, de sorte que l'art. 1432 al. 1 CCo-Mx l'emportait sur l'art. 1424 al. 1 CCo-Mx. D'un autre avis, le 10^e Tribunal Collégial a considéré que, en dépit du texte de l'art. 1432 al. 1 CCo-Mx, lorsque la nullité de la convention est demandée pendant la procédure arbitrale, le juge a l'obligation de trancher la question, sous peine de violation de l'art. 14 Cst.Mx⁸⁶⁰. Dans le cas contraire – renvoie à l'arbitrage – le juge reconnaîtrait tacitement la validité de la convention d'arbitrage⁸⁶¹.
- 537 Appelée à trancher cette divergence jurisprudentielle, la Haute Cour a estimé que, contrairement à l'art. 1432 al. 1 CCo-Mx qui reconnaît au tribunal arbitral la compétence de statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention, seuls les tribunaux étatiques, sauf accord contraire des parties, étaient en mesure de se prononcer sur la nullité de la convention d'arbitrage, lorsque il y a un doute sur la volonté des parties de dirimer leur controverse par voie arbitrale. Ce faisant, la Cour Suprême de Justice a déclaré que «[...] la compétence des arbitres trouve sa source dans l'autonomie de la volonté des parties, de sorte que si l'on invoque, par exemple, l'existence d'un vice de la volonté dans la convention d'arbitrage, l'action en nullité doit être tranchée au préalable par l'organe juridictionnel [...]»⁸⁶². Nonobstant cette

⁸⁵³ Pour rappel, le Panama a érigé le principe de *Kompetenz-Kompetenz* en principe constitutionnel (art. 202 Cst.Pa i.f.). Cette démarche a été motivée par les sentences du 13 décembre 2001 et du 11 juin 2003 de la Cour Suprême de Justice dans lesquelles les juges ont estimé que le principe de *Kompetenz-Kompetenz* prévu à l'ancien art. 17 aD-Pa violait la garantie constitutionnelle d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial (cf. n° 39 ss; art. 30 LACNI-Pa).

⁸⁵⁴ Cette jurisprudence est d'autant plus regrettable qu'aux termes de l'art. 192 *Ley de Amparo*, les décisions de la Cour Suprême de Justice lient de manière contraignante les juridictions inférieures (cf. GARCÍA-CUÉLLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO, p. 492, n. 706).

⁸⁵⁵ PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES 2007, p. 241.

⁸⁵⁶ Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO 2009, p. 197 ss.

⁸⁵⁷ Décision du 6^e Tribunal Collégial du 1^{er} arrondissement sur recours en révision n° 3836/2004 du 11 novembre 2004.

⁸⁵⁸ Décision du 10^e Tribunal Collégial du 1^{er} arrondissement sur recours en révision n° 31/2005 du 1^{er} mars 2005.

⁸⁵⁹ L'art. 1424 CCo-Mx relatif à l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* dispose que «le juge saisi d'un litige sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage au moment où l'une d'entre elles en fera la demande, à moins qu'il ne constate que ladite convention est nulle, inefficace ou non susceptible d'être exécutée» (traduction libre), alors que l'art. 1432 al. 1 CCo-Mx, qui traite de son effet positif précise que «le tribunal arbitral a la faculté de statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage [...]» (traduction libre). Ces dispositions reproduisent les principes contenus aux art. 8 al. 1 et 16 al. 1 de la Loi-type CNUDCI et art. II ch. 3 CNY.

⁸⁶⁰ Au sens de cette disposition «nul ne peut être privé de la vie, de la liberté, de ses propriétés, de ses possessions ou de ses droits si ce n'est par l'intermédiaire d'un procès. Un tel procès devra être engagé devant un tribunal préalablement institué, ce dernier ayant respecté toutes les formalités essentielles à la procédure et ayant été tranché en conformité aux lois adoptées précédemment aux faits» (traduction libre).

⁸⁶¹ GARCÍA-CUÉLLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO, p. 492.

⁸⁶² Traduction libre.

considération, la Cour précise que la procédure arbitrale relative au fond ou à l'existence, ou validité du contrat de base, peut être engagée, car sur ce point le tribunal arbitral conserve sa compétence exclusive⁸⁶³.

Il apparaît incontestable que la Cour Suprême de Justice a méconnu le principe de *Kompetenz-Kompetenz* et l'objectif d'efficacité maximale poursuivi par ses deux effets. Certes, l'engrenage – chronologique – entre la faculté du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence et l'obligation du juge de se dessaisir de la cause faisant l'objet d'une convention d'arbitrage, sauf en cas de constatation de la nullité, de l'inefficacité ou de l'inexécutabilité de la convention d'arbitrage, n'est pas aisé; en particulier lorsque, comme en l'espèce, la question de la validité de la convention d'arbitrage se pose devant le juge ordinaire, et que la loi ne lui interdit pas de décider de sa propre compétence, et par la même occasion de celle du tribunal arbitral. 538

A notre avis, dans son travail d'interprétation, la Cour Suprême de Justice aurait dû opter pour une politique juridique favorisant la place arbitrale mexicaine et, au moins, tenir compte de la théorie de l'*effet négatif relatif ou restreint* de la convention d'arbitrage. Selon cette approche, le contrôle du juge doit se limiter à une analyse *prima facie* de la convention d'arbitrage⁸⁶⁴. En effet, non sans être dénué de toute polémique, l'effet négatif de la compétence-compétence se justifie selon d'aucuns, avec lesquels nous sommes d'accord, par «[...] l'*a priori* que la contestation de la convention d'arbitrage est en général infondée, voire purement dilatoire»⁸⁶⁵. 539

En décidant de la sorte, la Cour Suprême de Justice a classé le Mexique parmi les pays n'accordant aucune priorité à l'arbitre pour se prononcer sur la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage. En d'autres termes, le juge ordinaire dispose d'un plein pouvoir d'examen dans ce domaine, sauf accord contraire des parties. Il en découle que les juges mexicains ont, à tort, refusé d'appréhender le principe de *Kompetenz-Kompetenz* comme une règle d'application chronologique selon laquelle l'arbitre est le premier appelé à se prononcer sur sa propre compétence, laissant au juge la possibilité de procéder à un contrôle judiciaire ultérieur⁸⁶⁶. 540

Le législateur mexicain a mis fin à cette controverse par une modification du Code de commerce qui a consisté dans l'introduction d'un nouveau chapitre régissant l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale. Ainsi, au sens du nouvel art. 1465 CCo-Mx, le juge doit immédiatement renvoyer les parties à l'arbitrage, sauf si la nullité, l'inefficacité ou l'impossibilité d'exécution de la convention d'arbitrage est notoire ou manifeste⁸⁶⁷. Enfin, il y a lieu de signaler qu'avant cette modification législative, JAMES A. GRAHAM et LEONEL PEREZNIETO CASTRO estimaient que, même s'il était vrai que l'obligation faite au juge de se limiter à un examen *prima facie* de la compétence des arbitres ne reposait sur aucune base juridique, il était possible de soutenir cette thèse par le recours à la jurisprudence développée en matière de protection constitutionnelle. Selon ces derniers, la théorie de «l'apparence du bon droit», qui permet d'écarter une prétention manifestement infondée, téméraire ou discutable sur la base d'un examen sommaire, correspondrait à la notion d'examen *prima facie*. Ainsi, le juge ne devait pas trancher sur la nullité ou inefficacité de la convention d'arbitrage mais, renvoyer, en l'absence d'une nullité *prima facie*, les parties à l'arbitrage⁸⁶⁸. 541

En Argentine – en l'absence de lois d'arbitrage – la consécration de l'effet positif de *Kompetenz-Kompetenz* est, avant tout, partiellement atteinte par l'application des instruments internationaux auxquels ce pays a adhéré, en particulier la Convention de Panama (art. 3 en relation avec l'art. 18 § 1 Règl. CIAC) et l'Accord du Mercosur (art. 18 al. 1)⁸⁶⁹. Toutefois, JULIO CÉSAR RIVERA dresse un portrait sombre en ce qui concerne la reconnaissance du principe de *Kompetenz-Kompetenz* en Argentine. Selon lui, dans ce pays, l'arbitre ne peut statuer sur sa propre compétence que de manière très limitée, car il ne jouit d'aucune priorité par rapport au juge ordinaire 542

⁸⁶³ Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 281 s; BRAVO PERALTA, p. 541.

⁸⁶⁴ Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse considère que «non seulement ce point de vue correspond à l'avis de la doctrine dominante, mais il est conforme au sens de l'art. 7 let. b LDIP (ainsi qu'à celui de l'art. II al. 3 de la Convention de New York), qui impose ("déclinera") au juge étatique de décliner sa compétence en présence d'une convention d'arbitrage, sauf s'il constate qu'elle est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. Or, une telle constatation ne peut être raisonnablement faite que si elle apparaît comme évidente, sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question, puisque de toute façon, à défaut de pareille évidence, le tribunal arbitral sera habilité à statuer, au besoin, sur sa propre compétence en vertu de l'art. 186 LDIP, en tout cas si le tribunal arbitral a son siège en Suisse» (ATF 122 III 139 c. 2b, p. 143).

⁸⁶⁵ Cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 244, n° 439. Sur l'effet négatif de la convention d'arbitrage, cf. n° 556 ss.

⁸⁶⁶ FOUCHARD 2000, p. 99; PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES 2007, p. 244.

⁸⁶⁷ Feuille officielle de la Fédération du 27 janvier 2011: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom/CCom_ref43_27ene11.pdf (08.10.2013).

⁸⁶⁸ PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES 2007, p. 248.

⁸⁶⁹ MACCHIA/ZAPIOLA, p. 125; GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 703; PALLARÉS/ALBORNOZ, p. 99; RIVERA 2007, p. 410.

interpellé simultanément pour se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage. En outre, jusqu'en 2001, si l'arbitre et le juge s'estimaient tous les deux compétents pour trancher la question, la pratique jurisprudentielle de la Cour Suprême de Justice imposait la suspension de la procédure arbitrale. Cette regrettable solution s'expliquait par l'application analogique de l'art. 24 al. 7 de la Loi n° 1285/1958 sur l'organisation judiciaire et de l'art. 12 CPCCN aux conflits de compétence entre les tribunaux de l'Etat et les tribunaux arbitraux⁸⁷⁰. Ainsi, en vertu de la première disposition, la compétence pour statuer à l'occasion des conflits positifs de compétence entre tribunaux qui n'ont pas d'autorité hiérarchique supérieure commune échoit à la Cour Suprême de Justice et, selon l'ancien art. 12 CPCCN durant le conflit les deux juges suspendent les procédures. Depuis cette date, c'est-à-dire depuis l'année 2001, la procédure judiciaire continue devant le juge qui a soulevé le déclinatoire de compétence.

543 Dans une affaire encore plus récente, la Chambre d'Appel en matière commerciale a décidé d'accepter l'exécution d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral siégeant aux Etats-Unis et, dont la procédure s'est déroulée selon les règles AAA. La particularité de cette affaire réside dans le fait qu'une autre Salle de la même Chambre d'Appel s'était auparavant reconnue compétente pour dirimer le litige et, de ce fait, avait ordonné au tribunal arbitral de suspendre l'arbitrage. Le Tribunal étatique justifie la reconnaissance de l'exequatur en arguant que l'ordre de suspension de la procédure était inefficace faute d'autorité hiérarchique supérieure commune pouvant résoudre le conflit de compétence, et que l'exception d'incompétence dont il avait eu connaissance constituait une infraction à la convention d'arbitrage qui avait valeur de loi pour les parties⁸⁷¹.

544 Concernant cette affaire, nous estimons qu'il est décevant que le juge argentin n'ait pas fait mention des instruments internationaux auxquels l'Argentine et les Etats-Unis ont adhéré, en particulier à la Convention de Panama. Nous sommes d'avis que cette mention aurait eu le mérite de clarifier, autant que faire se peut, le panorama arbitral argentin, grâce au renvoi que l'art. 3 CPa fait à l'art. 18 al. 1 Règl. CIAC. En dépit de ce constat, nous adhérons à la doctrine qui estime, avec retenue, que malgré la jurisprudence parfois maladroite des tribunaux argentins, il existe des précédents consacrant la reconnaissance de l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*⁸⁷². D'aucuns estiment que la Chambre d'Appel en matière commerciale aurait dû analyser un éventuel trouble à l'ordre public au sens de l'art. V ch. 2 let. b CNY, dans la mesure où l'acceptation de l'exequatur impliquerait la violation d'une décision judiciaire finale ayant l'autorité de chose jugée⁸⁷³. La Cour argentine a toutefois rejeté ce grief, au motif que la sentence arbitrale mise en cause n'était pas incompatible avec une décision antérieure ou simultanée prononcée par un tribunal argentin, au sens de l'art. 517 CPCCN, car, techniquement parlant, la décision ordonnant au tribunal arbitral la dessaisine de la cause ne saurait être qualifiée de décision étatique. En effet, selon ce tribunal, les décisions étatiques doivent respecter la règle de la bilatéralité nécessaire à l'exercice des droits de la défense.

545 Au Brésil, la Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul, a décidé dans l'affaire, *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE v. Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe*, du 12 juin 2013, qu'en cas de vice *prima facie*, la compétence pour examiner l'existence et la validité de la convention d'arbitrage appartenait aux tribunaux étatiques.

546 Dans cette affaire, la partie demanderesse, la *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE*, a demandé aux juges de première instance de constater la nullité du contrat ainsi que celle d'autres documents joints à la requête d'annulation. Elle reprochait en particulier à la défenderesse, le groupe *Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe*, d'avoir falsifié les documents incriminés. Afin de soutenir ses allégations, la demanderesse a produit un rapport de police attestant ses dires. Le tribunal de première instance s'est dessaisi de l'affaire en invoquant l'art. 8 § 2 LA-Br⁸⁷⁴. La Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul a désavoué les juges

⁸⁷⁰ Décision de la Cour Suprême de Justice, *La Nación SA v. La Razón SA*, du 1^{er} novembre 1988. Cf. RIVERA, p. 421; MACCHIA/ZAPIOLA, p. 126.

⁸⁷¹ Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle B, *Cía. General de Combustibles SA*, JA 2001-III-53, du 23 septembre 1999; Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle D, *Reef Exploration Inc. v. Cía. General de Combustibles SA*, LL 2003-E-937, du 5 novembre 2002. Afin de rejeter une exception d'arbitrage, la Cour Suprême de Justice s'est servie à nouveau dans une affaire postérieure de l'argument qui consiste à dire que la convention d'arbitrage a valeur de loi pour les parties (Décision de la Cour Suprême de Justice, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*, LL 2005-D, du 5 avril 2005). Au surplus, les juges argentins ont précisé au considérant 1.6 de la décision qu'il «est reconnu au niveau international que le tribunal arbitral peut statuer sur les questions relatives à sa propre compétence, sous réserve de contrôle par le tribunal étatique compétent (art. 16 Loi-type CNUDCI)» (traduction libre).

⁸⁷² MACCHIA/ZAPIOLA, p. 126; NAHID CUOMO/RODRÍGUEZ GIAVARINI, p. 41 et 75. Cf. Décision de la Cour Suprême de Justice, *SA Energomachexport v. Establecimientos Miron SAICIFA*, du 11 juillet 1997.

⁸⁷³ RIVERA 2013, p. 58.

⁸⁷⁴ Au sens de cette disposition, «il appartient à l'arbitre de statuer d'office, ou à la demande des parties, sur les questions relatives à l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage ainsi que sur le contrat qui contient la clause compromissoire» (traduction libre).

de première instance au motif que le rapport de police apportait suffisamment d'éléments permettant d'annuler la convention d'arbitrage, sans qu'un examen approfondi soit nécessaire. Dans son analyse, la Cour d'Appel s'est référé à l'art. II ch. 3 CNY qui codifie l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* et au sens duquel le tribunal étatique «[...] renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que la dite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée».

La Cour d'Appel a jugé, en particulier, qu'«en l'espèce, à première vue, l'on pourrait en déduire que, sans investigations complémentaires et la production des preuves, il serait impossible [...] de déterminer la nullité de la convention d'arbitrage, puisque la preuve de l'authenticité des documents exigerait une expertise technique assez spécifique. Cependant, comme déjà signalé, de manière concomitante à cette action, une enquête de police a été ouverte dans laquelle le rapport d'experts a conclu à la falsification de huit des douze contrats concernés par la requête [...], de sorte que le erreur essentiel présent dans ces contrats peut être considéré comme indéniable *“prima facie”* autorisant ainsi le pouvoir judiciaire à se prononcer sur la nullité de la convention d'arbitrage»⁸⁷⁵. La Cour d'Appel a, en outre, conclu à l'existence des vices communs aux contrats incriminés et à la convention d'arbitrage justifiant la nullité de cette dernière, notamment le défaut de pouvoirs de représentation.

Certains auteurs, comme JOÃO BOSCO LEE, estiment que cette décision contraste de manière étonnante avec la jurisprudence favorable au principe de *Kompetenz-Kompetenz* développée au Brésil il y a seulement quelques années par cette même Cour et, surtout, par le Tribunal Supérieur de Justice⁸⁷⁶. De plus, ils considèrent que la solution retenue par la Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul se heurte, d'une part, à l'aspect positif de ce principe reconnu à l'art. 8 § 2 LA-Br et, d'autre part, à l'art. II ch. 3 CNY qui s'applique, avec réserve, lorsque la nullité ou la non-existence de la convention d'arbitrage est évidente⁸⁷⁷. A notre sens, cette décision ne met pas en péril le principe de *Kompetenz-Kompetenz* au Brésil et s'explique par le fait que l'art. II ch. 3 CNY ne spécifie pas la portée de la règle qu'il contient. Il appartient aux Etats de régler l'étendue du pouvoir de cognition de leurs tribunaux. Celui-ci peut soit consister dans un examen avec pleins pouvoirs, soit se limiter à un examen *prima facie* de la validité de la convention d'arbitrage. En outre, la compétence-compétence impose au juge étatique et aux arbitres une compétence parallèle dissociée dans le temps. MIGUEL VIRGÓS SORIANO résume la situation en affirmant que «le juge est incompétent quant au fond mais partiellement compétent quant à la validité de la convention d'arbitrage»⁸⁷⁸. Il est partiellement compétent car l'art. II ch. 3 CNY établit une règle chronologique de priorité, en ce sens qu'il appartient en premier au tribunal arbitral de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage, sauf si la nullité, l'inefficacité ou l'impossibilité d'exécution est notoire ou manifeste.

En Uruguay, la jurisprudence semble avoir adopté en la matière une position pragmatique selon laquelle, en vertu de l'art. 491 CGP-Uy, les questions connexes avec le principal sont soumises au tribunal arbitral. Ainsi, le Tribunal d'Appel en matière civile a reconnu aux arbitres la capacité de se prononcer sur leur propre compétence⁸⁷⁹. Sur l'applicabilité des dispositions du CGP-Uy aux arbitrages internationaux, il sied de constater que la doctrine majoritaire estime qu'elles ne s'appliquent pas à ce type de litiges, exception faite des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers⁸⁸⁰. Remarquons toutefois que, par la modification législative du 3 août 2013, le nouvel art. 475 al. 2 CGP-Uy dispose qu'il appartient au tribunal arbitral de connaître les questions relatives à la validité et à l'efficacité de la clause compromissoire et du compromis arbitral. Bien que cette disposition ne dise pas textuellement que les tribunaux arbitraux sont compétents pour statuer sur leur propre compétence, il faut espérer que les juges uruguayens l'interpréteront comme intégrant l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* et qu'ils l'appliqueront, par analogie, aux litiges internationaux. Au surplus, à l'instar de l'Argentine, l'Uruguay est partie à la Convention de Panama (art. 3) et à l'Accord du Mercosur (art. 18 al. 1) qui consacrent ce principe.

⁸⁷⁵ Traduction libre.

⁸⁷⁶ Cf. notamment l'affaire *TFL Italia v. Coraquim Industria de Produtos Químicos e Representações LTDA*, dans laquelle les juges se sont déclarés incompétents en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage (cf. n° 571 ss).

⁸⁷⁷ Cf. commentaire de JOÃO BOSCO LEE: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/03/19/is-the-competence-competence-principle-threatened-in-brazil> (25.03.2014).

⁸⁷⁸ VIRGÓS SORIANO, p. 496.

⁸⁷⁹ Décision du Tribunal d'Appel en matière civile n°6, in: HARGAIN/MIHALI, p. 711.

⁸⁸⁰ Cf. n° 67 et n° 351; GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 691; ARRIGHI, p. 242; SANTOS BELANDRO 2010, p. 81; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 247.

- 550 Au Venezuela, malgré la clarté des art. 7 et 25 al. 1 LAC-Ve, la jurisprudence des tribunaux étatiques est quelque peu contradictoire. Ainsi, d'un côté, la jurisprudence de la Salle Politico-Administrative de la Cour Suprême de Justice considère que la compétence des arbitres doit être tranchée par les tribunaux ordinaires⁸⁸¹. D'un autre côté, la Salle de Cassation civile et la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice estiment que les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence. Ainsi, dans la Décision de la Salle de Cassation civile, *Operaciones F.F.C.A.*, n° RC.01314, du 19 août 2004, le tribunal a déclaré que «*la validité de la convention d'arbitrage ne se dirime pas devant le juge étatique mais devant le tribunal arbitral*»⁸⁸².
- 551 Quant à la Suisse, le principe est codifié à l'art. 186 al. 1 LDIP. Cette disposition est de nature relative et impérative. Elle est relative car la décision du tribunal arbitral sur sa compétence – lorsque celle-ci est contestée en temps utile – peut être modifiée par l'autorité saisie d'une requête d'annulation et par l'autorité saisie d'une requête d'exécution⁸⁸³. Elle est impérative car il est prohibé, pour les parties, de confier à un tiers (institution ou autorité) le pouvoir de trancher la question de la compétence du tribunal arbitral⁸⁸⁴. Notons toutefois que le texte de cette disposition qui prévoit que «*le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence*» ne fait référence qu'à l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*⁸⁸⁵.
- 552 En règle générale, en Amérique latine, l'exception d'incompétence doit être interjetée, au plus tard, au moment de la remise du mémoire de réponse. Toutefois, le tribunal arbitral peut exceptionnellement contrôler sa compétence alors même que la contestation est tardive⁸⁸⁶. Le Venezuela déroge à cette règle et admet la recevabilité de l'exception d'incompétence dans les cinq jours qui suivent l'audience d'ouverture de la procédure arbitrale (art. 25 LAC-Ve).
- 553 En Suisse, la loi, plus restrictive, prescrit à l'art. 186 al. 2 LDIP que «*l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond*». Dans ce pays, l'entrée sur le fond sans invoquer l'incompétence – phénomène connu en droit suisse sous le terme d'*Einlassung* – entraîne d'une part la compétence du tribunal arbitral sur le fond du litige et exclut, d'autre part, toute contestation ultérieure de la compétence devant le tribunal arbitral ou devant le Tribunal fédéral⁸⁸⁷. Quant à la question de savoir si la recevabilité d'une exception d'incompétence, soumise au tribunal arbitral après les prétentions sur le fond, est admise en droit suisse, nous sommes d'avis que tel doit être le cas lorsque l'arbitrabilité objective du litige se pose⁸⁸⁸.
- 554 En Bolivie, en Colombie, au Chili, au Costa Rica, au Guatemala, au Honduras, au Mexique, au Panama, au Paraguay et au Pérou⁸⁸⁹, le tribunal arbitral saisi d'une exception d'incompétence doit trancher la question, soit à titre préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Les législations de la République Dominicaine (art. 12 LAC-Rép.Do), du Salvador (art. 51 al. 4 LMCA-Sv) et de la Suisse (art. 186 al. 3 LDIP)⁸⁹⁰ imposent au tribunal arbitral

⁸⁸¹ Cf. Décision de la Salle Politico-Administrative CSJ, *Hyunday de Venezuela CA v. Hyunday Motor Company*, du 21 octobre 1999; Décision de la Salle Politico-Administrative CSJ, *Hotel Doral CA c. Corporación L'Hotels CA*, Expet. 2000-0775, n° 01209, du 20 juin 2001.

⁸⁸² Traduction libre. En ce sens, cf. Décision du Tribunal Suprême de Justice, Salle de Cassation civile, TSJ/SC/n° 1541 du 17, octobre 2008; Décision du Tribunal Suprême de Justice, Salle de Cassation civile, *Hanover PGN Compresor CA c. Consorcio COSACONVECA*, Expte. 2000-000532, du 8 février 2002; Décision du Tribunal Suprême de Justice, Salle de Cassation civile, *Promotora EP., 1697 CA c. Asociación civil El Carrao*, Expte. 04-574, n° 874, du 13 août 2004. Cf. DE JÉSUS O., p. 226.

⁸⁸³ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 236, n° 421b. La contestation intervient en temps utile lorsqu'elle est soulevée préalablement à toute défense sur le fond (art. 186 al. 2 LDIP).

⁸⁸⁴ POUURET/BESSON, p. 411, n° 462.

⁸⁸⁵ GIRSBERGER/VOSER, p. 115, n° 421.

⁸⁸⁶ A notre avis, tel sera par exemple le cas lorsque la question de l'arbitrabilité objective du litige se pose. Cf. n° 553.

⁸⁸⁷ Cf. art. 16 al. 2 Loi-type CNUDCI; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 129, n° 236 et p. 238, n° 424 ss. Dans le même ordre d'idées, PIERRE LALIVE, JEAN-FRANÇOIS POUURET et CLAUDE REYMOND affirment que «*dès l'instant en effet où le défendeur, au principal ou sur reconvention, procède sur le fond sans avoir préalablement contesté la compétence de l'arbitre, il est déchu du droit de soulever cette exception. Tel est le sens clair de l'art. 186 al. 2 [...]*» (LALIVE/POURET/REYMOND, p. 383, n° 11).

⁸⁸⁸ En ce sens, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI signalent que «*le principe de l'Einlassung souffre une exception, le tribunal arbitral devant examiner d'office si le litige est arbitral [...], à tout le moins lorsque l'ordre public international est en cause*» (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 239, n° 426). Cette exception à l'*Einlassung* ressort notamment de l'interprétation *a contrario* de l'art. V ch. 2 de la Convention européenne de 1961 (POURET/BESSON, p. 420, n° 472). Dans le contexte latino-américain, cette remarque est valable à l'égard de Cuba dans la mesure où ce pays est partie à la Convention de 1961 (cf. n. 138).

⁸⁸⁹ Cf. art. 16 al. 3 Loi-type CNUDCI au sens duquel «*le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception [...] soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond*».

⁸⁹⁰ Remarquons que la lettre de l'art. 186 al. 3 LDIP permet à titre exceptionnel au tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence dans la sentence finale. Tel est le cas lorsque la jonction de l'exception d'incompétence au fond se justifie pour des motifs de célérité et d'économie de coûts ou lorsque l'examen de la validité ou de l'étendue de la convention d'arbitrage est étroitement lié au fond du litige (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 240, n° 429). Ainsi, l'art. 186 al. 3 LDIP dispose qu'*«en général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente»*.

de traiter la question uniquement à titre préalable. Les lois du Brésil, de l'Equateur, de Cuba et du Venezuela sont lacunaires sur ce point.

Enfin, les décisions arbitrales relatives à l'exception d'incompétence sont, en règle générale, sujettes à recours inappellable, qu'elles soient rendues dans une sentence incidente ou dans une sentence finale. Si le tribunal arbitral décide, par une décision incidente, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, pour des raisons d'économie de procédure, dans un bref délai – de 15 à 30 jours selon les différents régimes – après réception de la notification de la décision, demander à la justice ordinaire de rendre une décision sur ce point⁸⁹¹. En attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence⁸⁹², sauf au Paraguay où il est expressément interdit au tribunal arbitral de prononcer une sentence en dépit de la continuation de la procédure (art. 19 al. 4 LAM-Py) et au Nicaragua où, en attendant, la procédure est suspendue (art. 42 al. 3 LMA-Ni). On distingue donc trois garde-fous de nature procédurale mis en place dans l'objectif de parer à toute tentative dilatoire, à savoir (i) le court délai pour recourir devant la justice étatique, (ii) l'inappellabilité des décisions judiciaires et (iii) la liberté de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence dans l'intervalle⁸⁹³. Certaines lois d'arbitrage, comme celles du Nicaragua (art. 42 al. 3 LMA-Ni) et du Paraguay (art. 19 al. 3 LAM-Py), imposent en outre, au juge ordinaire un délai de 15, respectivement 7 jours pour se déterminer.

2. Effet négatif

Plus controversé que l'effet positif, l'effet négatif – au sens large ou absolu⁸⁹⁴ – du principe de *Kompetenz-Kompetenz* interdit au juge étatique⁸⁹⁵ saisi au fond du litige au mépris de l'existence d'une convention d'arbitrage de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage et la compétence du tribunal arbitral. Ainsi, contrairement à l'effet positif, l'effet négatif s'adresse aux juridictions étatiques⁸⁹⁶. Comme son opposé, il poursuit également un but d'efficacité maximale⁸⁹⁷. L'effet négatif se caractérise par l'instauration d'une «*règle de priorité, entendue au sens chronologique et non au sens hiérarchique*»⁸⁹⁸. JEAN-FRANÇOIS POUURET et SEBASTIEN BESSON explicitent cette affirmation en précisant que «*sa décision [celle de l'arbitre] n'est prioritaire que par rapport à celle de l'autorité de contrôle du siège qui en connaîtra seulement sur recours*»⁸⁹⁹. La décision du tribunal arbitral pourra aussi être revue par le juge de l'exequatur⁹⁰⁰.

Le fondement conventionnel de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* se trouve à l'art. II ch. 3 CNY, au sens duquel «*le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être*

⁸⁹¹ En droit suisse, le recours en annulation est ouvert contre la sentence arbitrale dans laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent (art. 190 al. 2 LDIP). Le pendant de la disposition suisse se trouve, en Amérique latine, aux art. 79 al. 6-7 LANI-Col (Colombie), 41 al. 4-5 art. LA-Pe (Pérou) et 20 al. 3 LAC-Rép.Do (République Dominicaine). En revanche, les lois d'arbitrage de la Bolivie (art. 34 al. 3 LAC-Bol), du Chili (16 al. 3 LAC-Cl), du Costa Rica (art. 16 al. 3 LA-Cr), du Guatemala (art. 21 al. 3 LA-Gu), du Paraguay (art 19 al. 3 LAM-Py), du Mexique (art. 1432 al. 3 CCo-Mx) et du Nicaragua (art. 42 al. 3 LMA-Ni) prévoient un recours uniquement contre la décision de l'arbitre déclarant sa compétence. Ceci s'explique par l'influence de l'art. 16 al. 3 Loi-type CNUDCI sur ces régimes.

⁸⁹² Cf. art. 16 al. 3 Loi-type CNUDCI, art. 34 al. 3 LAC-Bo (Bolivie), art. 20 § 2 LA-Br (Brésil), art. 16 al. 3 LAC-Cl (Chili), art. 79 al. 5-7 LANI-Col (Colombie), art. 16 al. 3 LA-Cr (Costa Rica), art. 21 al. 3 LA-Gu (Guatemala), art. 1432 al. 3 CCo-Mx (Mexique), art 19 al. 3-4 LAM-Py (Paraguay), art. 41 al. 4-5 LA-Pe (Pérou) et art. 20 al. 3 LAC-Rép.Do (République Dominicaine).

⁸⁹³ FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 626.

⁸⁹⁴ L'effet négatif au sens étroit ou relatif subordonne le déclinatoire de compétence du juge étatique à la requête de l'une des parties d'être renvoyée devant le tribunal arbitral et/ou à l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage.

⁸⁹⁵ Il s'agit du juge du fond et non du juge d'appui ou de l'autorité de recours du siège de l'arbitrage.

⁸⁹⁶ Cf. n° 533.

⁸⁹⁷ Cf. GAILLARD 1999, p. 399, n° 15. Cet auteur estime à ce propos que «*l'argument tiré du souci de déjouer les manœuvres dilatoires se situe dans le prolongement du précédent [cf. n. 912, argument de l'économie de moyens]. Il justifie cependant de manière plus nette l'effet négatif de la compétence-compétence. Même si les arbitres reçoivent également le pouvoir de se prononcer sur ces questions en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, l'existence d'un contentieux parallèle devant les juridictions étatiques sur la validité ou la portée de la convention d'arbitrage ne peut que perturber le déroulement de l'arbitrage*». Dans la mesure où l'arbitrage sous-entend la renonciation au for naturel, certains auteurs voient dans cette règle l'adage *ubi partes sunt concordées nihil abjudicem* qui peut se traduire par «lorsque les parties s'accordent, le juge n'est pas nécessaire» (FERNÁNDEZ ROZAS 2001, p. 41 ss).

⁸⁹⁸ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 415 s., n° 660. Cf. BANIFATEMI, p. 84.

⁸⁹⁹ POUURET/BESSON, p. 407, n° 457.

⁹⁰⁰ Cf. art. V ch. 1 let. c CNY.

appliquée»⁹⁰¹, et à l'art. VI ch. 3 de la Convention européenne de 1961 qui précise que «*lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale*». Ces dispositions sont reprises de manière plus lapidaire, mais précise, à l'art. 8 al. 1 Loi-type CNUDCI qui souligne que «*le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande [...], à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée*».

558 Une lecture attentive de ces dispositions permet de déceler une différence majeure. Alors que les art. II ch. 3 CNY et 8 al. 1 Loi-type CNUDCI – et les régimes s'en aspirant – n'imposent au juge ordinaire le renvoi à l'arbitrage qu'en cas d'exception d'arbitrage, c'est-à-dire lorsque le défendeur fait une demande en ce sens⁹⁰², l'art. VI ch. 3 de la Convention européenne de 1961 ne subordonne pas le déclinatoire de compétence à une telle condition.

559 Nonobstant cette consécration internationale, l'acceptation du déclinatoire de compétence du juge étatique en faveur de l'arbitrage n'est pas accueillie de manière uniforme par toutes les législations étudiées ici. En ce sens, dans une étude très complète sur cette problématique, ANTONIAS DIMOLITSA affirme que «*la priorité dans le temps de l'exercice de la compétence-compétence, bien qu'elle semble rationnellement inhérente au principe, est bien loin d'être généralement acceptée par les ordres juridiques nationaux*»⁹⁰³. Parmi les régimes étudiés ici, trois catégories de pays se distinguent. La première prescrit une acceptation complète – à l'instar de la France – de la règle de priorité de la compétence-compétence⁹⁰⁴, la deuxième consacre une acceptation incomplète de l'effet négatif et la troisième reconnaît le principe – totalement ou partiellement – par voie jurisprudentielle.

560 Les législations qui ont adopté sans ambages une rédaction claire permettant de conclure à l'application – sans restriction – de la compétence-compétence appartiennent à la première catégorie. Le Panama (art. 17 et 30 LACNI-Pa), le Pérou (art. 3 al. 1 LA-Pe) et le Venezuela (art. 5 al. 2 LAC-Ve) en font partie. Ainsi, au Panama et au Pérou, lorsque le juge constate l'existence d'une convention d'arbitrage liant les parties, il doit décliner *ex officio* (*iudicis*) sa compétence. Dans les autres pays énumérés ci-dessous, le renvoi est soumis à la requête de l'une des parties et/ou au contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage⁹⁰⁵. Le Panama et le Pérou ont donc les lois les plus libérales dans ce domaine. L'art. 17 al. 3 LACNI-Pa dispose que «*l'effet procédural consiste dans le déclinatoire de la compétence du tribunal ordinaire en faveur de la juridiction arbitrale choisie et dans le renvoi immédiat de la cause au tribunal arbitral*»⁹⁰⁶, alors que l'alinéa quatre de cette disposition stipule que «*le juge ou le tribunal à qui l'on présente une requête, action ou prétention relative à une controverse soumise à l'arbitrage déclinera sa compétence, rejettera d'entrée la requête, sans autre procédure, et renverra immédiatement les parties à l'arbitrage [...]*»⁹⁰⁷. D'une manière plus laconique, le Pérou se contente de dire à l'art. 3 § 1 LA-Pe que «*dans les affaires régies par ce*

⁹⁰¹ Notons que cette disposition s'inspire de l'art. 4 du Protocole de Genève de 1923 au sens duquel «*les tribunaux des États contractants, saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article premier et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu dudit article et susceptible d'être mis en application, renverront les intéressés, à la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres. Ce renvoi ne préjudicie pas à la compétence des tribunaux au cas où, pour un motif quelconque, le compromis, la clause compromissoire ou l'arbitrage sont devenus caducs ou inopérants*».

⁹⁰² L'exception d'arbitrage ne doit pas être confondue avec l'exception d'incompétence. La première est celle par laquelle une partie demande au juge, sur la base d'une convention d'arbitrage, de décliner sa compétence en faveur du tribunal arbitral, tandis que la deuxième est celle par laquelle une partie demande au tribunal arbitral de se déclarer incompétent pour dirimer le litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage. De plus, tout comme l'exception d'incompétence, l'exception d'arbitrage doit être soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense sur le fond (cf. n° 552 ss; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 675; GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 698). Cf. Décision de la Cour Suprême de Justice du Chili, 1^e Salle, *Torres González, Germán/Ponce Jerez, Eduardo Alfonso*, du 21 mars 2005 dans laquelle la Haute Cour a refusé la demande d'exception d'arbitrage interjetée en deuxième instance par l'une des parties ayant procédé au fond en première instance. Les juges ont estimé que le comportement du demandeur impliquait une renonciation tacite à la convention d'arbitrage.

⁹⁰³ DIMOLITSA, p. 329.

⁹⁰⁴ DIMOLITSA, p. 333 ss. En France, l'art. 1448 NCPC dispose que «*lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable*». Cette disposition distingue deux situations. La première concerne l'éventualité dans laquelle un tribunal arbitral est déjà saisi d'un litige, auquel cas la juridiction étatique doit se déclarer incompétente. C'est l'expression du caractère absolu du principe de *Kompetenz-Kompetenz*. La seconde se réfère à l'hypothèse dans laquelle un tribunal arbitral n'est pas encore saisi, auquel cas le tribunal ordinaire ne peut se déclarer incompétent que si la convention d'arbitrage n'est manifestement pas nulle ou inapplicable. Dès lors, le contrôle de la convention d'arbitrage doit se limiter à une analyse *prima facie* (cf. POUURET/BESSON, p. 460, n° 506 ss).

⁹⁰⁵ Cf. n° 562.

⁹⁰⁶ Traduction libre.

⁹⁰⁷ Traduction libre.

*Décret législatif, l'autorité judiciaire n'interviendra que dans la mesure où cette norme le prévoit*⁹⁰⁸. Cette disposition tend à éviter l'intervention judiciaire dépassant le champ d'intervention et/ou de contrôle autorisé par la loi d'arbitrage. Or, dans la mesure où la législation péruvienne n'accorde pas au juge étatique la faculté de se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral, nous estimons que toute intervention en ce sens est à proscrire. Par conséquent, les juges saisis au fond du litige au mépris de l'existence d'une convention d'arbitrage renverront immédiatement les parties à l'arbitrage. Au Venezuela, en vertu de l'art. 5 al. 2 LAC-Ve, *«l'accord d'arbitrage est exclusif et excluant la juridiction ordinaire»*⁹⁰⁹. Il ne s'agit pas d'une exclusion absolue de la juridiction des tribunaux étatiques, mais d'une règle de priorité chronologique qui octroie aux tribunaux arbitraux la compétence de statuer en premier sur leur propre compétence⁹¹⁰.

Une remarque s'impose à l'égard des législations panaméennes et péruviennes. Nous estimons que les lois de ces deux pays sont encore plus libérales que le droit français de l'arbitrage international – qui prévoit l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi⁹¹¹ –, dans la mesure où elles ordonnent le dessaisissement du juge en tout temps. Enfin, compte tenu de la jurisprudence contradictoire des tribunaux vénézuéliens en la matière, cette observation n'est pas valable pour ce pays. 561

Les législations qui ont opté pour une formulation textuelle, voire semblable à celle de l'art. 8 al. 1 Loi-type CNUDCI appartiennent à la deuxième catégorie. La Bolivie (art. 12 al. 2 et 3 LAC-Bo), la Colombie (art. 67 et 70 LANI-Col), le Costa Rica (art. 5 et 8 LA-Cr), Cuba (art. 15 D-Cub), l'Équateur (art. 7 LAM-Eq), le Guatemala (art. 11 al. 1 LA-Gu), le Honduras (art. 40 let. b LCA-Ho), Le Salvador (art. 31 let. b LMCA-Sv), le Mexique (art. 1424 CCo-Mx), le Paraguay (art. 11 al. 1 LAM-Py), la République Dominicaine (art. 8 et 12 LAC-Rép.Do) et la Suisse (art. 7 LDIP) font partie de ce groupe. Malgré l'apparente similitude entre les textes, il importe de distinguer, d'un côté, les lois d'arbitrage qui conditionnent le renvoi de la cause à l'arbitrage au prérequis du contrôle *prima facie* du caractère caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée de la convention d'arbitrage, et, d'autre côté, celles qui le conditionnent de surcroît à la demande de l'une des parties, en général la défenderesse. 562

Ainsi, en Suisse, le juge du fond doit décliner d'office sa compétence lorsqu'il constate l'existence d'une convention d'arbitrage liant les parties, mais il doit au préalable procéder à un contrôle sommaire de la convention d'arbitrage⁹¹². A l'instar du droit suisse, l'art. 7 al. 2 de la loi d'arbitrage équatorienne prévoit que les juges 563

⁹⁰⁸ Traduction libre. Cf. art. 5 Loi-type CNUDCI.

⁹⁰⁹ Traduction libre.

⁹¹⁰ Cf. JESÚS O. 2005, p. 115 ss. Cet auteur considère que la règle du renvoi direct de la cause à l'arbitrage souffre une exception lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle (JESÚS O. 2005, p. 118). Ce sera le cas lorsque la convention d'arbitrage porte sur une matière inarbitrable au sens de l'art. 3 LAC-Ve. A noter qu'en dépit de la clarté de l'art. 5 LAC-Ve, il existe au Venezuela une certaine pratique jurisprudentielle contradictoire selon laquelle la compétence des arbitres doit être tranchée par les tribunaux ordinaires (cf. n° 550; ARAQUE BENZO/ALMÁNDOZ MONTEROLA/ALMÁNDOZ MONTEROLA, p. 733). Il est tout de même important de signaler la décision TSJ/SC/n° 09-573 du 3 novembre 2010 dans laquelle la Salle Constitutionnelle a considéré que *«[...] la vérification sommaire doit se limiter à (i) la constatation du caractère écrit de la convention d'arbitrage et (ii) que l'on exclut toute analyse relative aux vices du consentement découlant de la clause écrite»* (traduction libre).

⁹¹¹ Cf. n. 904.

⁹¹² Pour rappel, bien que véhiculant le même courant d'idées, la LDIP ne s'est pas inspirée de la Loi-type CNUDCI (cf. n° 134). La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse estime que le juge suisse doit examiner la compétence du tribunal arbitral avec plein pouvoir d'examen lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger. Dans ce cas, le juge suisse doit statuer sur la base de l'art. II ch. 3 CNY. En revanche, le juge suisse examine *prima facie* la compétence du tribunal arbitral lorsque le siège du tribunal arbitral se situe en Suisse. Dans cette hypothèse, le juge suisse applique l'art. 7 LDIP (ATF 122 III 139 c. 2b, p. 143; ATF 121 III 38 c. 2b, p. 42). Cette jurisprudence a donné naissance à une controverse doctrinale. Si une partie des auteurs estime que, faute de base légale précise, le juge ordinaire doit procéder à un examen avec plein pouvoir, et ce indifféremment du lieu du siège de l'arbitrage (POUDRET/BESSON, p. 456, n° 502 ss; POUDRET 2005, p. 403), une autre partie de la doctrine souhaiterait voir étendre l'effet négatif de la compétence-compétence aux arbitrages dont le siège n'est pas situé en Suisse. Pour EMMANUEL GAILLARD, cette position repose sur deux fondements, à savoir (i) l'identité des textes applicables et (ii) la généralité de la raison d'être de la règle. Le premier argument met en exergue le fait que *«les textes qui gouvernent, en droit suisse, l'office du juge confronté à l'exception d'arbitrage soulevée par l'un des plaideurs sont libellés dans les mêmes termes que l'arbitrage se déroule ou non dans ce pays»* (GAILLARD 2005, p. 319 ss). Dès lors, rien ne s'opposerait à ce que la solution retenue par le Tribunal fédéral, selon laquelle le pouvoir d'examen du juge de droit commun varie en fonction du lieu du siège de l'arbitrage, soit abandonnée au profit d'une généralisation de l'examen *prima facie*, quel que soit le siège de l'arbitrage. Enfin, le deuxième argument repose sur les justifications de l'existence de l'effet négatif, qui sont au nombre de trois. La première justification consiste dans la volonté de décourager d'éventuelles manœuvres de déstabilisation de l'arbitrage. La deuxième réside dans le principe d'économie de moyens. La troisième veille à ce que l'organisation des compétences régies par le droit objectif ne puisse pas être altérée selon le bon vouloir des parties. Ainsi, selon cet auteur, *«chacune de ces justifications nous paraît également vraie que le siège de l'arbitrage soit situé ou non sur le territoire de la juridiction qu'un plaideur prétend saisir du fond du litige en dépit de l'existence prima facie d'une convention d'arbitrage»* (GAILLARD 2005, p. 322). Au surplus, EMMANUEL GAILLARD soulève, à juste titre, que *«la solution consistant à ne faire jouer la règle de l'effet négatif que lorsque le siège de l'arbitrage est fixé en Suisse présente un inconvénient évident dans les cas dans lesquels le siège de l'arbitrage n'a pas encore été fixé au moment où la question se pose»* (GAILLARD 2005, p. 323). Pour terminer, nous suivons l'avis de GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et d'ANTONIO RIGOZZI selon lesquels l'examen de la convention d'arbitrage portant sur une procédure se déroulant à l'étranger doit être sommaire lorsque

étatiques surseoiront, sauf dans les cas prévus par la loi, à statuer sur la compétence de l'arbitre. Cette disposition présente, en outre, la particularité de codifier le principe *favor arbitralis* en vertu duquel «[...] *en cas de doute, l'organe judiciaire respectif se déclarera en faveur de la résolution des controverses au moyen de l'arbitrage*»⁹¹³. Au Paraguay, au sens de l'art. 11 al. 1 LAM-Py «[...] *le juge saisi d'un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande [...], à moins qu'il ne constate que ladite convention est nulle, inefficace ou non susceptible d'être exécutée*»⁹¹⁴. Ce principe est, par ailleurs, codifié aux art. 224 let. h et 232 du Code de procédure civile du Paraguay. En vertu de ces dispositions, si l'exception «de convention d'arbitrage» n'est pas rejetée par le juge étatique, la demanderesse pourra agir devant le tribunal arbitral⁹¹⁵. A Cuba, l'art. 15 D-Cub précise que les tribunaux de la juridiction ordinaire s'abstiendront de statuer sur les questions en rapport avec une convention d'arbitrage, sauf si une partie soulève sa nullité, son inefficacité ou son inapplicabilité. Il en découle qu'à Cuba les tribunaux déclineront d'office leur compétence à moins que la validité de la convention d'arbitrage soit contestée⁹¹⁶. La procédure est donc inversée vis-à-vis des autres régimes étudiés, dans lesquels l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage se fait d'office et non sur demande de l'une des parties. En revanche, le régime cubain de l'arbitrage commercial international ne précise pas si, une fois la requête émise, le juge ordinaire doit procéder à un examen avec plein pouvoir ou à un examen sommaire de la question⁹¹⁷. Au Guatemala, l'art. 11 al. 1 LA-Gu stipule que «[...] *la convention d'arbitrage empêche les juges et les tribunaux de connaître des actions fondées sur des controverses soumises à l'arbitrage, pour autant que la partie intéressée l'invoque moyennant l'exception d'incompétence*»⁹¹⁸. Autrement dit, dès le moment où la partie défenderesse soulève l'exception d'arbitrage, le juge ordinaire doit surseoir *ex officio (iudicis)* à statuer sur le fond et renvoyer immédiatement les parties à l'arbitrage⁹¹⁹. Selon une partie de la doctrine arbitrale guatémaltèque, que nous approuvons, le juge ordinaire doit décliner sa compétence à partir du moment de sa saisine, si l'existence d'une convention d'arbitrage est portée à sa connaissance, avec le mémoire de demande⁹²⁰. Enfin, au Honduras (art. 40 al. 1 let. b LCA-Ho) et au Salvador (art. 31 let. b LMCA-Sv), le juge saisi d'un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage doit surseoir à statuer lorsque la partie défenderesse le sollicite.

564 Parmi les législations latino-américaines qui posent encore le prérequis du contrôle *prima facie* du caractère caduque, inopérant ou non susceptible d'être exécuté de la convention d'arbitrage se trouvent aussi les lois de la Bolivie (art. 12 al. 2 LAC-Bo), du Costa Rica (art. 8 al. 1 LA-Cr) et du Mexique (art. 1424 al. 1 Cco-Mx). Dans ces pays, en application de la théorie de *l'effet négatif relatif ou restreint* du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, le juge doit renvoyer – après requête de l'une des parties – la cause à l'arbitrage sauf si la nullité, l'inefficacité ou l'impossibilité d'exécution de la convention d'arbitrage est notoire ou manifeste. Dans d'autres pays comme la Colombie (art. 70 al. 1 LANI-Col), le Guatemala (art. 11 al. LA-Gu), le Honduras (art. 40 let. b LCA-Ho), Le Salvador (art. 31 let. b LMCA-Sv), le Panama (art. 17 al. 4 LACNI-Pa), le Pérou (art. 3 LA-Pe), la République Dominicaine (art. 12 LAC-Rép.Do) ou encore le Venezuela (art. 5 al. 2 LAC-Ve), ce contrôle, aussi sommaire soit-il, n'est pas exigé du juge.

565 Avant de commenter l'acceptation de l'effet négatif par voie jurisprudentielle des pays formant la troisième catégorie, et pour terminer le panorama comparatif des législations entrant dans la première et deuxième catégories, notons encore que les lois d'arbitrage de la Bolivie, du Costa Rica, du Mexique et du Paraguay – les moins libérales de ces deux groupes – imposent au juge de droit commun, avant de décliner sa compétence, le respect de deux conditions cumulatives: (i) la requête de renvoi à l'arbitrage de l'une des parties et (ii) l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage.

l'arbitrage a lieu sur le sol d'un Etat membre de la «Convention de New York ou d'un autre traité sur la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage» (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 248, n° 444).

⁹¹³ Traduction libre. Cf. MARCHÁN/ANDRADE CADENA, p. 330.

⁹¹⁴ Traduction libre.

⁹¹⁵ Cf. BREUER/ZAVALA, p. 619.

⁹¹⁶ DÁVALOS FERNÁNDEZ, p. 273 ss.

⁹¹⁷ Il serait souhaitable que la pratique arbitrale cubaine adopte une approche conforme aux exigences internationales et décide de soumettre la question à un examen *prima facie*.

⁹¹⁸ Traduction libre.

⁹¹⁹ Remarquons que le législateur guatémaltèque emploie, comme son homologue dominicain, de manière erronée le terme «exception d'incompétence» pour se référer à l'exception d'arbitrage. Cf. n. 922 s.

⁹²⁰ CASTELLANOS HOWELL 2009, p. 423; CASTELLANOS HOWELL/PANIAGUA DE ROHRMOSER, p. 476.

Le Nicaragua constitue un cas à part puisque, dans un premier temps, au sens de l'art. 28 LMA-Ni, le tribunal étatique saisi d'une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage, au plus tard au moment de la réception de la première demande au fond, ou lorsque l'existence de la convention d'arbitrage sera portée à sa connaissance. Au Nicaragua, la décision du tribunal étatique n'est donc pas subordonnée à la requête de renvoi à l'arbitrage de l'une des parties. Cependant, en second lieu, cette disposition précise que tel ne sera pas le cas lorsque la partie qui se prévaut de l'exception d'arbitrage «[...] *argumente et prouve que* [la convention d'arbitrage] *est nulle, inefficace ou inapplicable*⁹²¹». Cette dernière phrase implique, à notre sens, un examen à titre principal, et non préjudiciel.

Le tableau comparatif reproduit ci-dessous illustre la consécration législative de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* par les diverses lois d'arbitrage étudiées.

Consécration législative de l'effet négatif	
Renvoi immédiat sans requête	Renvoi soumis à requête
Equateur (art. 7 LAM-Eq) Cuba (art. 15 D-Cub) Panama (art. 17 al. 3 et 4 LACNI-Pa) Pérou (art. 3 LA-Pe) Suisse (art. 7 let. b LDIP) Venezuela (art. 5 al. 2 LAC-Ve)	Bolivie (art. 12 al. 2 et 3 LAC-Bo) Colombie (art. 70 al. LANI-Col) Costa Rica (art. 8 LA-Cr) Guatemala (art. 11 al. 1 LA-Gu) Honduras (art. 40 let. b LCA-Ho) Le Salvador (art. 31 let. b LMCA-Sv) Mexique (art. 1424 CCo-Mx) République Dominicaine (art. 12 LAC-Rép.Do) ⁹²² Paraguay (art. 11 al. 1 LAM-Py)
Sans examen <i>prima facie</i>	Avec examen <i>prima facie</i>
Colombie (art. 70 al. 1 LANI-Col) Guatemala (art. 11 al. 1 LA-Gu) Honduras (art. 40 let. b LCA-Ho) Le Salvador (art. 31 let. b LMCA-Sv) Panama (art. 17 al. 3 et 4 LACNI-Pa) Pérou (art. 3 LA-Pe) République Dominicaine (art. 12 LAC-Rép.Do) Venezuela (art. 5 al. 2 LAC-Ve)	Bolivie (art. 12 al. 2 et 3 LAC-Bo) Costa Rica (art. 8 LA-Cr) Mexique (art. 1424 et 1465 CCo-Mx) Paraguay (art. 11 al. 1 LAM-Py) Suisse (art. 7 let. b LDIP)

⁹²¹ Traduction libre.

⁹²² Cette disposition utilise dans ce contexte de manière erronée le terme «exception d'incompétence» pour ce référer à l'exception d'arbitrage. Cf. n. 919.

- 568 La troisième catégorie est composée par les pays dont les tribunaux ordinaires ont accepté l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* nonobstant l'absence de base légale. Ainsi, la Chambre argentine d'Appel en matière commerciale a confirmé, sur appel, la décision du juge de première instance selon laquelle la constatation de l'existence d'une convention d'arbitrage était suffisante pour renvoyer les parties devant le tribunal arbitral, et donc pour rejeter «l'exception d'incompétence»⁹²³. Par cette décision, les juges argentins ont confirmé la jurisprudence développée dans l'arrêt *Reef Exploration Inc. v. Cía. General de Combustibles SA*, LL 2003-E-937 du 5 novembre 2002 qui consiste à reconnaître à la convention d'arbitrage valeur de loi pour les parties⁹²⁴.
- 569 Nonobstant ces décisions en faveur de la reconnaissance de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, l'existence d'une loi d'arbitrage contenant les fondements des art. II ch. 3 CNY et 8 al. 1 Loi-type CNUDCI aurait évité le prononcé de décision allant à l'encontre de ce principe⁹²⁵. En conséquence, nous souscrivons à la doctrine majoritaire de ce pays qui considère que cette incertitude juridique porte atteinte au développement de l'arbitrage en Argentine⁹²⁶.
- 570 Au Chili, l'absence d'une disposition expresse consacrant l'effet négatif de la compétence-compétence n'a pas empêché la reconnaissance de ce principe par la Cour Suprême de Justice. Dans un arrêt du 26 avril 2001, ce tribunal a souligné que «*tant le compromis que la clause compromissoire ont un effet commun important: l'exception d'arbitrage*»⁹²⁷. La Haute Cour chilienne a considéré que l'exception d'arbitrage consiste dans le droit d'une partie de demander au juge étatique de renvoyer la cause devant le tribunal arbitral, lorsque la juridiction ordinaire en a été saisie⁹²⁸.
- 571 Au Brésil, la Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul a rendu une décision le 12 novembre 2008 dans l'affaire *TFL Italia v. Coraquim Industria de Produtos Quimicos e Representações LTDA*, dans laquelle les juges se sont déclarés incompétents en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage⁹²⁹. Cette décision suit l'opinion exprimée par la Tribunal Supérieur de Justice qui a reconnu la compétence du tribunal arbitral de statuer en premier sur la validité d'une convention d'arbitrage⁹³⁰. Cette tendance en faveur de l'effet négatif a été consolidée par la Décision de la Cour d'Appel de l'Etat de São Paulo du 12 avril 2012 et par la Décision du Tribunal Supérieur de Justice du 21 mai 2013. Dans la première, les juges ont estimé que lorsqu'il apparaît évident que la convention d'arbitrage est nulle et non avenue, les tribunaux étatiques ont la compétence de décider si la convention d'arbitrage est valable ou non. Selon la Cour, un tel cas de figure justifie une exception au principe de *Kompetenz-Kompetenz*, dans la mesure où la sentence arbitrale rendue à l'issue de la procédure serait de toute façon annulée ultérieurement par les autorités judiciaires⁹³¹. Par cette jurisprudence, ce Tribunal semble accepter le principe selon lequel le juge ordinaire doit renvoyer la cause à l'arbitrage sauf si la nullité, l'inefficacité ou l'impossibilité d'exécution de la convention d'arbitrage est notoire ou manifeste. Dans la décision du 21 mai 2013, le Tribunal Supérieur de Justice a résumé d'une manière très adroite le fonctionnement de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*. Pour ce Tribunal, il y a coexistence des compétences des arbitres et des juges étatiques pour statuer sur l'existence, la validité, l'extension et l'efficacité de la convention d'arbitrage. Toutefois, ces compétences s'expriment, en procédure, à des moments différents, le pouvoir judiciaire ne pouvant intervenir

⁹²³ Décision de la Chambre d'Appel en matière commerciale, Salle D, *Amadori, Luis A./Pirovano de Badariotti, Raquel F., y otro*, du 8 mars 2003. Dans ce pays, tout comme le législateur dominicain et guatémaltèque, tant la jurisprudence que la doctrine emploient le terme «exception d'incompétence» pour désigner l'exception d'arbitrage (cf. n. 919 et n. 922; Décision de la Cour Suprême de Justice, *Bear Service SA v. Cervceria Modelo SA de CV*, LL 2005-D, du 5 avril 2005; PALLARÉS/ALBORNOZ, p. 104 s.).

⁹²⁴ Cf. n° 543.

⁹²⁵ Cf. Décision de la Cour Suprême de Justice, *Basf Argentina S.A. c. Capdevielle Kay y Cía. S.A.*, du 11 mai 2004.

⁹²⁶ Cf. MACCHIA/ZAPIOLA, p. 126; CAIVANO ROQUE 2010, p. 62 et 72 ss; RIVERA, p. 421.

⁹²⁷ Traduction libre. Décision de la Cour Suprême de Justice, *Jorge Filiador Fernández Serrano/Sociedad Forestal Vildósola Ltda*, du 26 avril 2001.

⁹²⁸ Cf. FERNÁNDEZ RUIZ 2009, p. 296; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 695 s.

⁹²⁹ La Cour estime en particulier que «*no caso, considerando que a cláusula foi estabelecida entre partes capazes e não hipossuficientes; por escrito; de forma expressa tanto quanto à sua existência quanto ao seu alcance; sem ofensa à ordem pública; encaixando-se nas hipóteses de manifestação da autonomia da vontade; tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis (compra e venda de mercadorias), não cabe ao Judiciário examinar a postulação da parte autora – o que, de forma alguma, caracterizaria ofensa ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal*». Voici une proposition de traduction: «*dans le cas présent, dans la mesure où la convention [d'arbitrage] a été conclue entre parties capables de s'obliger et non interdites; par écrit; de forme expresse aussi bien quant à son existence qu'à sa portée; sans porter atteinte à l'ordre public; se conformant aux hypothèses des manifestations de l'autonomie de la volonté; portant sur des droits patrimoniaux disponibles (achat et vente de marchandises), il n'appartient pas ne autorités judiciaires d'examiner la requête de la partie demanderesse au sens de laquelle il y aurait, de quelque façon que ce soit, violation de l'art. 5 XXXV de la Constitution fédérale*».

⁹³⁰ Décision du Tribunal Supérieur de Justice, *Americal v. Compushopping Informatica Ltda. Y otros*, du 11 avril 2003.

⁹³¹ <http://globalarbitrationreview.com/reviews/48/sections/167/chapters/1866/brazil>, commentaires de SOARES MACIEL/DE LIMA VERONA (16.03.2014).

qu'après le prononcé de la sentence arbitrale, en conformité avec les art. 33 I et 33 LA-Br⁹³². Enfin, une partie de la doctrine brésilienne est d'avis que l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* est garanti par l'art. 267 ch. 7 du Code de procédure civile brésilien, qui dispose que le procès s'éteint, sans décision au fond, lorsqu'il existe une convention d'arbitrage⁹³³.

Par décision du 24 mars 2006, la Cour Suprême de Justice de l'Uruguay a considéré qu'en vertu de l'art. II ch. 3 CNY, les tribunaux étatiques sont tenus de renvoyer les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. Selon la Haute Cour, la nullité, l'inefficacité ou l'inapplicabilité d'une convention d'arbitrage international doit s'analyser à la lumière du droit conventionnel international. En outre, les juges uruguayens signalent que la nullité, l'inefficacité ou l'inapplicabilité doit se fonder sur des motifs de poids ou des vices grossiers. Ainsi, pour la Cour, une convention d'arbitrage est notamment nulle lorsqu'elle résulte d'une tromperie ou d'une supercherie. Il en va de même si elle est entachée d'un vice de consentement⁹³⁴. Constatant la validité de la convention d'arbitrage, compte tenu du fait que les parties connaissaient l'existence de la convention d'arbitrage, qu'il n'y a pas eu de tromperie ou de supercherie et que les parties ont la capacité civile active, la Haute Cour uruguayenne a confirmé la décision d'une Cour d'appel inférieure selon laquelle la compétence pour examiner la validité de la convention d'arbitrage appartient au tribunal arbitral, et non à la juridiction ordinaire⁹³⁵. La jurisprudence uruguayenne considère que l'exception d'arbitrage doit être interjetée, au plus tard, au moment de la remise du mémoire de réponse et non à l'audience de conciliation⁹³⁶. Enfin, notons que l'entrée en matière sur le fond de la part du défendeur vaut renonciation à l'arbitrage⁹³⁷.

⁹³² Décision du Tribunal Supérieur de Justice, *Samarco Mineração S/A v. Jerson Valadares Da Cruz*, du 21 mai 2013. Voici le passage en portugais: «*de fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem*». Nous proposons la traduction suivante: «*en effet, la coexistence des compétences des arbitres et des juges étatiques est certaine en ce qui concerne les questions inhérentes à l'existence, la validité, l'extension et l'efficacité de la convention d'arbitrage. En fait – hormis l'hypothèse de la clause compromissoire pathologique ("blanche") –, ce qui se remarque est une alternance des compétences des organes mentionnés car ils la détiennent à des moments différents de procédure, c'est-à-dire que le Pouvoir judiciaire ne peut intervenir qu'après le prononcé de la sentence arbitrale, conformément aux art. 32 I et 33 de la Loi d'arbitrage*».

⁹³³ BARRAL OLIVEIRA/SILVA MAILLART, p. 189.

⁹³⁴ Cf. n° 393 ss.

⁹³⁵ Décision 43/2006 de la Cour Suprême de Justice n° 10298, *Acosta, Nelson y otra v. Prudential Equity Group inc. y otro*, du 24 mars 2006.

⁹³⁶ GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 698.

⁹³⁷ Décision du Tribunal d'Appel en matière civile n° 363, *Sagast Ltda c/ Cooperativa de viviendas de Galicia iv (coviga iv) y otro*, du 12 décembre 2007.

SECTION CINQ:

EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Titre premier: Présentation générale

573

La convention d'arbitrage étant un véritable contrat, elle ne produit d'effets obligatoires qu'à l'égard des seules parties à la convention (principe *res inter alios acta*), sauf en présence d'un cas d'extension des effets de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires⁹³⁸. Comme tout contrat, la convention d'arbitrage est en outre régie par les principes de *pacta sunt servanda*, de la bonne foi et de l'autonomie de la volonté⁹³⁹. Les parties ont en premier lieu une pluralité d'obligations *de faire (facere)* dont la plus importante est l'obligation de recourir à l'arbitrage en cas de litige⁹⁴⁰. Il en sera question au titre deux de cette section⁹⁴¹. Les autres obligations, qui seront présentées au titre quatre, sont des obligations accessoires contenant notamment l'obligation d'agir de bonne foi, l'obligation de pourvoir à l'avance des frais de l'arbitrage, l'obligation de faciliter la nomination des arbitres et l'obligation de confidentialité⁹⁴². Les parties sont également débitrices d'une obligation *de ne pas faire (non facere)* qui leur interdit de saisir le juge étatique pour régler leurs controverses⁹⁴³. Cette obligation sera analysée au titre

⁹³⁸ Cf. n° 425 ss; MERINO MERCHAN/CHILLÓN MEDINA, p. 1283, n° 2780; MÜLLER, p. 722 s., n° 3361 et p. 728, n° 3382; MÜLLER, *Article 178 – Arbitration agreement*, p. 56, n° 6; Décision de la Cour d'Appel de Santiago de Chili, *Procter & Gamble Inc./Agencia Almadena, S.A.*, du 2 juin 1999. Ainsi, si la convention d'arbitrage n'était pas dotée de la force obligatoire des conventions, elle ne constituerait qu'une simple déclaration d'intention dénuée d'effet juridique (cf. GIRSBERGER/VOSER, p. 99, n° 364). En ce sens, MARCO DE BENITO LLOPIS LLOMBART considère qu'une authentique relation juridique, avec ses droits et obligations, naît de la conclusion de la convention d'arbitrage, alors qu'une relation différente, la relation procédurale, voit le jour à partir de la requête d'arbitrage. A son avis, tout ce qui se réfère à l'arbitre concerne la procédure arbitrale, et est donc indépendant de la convention d'arbitrage (LLOPIS-LLOMBART, p. 100 ss). En définitive, pour cet auteur, avant le début de la procédure arbitrale, la convention d'arbitrage produit *inter partes* uniquement des effets juridiques de nature matérielle, les effets procéduraux n'étant que la conséquence de la requête d'arbitrage. C'est elle qui produit les effets procéduraux, tout comme le mémoire de demande fait naître la relation juridique procédurale (LLOPIS-LLOMBART, p. 123 ss). Sur ce point, nous estimons que l'aspect procédural de l'arbitrage n'est en réalité qu'un effet du contrat d'arbitre (cf. n° 262 ss).

⁹³⁹ Cf. n° 310.

⁹⁴⁰ Cf. VERDERA SERVER, p. 356 s. Les parties s'y engagent également à respecter et à exécuter la sentence arbitrale (cf. n° 259; MÜLLER, *Article 178 – Arbitration agreement*, p. 56, n° 6). En raison de son importance, nous traiterons séparément l'effet positif imposant la saisine du tribunal arbitral et les autres effets positifs, mais accessoires (cf. n° 614 ss). Pour une partie de la doctrine, la convention d'arbitrage ne donne pas naissance à une obligation de faire «*au niveau du droit matériel*» (MÜLLER, p. 722, n° 3360) car «*nul ne peut imposer à quiconque le devoir d'exercer une action, de formuler une prétention juridique*» (LLOPIS-LLOMBART, p. 120 ss). Pour ce dernier auteur, le recours à l'arbitrage revêt la nature juridique d'une incombance matérielle d'origine consensuelle (negocial) ou autonome (Obliigenheiten) – au même titre que le déclinatoire de compétence – dont la violation donne droit à des dommages-intérêts, et non d'une incombance procédurale (Prozesslasten) (LLOPIS-LLOMBART, p. 121 s.). Cet auteur analyse les effets de la convention d'arbitrage sous l'angle restreint de la relation contractuelle et de ses effets *res inter alios acta*. Autrement dit, MARCO DE BENITO LLOPIS LLOMBART prend uniquement en compte les effets que la convention d'arbitrage déploie avant le début de la procédure arbitrale. Pour lui, «*une analyse des effets de la convention d'arbitrage qui se veut rigoureuse doit renoncer à toute considération procédurale et se centrer sur la nature et le contenu des pouvoirs que l'ordre juridique attribue à chacune des parties [...]*» (traduction libre, LLOPIS-LLOMBART p. 100). Ainsi, il distingue deux phases dans lesquelles la convention d'arbitrage est susceptible de déployer des effets, à savoir: une «*phase statique*», au cours de laquelle des effets matériels se produisent, et une «*phase dynamique*» qui connaît des effets procéduraux. Durant la première phase, aucune action n'est exercée, alors que durant la deuxième phase oui (LLOPIS-LLOMBART, p. 95). La frontière entre les deux se situerait au moment où l'une des parties reçoit la *notitia litis*, c'est-à-dire la requête de soumettre le litige à l'arbitrage, et non au moment du *receptum arbitri*, autrement dit au moment de l'acceptation des arbitres de dirimer la controverse. Il en découle que, pour lui, la désignation et l'acceptation des arbitres sont des éléments purement procéduraux (LLOPIS-LLOMBART, p. 97). Nous sommes d'un avis contraire et estimons que lorsque le type d'arbitrage envisagé est *ad hoc*, la désignation des arbitres, nommés directement par les parties, correspond à l'exécution de l'obligation positive de soumettre le litige à l'arbitrage découlant de la convention d'arbitrage. Lorsque l'arbitrage est institutionnel, l'exécution de cette obligation survient au moment où la requête d'arbitrage est déposée. Dans les deux hypothèses, l'acceptation de la mission d'arbitrer, lorsqu'elle rencontre l'offre d'arbitrer, forme le contrat d'arbitre (cf. n° 580 ss; CLAY, p. 513 ss). Afin de comprendre la raison pour laquelle MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART considère que le déclinatoire de compétence est une incombance matérielle, il y a lieu de s'arrêter un moment sur l'analyse qu'il fait des «*pouvoirs des parties*» avant et après le début de la procédure arbitrale. Cet auteur se demande si les moyens d'attaque ou de défense appartenant aux parties peuvent véritablement être de nature procédurale, en dehors de toute procédure. Il répond par la négative car, pour lui, sans procédure, les effets que déploie *inter partes* la convention d'arbitrage ont un caractère matériel (LLOPIS-LLOMBART, p. 112). Sous cet angle, cet auteur conclut que le déclinatoire de compétence est une incombance matérielle, dans la mesure où cette dernière peut se définir comme le comportement que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique. Elle vise un certain comportement dans un cas déterminé, mais il ne s'agit pas d'une obligation au sens technique. En effet, celui qui la refuse ou omet d'agir ne peut pas y être contraint; il perdra en revanche le bénéfice de certains droits. De ce fait, le créancier arbitral doit invoquer le déclinatoire de juridiction, faute de quoi il est déchu de son droit (LLOPIS-LLOMBART, p. 118). Pour terminer et afin de consolider son critère, il met en exergue la différence entre une incombance de nature matérielle et une incombance de nature procédurale. Ainsi, une incombance procédurale tend à augmenter les expectatives d'obtenir une décision favorable, tandis qu'une incombance matérielle tend à éviter la perte d'un droit. En ce sens, «*le déclinatoire de compétence ne cherche pas [...] à augmenter les expectatives d'obtenir une décision favorable: son seul objet est d'éviter que cette décision soit prononcée [...]*» (traduction libre; LLOPIS-LLOMBART, p. 119). Cf. n. 975.

⁹⁴¹ Cf. n° 580 ss.

⁹⁴² Cf. n° 614 ss; GONZALEZ DE COSSIO 2011, p. 265 ss; POUURET/BESSON, p. 334 ss; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 100, n° 189 c; FERNANDEZ ARROYO/KLEINER, p. 144; BENETTI SALGAR, p. 244 ss; MÜLLER, p. 728, n° 3382; MÜLLER, *Article 178 – Arbitration agreement*, p. 56, n° 6; MERINO MERCHAN/CHILLÓN MEDINA, p. 1287, n° 2788.

⁹⁴³ LLOPIS-LLOMBART, p. 79 ss et 166 ss; SANTOS BELANDRO 2010, 91 ss; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 395, n° 624; POUURET/BESSON, p. 333 s., n° 367; GONZALEZ DE COSSIO 2011, p. 247 ss; GIRSBERGER/VOSER, p. 98 ss; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 100 s.; GUEVARA/INCHAUSTE, p. 153; WIDDEROWITZ NETO/CARVALHO/AZEVEDO CORREA/MARTINS DE OLIVEIRA, p. 175 s.; BARRAGAN

trois⁹⁴⁴. Si le contraire ne ressort pas de la volonté des parties, cette obligation négative comporte, à nos yeux, la renonciation à l'intervention de l'autorité de conciliation⁹⁴⁵. L'obligation de recourir à l'arbitrage et l'interdiction de soumettre la question litigieuse à la juridiction ordinaire sont usuellement connues sous les dénominations génériques d'*effet positif* et d'*effet négatif* de la convention d'arbitrage.

Nous sommes d'avis que l'effet positif et l'effet négatif de la convention d'arbitrage peuvent aisément se confondre avec l'effet positif et l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*. Cela s'explique par le fait que les effets de la convention d'arbitrage touchent également à la compétence des arbitres et à la compétence du juge étatique. Toutefois, les deux se distinguent car l'effet positif et l'effet négatif de la compétence-compétence tirent leur fondement de la loi et non de la convention d'arbitrage elle-même. 574

En ce sens, ANTONIAS DIMOLITSA affirme que «[...] la compétence-compétence fut toujours conçue comme une concession de la part des ordres juridiques nationaux aux arbitres pour que ceux-ci puissent statuer sur leur compétence [...]»⁹⁴⁶. D'aucuns estiment qu'en définitive, cette prérogative ne peut être attribuée au tribunal arbitral que par la loi du lieu de l'arbitrage⁹⁴⁷. D'autres affirment que «[...] la norme qui permet aux arbitres de se prononcer [sur leur propre compétence] n'est pas la convention d'arbitrage elle-même, ni le principe de *pacta sunt servanda* qui justifie son caractère obligatoire» ou que «[...] ce n'est pas la convention d'arbitrage qui fonde la compétence-compétence mais le droit de l'arbitrage de l'Etat du siège de l'arbitrage et, plus généralement, de l'ensemble des Etats susceptibles de reconnaître une sentence rendue par des arbitres sur leur propre compétence»⁹⁴⁸. Ceci signifie que les effets du principe de *Kompetenz-Kompetenz* ne découlent pas de la volonté des parties, celles-ci ayant toutefois par exemple la possibilité, en vertu de la liberté contractuelle, d'exclure expressément la compétence du juge ordinaire pour contrôler la validité de la convention d'arbitrage. 575

La question qui se pose alors est celle de savoir si la volonté des parties de soustraire à la compétence du juge ordinaire l'examen de la validité de la convention d'arbitrage suffit à écarter la compétence des juridictions étatiques, surtout – ou avant tout – dans les pays qui n'ont pas codifié l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*⁹⁴⁹. Pour GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI, une telle *Kompetenz-Kompetenz Abrede* serait efficace en droit suisse⁹⁵⁰. A notre avis, il devrait en aller de même en Amérique latine. En effet, dans la mesure où l'arbitrage suppose la renonciation à la compétence du juge ordinaire quant au fond du litige, rien ne s'oppose à ce que les parties décident de confier au tribunal arbitral de se prononcer en premier sur sa propre compétence. 576

En sus, nous estimons, qu'il y a confusion des deux concepts (effets de la convention d'arbitrage et effets du principe de *Kompetenz-Kompetenz*) – sous l'angle de leurs aspects négatifs – lorsque l'on affirme par exemple que l'effet négatif de la convention d'arbitrage impose au juge le devoir de décliner sa compétence⁹⁵¹, ou lorsque l'on soutient que la convention d'arbitrage n'impose pas seulement l'obligation de *ne pas faire* aux parties mais aussi au pouvoir judiciaire⁹⁵², ou encore lorsque l'on estime que la convention d'arbitrage empêche les tribunaux étatiques de statuer sur les controverses soumises à l'arbitrage⁹⁵³. Ces affirmations concernent en réalité l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* qui interdit au juge étatique saisi au fond du litige, au mépris de l'existence d'une convention d'arbitrage, de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage et sur la compétence du tribunal arbitral. 577

578

ARANGO/RIVERA RAMIREZ, p. 207; CARDENAS MEJIA, p. 389 s.; LACLE ZUÑIGA/FERNANDEZ FAITH, p. 234 s.; MARCHAN/ANDRADE CADENA, p. 329 s.; CASTELLANOS HOWELL 2009, p. 422 s.; GARCIA-CUELLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO, p. 486; VERDERA SERVER, p. 351 ss; MONTES REYES, p. 60 s.; BARRAGAN ARANGO/RIVERA RAMIREZ, p. 207; SOTO COAGUILA, p. 613 s.

⁹⁴⁴ Cf. n° 594 ss.

⁹⁴⁵ Cf. TF 4C.161/2005 du 10 novembre 2005, c. 2.5.2, RSDIE 2007, p. 75.

⁹⁴⁶ DIMOLITSA, p. 329.

⁹⁴⁷ POUURET/BESSON, p. 408 s.

⁹⁴⁸ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 413 s., n° 658.

⁹⁴⁹ Cf. n° 556 ss.

⁹⁵⁰ Cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 248, n° 445a.

⁹⁵¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 247 et 256.

⁹⁵² MARCHÁN/ANDRADE CADENA, p. 330.

⁹⁵³ MONTES REYES, p. 61.

L'effet négatif de la convention d'arbitrage consiste concrètement dans l'interdiction faite aux parties liées par une convention d'arbitrage de saisir la justice étatique. Au surplus, le principe *res inter alios acta* s'oppose à ce que la convention conclue entre les parties produise des effets chez des tiers, y compris le juge ordinaire.

579 A notre avis, les Etats facilitent la mise en oeuvre de l'effet négatif de la convention d'arbitrage, lorsque par l'adoption d'une disposition expresse imposant aux juges le déclinatoire de compétence *ipso jure* ou régissant le degré d'examen de la convention d'arbitrage, généralement limité à une analyse *prima facie*, ils permettent aux parties de se prévaloir de l'incompétence des tribunaux ordinaires, autrement dit lorsque les Etats codifient l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*. La mise en oeuvre de l'effet négatif de la convention d'arbitrage est également facilitée par l'adoption d'une pratique jurisprudentielle libérale en faveur de la primauté de la compétence des tribunaux arbitraux. Dans ces deux hypothèses, l'effet négatif de la convention d'arbitrage et l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* convergent et se superposent, excluant ou limitant de la sorte la compétence des tribunaux étatiques.

Titre deux: Obligation de soumettre le litige à l'arbitrage

580 L'obligation de soumettre le litige à l'arbitrage est le principal effet de la convention d'arbitrage. Cette obligation matérielle n'est autre chose que le résultat de l'application du principe général de *pacta sunt servanda*⁹⁵⁴. Ainsi, la convention d'arbitrage, comme tous les contrats, est *lex inter partes*⁹⁵⁵. Cet effet est le pendant de l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* qui consiste dans la faculté pour le tribunal arbitral de statuer, en cas de contestation, sur sa compétence, sous réserve du contrôle ultérieur du juge étatique⁹⁵⁶. Il s'ensuit que la force obligatoire de la convention d'arbitrage, qui peut être reconnue par des dispositions légales, trouve sa source dans la volonté des parties.

581 Cet effet positif de la convention d'arbitrage est consacré de manière directe par les art. 11 al. 1, 1^e phrase LA-Gu (Guatemala), 17 al. 2 LACNI-Pa (Panama) et 5 al. 2 LAC-Ve (Venezuela). Ainsi, la norme guatémaltèque dispose que «*la convention d'arbitrage oblige les parties à respecter et à observer ce qui a été stipulé*»⁹⁵⁷, la règle panaméenne stipule que l'effet matériel de la convention d'arbitrage «*oblige les parties à observer ce qui a été convenu et à constituer le tribunal arbitral*»⁹⁵⁸ et la disposition vénézuélienne, qui est plus claire, précise qu'en vertu «*[...] de la convention d'arbitrage les parties s'obligent à soumettre leurs controverses à la décision des arbitres [...]*»⁹⁵⁹.

582 Dans les autres pays d'Amérique latine, l'obligation faite aux parties de recourir à l'arbitrage découle des règles relatives à la notion de convention d'arbitrage. Généralement, la formule adoptée s'inspire de l'art. 7 Loi-type CNUDCI (Option I) selon laquelle «*une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel*»⁹⁶⁰.

⁹⁵⁴ SANTOS BELANDRO 2010, p. 91; GIRSBERGER/VOSER, p. 54, n° 209 et p. 98, n° 363; GONZÁLEZ ARROCHA/SÁNCHEZ ORTEGA, p. 544 s.; PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES 2013, p. 139, n° 139; SOTO COAGUILA, p. 612; JEQUIER LEHUEDÉ, p. 239; MARCHÁN/ANDRADE CADENA, p. 329; HARGAIN/MIHALI, p. 707; CAMPOS L./OSSA G., p. 308; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 396, n° 627. Pour ces derniers, le principe de la force obligatoire de la convention d'arbitrage revêt le caractère d'une règle transnationale du droit de l'arbitrage commercial international.

⁹⁵⁵ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1287, n° 2789.

⁹⁵⁶ Cf. n° 532 ss.

⁹⁵⁷ Traduction libre.

⁹⁵⁸ Traduction libre.

⁹⁵⁹ Traduction libre.

⁹⁶⁰ Cf. art. 10 al. 1 LAC-Bo (Bolivie), art. 4 et 9 LA-Br (Brésil), art. 7 al. 1 LAC-CI (Chili), art. 69 al. 1 LANI-Col (Colombie), art. 7 al. 1 LA-Cr (Costa Rica), art. 5 al. 1 LAM-Eq (Equateur), art. 37 LCA-Ho (Honduras), art. 3 let. b LMCA-Sv (Le Salvador), l'art. 1416 al. 1 CCo-Mx (Mexique), art. 27 al. 1 LMA-Ni (Nicaragua), art. 3 let. a LAM-Py (Paraguay), art. 13 al. 1 LA-Pe (Pérou) et art. 10 al. 1 LAC-Rép.Do (République Dominicaine). A noter qu'en droit conventionnel, sans énoncer expressément l'obligation de soumettre à l'arbitrage les controverses visées par une convention d'arbitrage, l'art. II ch. 1 CNY reconnaît le principe en disposant que «*chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage*» (cf. art. 1 Protocole de Genève de 1923). Il en va de même de l'art. 1 CPa en vertu duquel «*est valide l'accord par lequel les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends qui pourront s'élever ou qui se sont élevés entre elles à propos d'une affaire commerciale*» et de l'art. 2 let. e Accord du Mercosur selon lequel la convention d'arbitrage est l'«*accord par lequel les parties décident de soumettre à l'arbitrage toutes ou certaines des controverses qui se sont élevées ou pourraient s'élever entre elles au sujet de leur rapports contractuels*» (traduction libre).

Précédemment nous avons analysé les conditions de forme et les conditions de fond nécessaires à la formation de la convention d'arbitrage⁹⁶¹. Si ces formalités sont respectées, la convention d'arbitrage lie valablement les parties qui, en raison de la nature *synallagmatique* de la convention d'arbitrage, deviennent débitrices et créancières l'une de l'autre de la prestation de soumettre à l'arbitrage les litiges couverts par la convention d'arbitrage⁹⁶². Il en découle que la partie qui, en violation du contrat, saisit la juridiction étatique, enfreint cette obligation et se rend créancière – pour reprendre les termes employés par MARCO DE BENITO LLOPIS LLOMBART – d'un «*reproche juridique*»⁹⁶³. Le reproche juridique dont il est question consiste, à nos yeux, dans la constatation de la prévalence de l'arbitrage au moyen de l'exception d'arbitrage ou d'une *actio ex contractu* tendant à l'exécution *in natura* de la convention d'arbitrage et/ou, le cas échéant, au versement de dommages-intérêts. En effet, nous considérons qu'une convention d'arbitrage dépourvue d'effets obligatoires est inefficace ou pathologique.

L'*actio ex contractu* est le droit, découlant de la convention d'arbitrage, de pouvoir engager une procédure devant les tribunaux étatiques, en raison de la violation d'une obligation contractuelle, en l'occurrence l'obligation de soumettre le litige à l'arbitrage. En revanche, l'exception d'arbitrage est l'acte de procédure tendant au déclinaoire de compétence du tribunal étatique saisi. Elle constitue le moyen de défense à l'action en justice. Sauf circonstance exceptionnelle, nous sommes d'avis qu'il est inapproprié d'introduire une *actio ex contractu* lorsque le juge du fond est déjà saisi de l'affaire. En pareil cas, il vaut mieux utiliser le moyen de l'exception d'arbitrage. Cette prise de position s'explique par un souci d'économie de procédure et de sécurité du droit. Lorsque le juge du fond n'est pas encore saisi, la saisine de la juridiction étatique via une *actio ex contractu*, dans le but d'obliger la partie adverse à respecter son obligation de faire ou de ne pas faire, peut sembler entrer en contradiction avec la volonté des parties de déférer les litiges à l'arbitrage. Toutefois, cette démarche se justifie, par exemple, lorsqu'elle poursuit le renforcement des obligations de la convention d'arbitrage par le prononcé d'une injonction d'interdiction de la saisine d'un tribunal étatique adressée à la partie récalcitrante

En outre, nous sommes d'avis que l'*actio ex contractu* aurait sa place – très exceptionnelle – dans des circonstances qui permettraient de douter de l'impartialité du juge du fond saisi malgré une convention d'arbitrage, comme par exemple en présence de suspicion de corruption. Ainsi, prenons par exemple un contrat conclu entre une partie équatorienne et une partie suisse dont la prestation caractéristique doit être exécutée en Equateur. Ce contrat contient une convention d'arbitrage soumise au droit suisse et précise que le siège de l'arbitrage sera situé en Suisse. La partie suisse reproche à son cocontractant la violation du contrat de base, mais au lieu de saisir le tribunal arbitral, elle décide de saisir les tribunaux étatiques équatoriens. En effet, elle estime que pour diverses raisons – dont la corruptibilité des juges équatoriens –, ses chances d'obtenir une décision favorable sont plus élevées si elle fait appel à la justice de ce pays⁹⁶⁴.

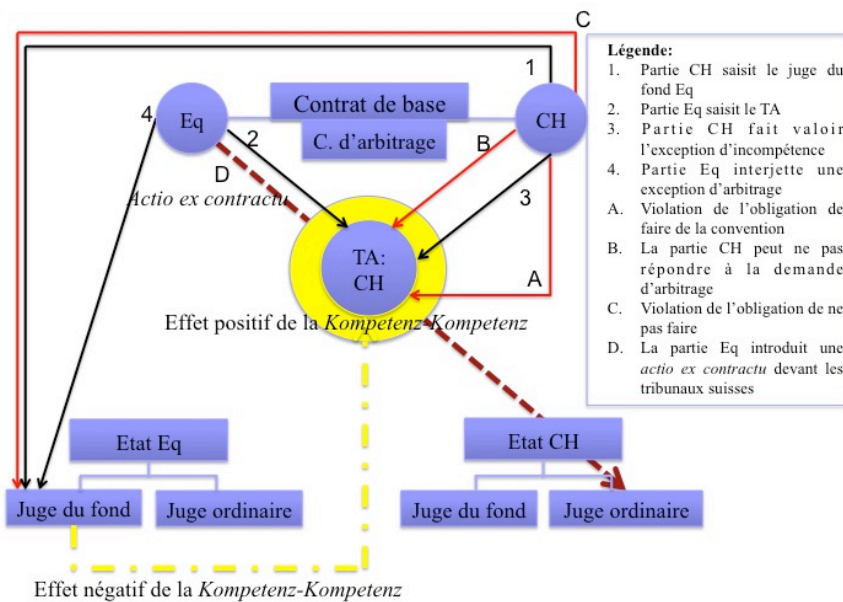
Schéma explicatif de l'opportunité de l'*actio ex contractu*:

⁹⁶¹ Cf. n° 356 ss.

⁹⁶² Cf. n° 284. Pour rappel, une partie de la doctrine hispanophone considère que la convention d'arbitrage ne réunit pas les caractéristiques des contrats *synallagmatiques* (LLOPIS-LLOMBART p. 56 ss). *Contra*, EDUARDO SILVA ROMERO qui, signale, à juste titre, que le «*contrat d'arbitrage est un contrat bilatéral et que, pour cette raison, les parties d'un contrat d'arbitrage sont, en même temps, créancières et débitrices [...]*» l'une de l'autre (traduction libre; SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de hacer*, p. 525). En ce sens, cf. BARRAGÁN ARANGO/RIVERA RAMÍREZ, p. 207; LARROUMET, p. 14.

⁹⁶³ LLOPIS-LLOMBART, p. 87.

⁹⁶⁴ Le 4 mars 2014, l'*United District Court for the Southern District of New York* a estimé que la décision du 14 février 2011, dans laquelle la Cour de la Province de Sucumbíos qui condamnait le groupe pétrolier Chevron au paiement de 9,5 milliards de dollars pour pollution, était d'entachée d'irrégularités allant à l'encontre du *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. Le tribunal américain a déterminé que les plaignants équatoriens avaient notamment corrompu le magistrat équatorien saisi de l'affaire avec la promesse de lui verser 500'000 dollars, et avaient falsifié des éléments de preuve. La Cour affirme en particulier que «*this Court has found by clear and convincing evidence that Zambrano [le juge équatorien] was corrupted by Donziger [avocat des plaignants] and LAPs [Lago Agrio Plaintiffs]*». La décision peut être consultée sur le site officiel de la Cour: <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=379> (05.04.2014).



Dans cette hypothèse, le juge suisse du domicile ou de l'établissement du défendeur est compétent pour connaître de l'*actio ex contractu* (art. 112 LDIP). Bien que le chapitre 12 de la LDIP ait été conçu comme un ensemble indépendant imposant aux arbitres l'exclusion de l'application des autres dispositions de la LDIP – mais dont il leur est permis de s'en inspirer –, dans ce cas de figure, l'art. 112 LDIP s'adresse aux juges suisses. Dès lors, nous estimons que les tribunaux suisses doivent l'appliquer⁹⁶⁵.

587 Une partie de la doctrine considère inopportune la saisine du juge ordinaire dans le but d'obtenir l'exécution – *in natura* ou la conversion en dommages-intérêts – de la convention d'arbitrage⁹⁶⁶. Aussi, RAFAEL VERDERA SERVER justifie sa position par le fait que «[...] l'effet négatif [de la convention d'arbitrage] ne peut être invoqué que dans le cadre d'une procédure judiciaire ayant pour objet les prétentions dont la soumission à l'arbitrage est alléguée» et non à l'occasion d'une procédure autonome⁹⁶⁷. JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN et JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA estiment – non sans rejeter complètement la possibilité d'une *actio ex contractu* – que le recours à l'intervention du juge étatique a précisément comme inconvénient la volonté des parties d'écarter la juridiction ordinaire. Ils affirment qu'*«il est contradictoire qu'en voulant écarter en principe la juridiction étatique, celle-ci doive intervenir dès le début dans l'objectif de constituer la procédure arbitrale»*⁹⁶⁸.

588 D'autres auteurs acceptent en revanche l'action en exécution *ex contractu*, sans pour autant être unanimes sur la forme que la réparation de la violation contractuelle doit revêtir. En ce sens, PHILLIPE FOUCHARD, EMANUEL GAILLARD et BERTHOLD GOLDMAN sont d'avis qu'*«une convention arbitrage dont le refus d'exécution ne pourrait donner lieu qu'à des dommages-intérêts serait d'un médiocre intérêt»* ou que «[...] la règle selon laquelle un telle obligation [obligation de recourir à l'arbitrage] doit recevoir exécution en nature ne peut être comprise que comme une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international, reflétant une règle

⁹⁶⁵ Cf. GIRSBERGER/VOSER, p. 39, n° 162; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 21, n° 56 s.; POUDRET/BESSON, p. 50, n° 63; LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 277, n° 26. Le juge suisse se sert déjà des dispositions contenues dans d'autres chapitres de la LDIP pour préciser les critères de rattachement de «succursale» et d'«établissement», qui ne sont pas mentionnées à l'art. 176 al. 1 LDIP (cf. art. 21 et 192 al. 2 LDIP). Par ailleurs, les notions de «domicile» et de «résidence habituelle» sont définies à l'art. 20 LDIP (cf. n° 495 ss). En outre, les tribunaux suisses appliquent les art. 126, 155 let. i et 158 LDIP à la capacité de compromettre du représentant (cf. n. 606), et les art. 34 à 36 et 154 s. LDIP à la capacité de compromettre des parties (cf. n. 621).

⁹⁶⁶ Notons qu'il s'agit du juge ordinaire et non du juge du fond. La distinction est considérable, dans la mesure où l'examen est exercé à titre préjudiciel par le juge du fond et à titre principal par le juge ordinaire. En outre, selon les circonstances, le juge compétent pour dirimer l'*actio ex contractu* ne sera pas nécessairement celui du siège de l'arbitrage, mais celui du domicile du défendeur, ce qui peut conduire au prononcé de décisions contradictoires (cf. POUDRET/BESSON, p. 432 ss, n° 483 ss, en relation avec le contrôle direct de la validité de la convention d'arbitrage et la compétence du tribunal arbitral).

⁹⁶⁷ Traduction libre. VERDERA SERVER, p. 358 s. A ce propos, nous renvoyons le lecteur aux remarques faites au sujet de la confusion entre l'effet positif ou négatif de la convention d'arbitrage et l'effet positif ou négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* (cf. n° 574 ss). De plus, cet auteur affirme que le recours à l'arbitrage est du ressort des parties et que les tribunaux étatiques ne peuvent pas les condamner à le faire (VERDERA SERVER, p. 368).

⁹⁶⁸ Traduction libre. MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1283, n° 2780.

transnationale de l'arbitrage international»⁹⁶⁹. Ils privilégient donc l'exécution en nature de l'obligation de déférer aux arbitres les litiges visés par la convention d'arbitrage. JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN et JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA considèrent également que la réparation doit se faire en nature, de façon à aboutir à la constitution du tribunal arbitral⁹⁷⁰. Enfin, MARCO DE BENITO LLOPIS LLOMBART accepte que la méconnaissance de la convention d'arbitrage soit uniquement sanctionnée par le versement de dommages-intérêts, ces derniers étant toutefois restreints aux frais encourus pour faire valoir son exécution⁹⁷¹.

Remarquons que, sur ce point, CHRISTOPH MÜLLER estime que la renonciation à la juridiction étatique ne fait pas naître une obligation positive de nature matérielle de recourir à l'arbitrage, même s'il reconnaît que «*la convention d'arbitrage – en tant que contrat de droit matériel – donne naissance à de véritables obligations de faire et de s'abstenir à la charge des parties*»⁹⁷². Pour cet auteur, «*la partie demanderesse garde donc le droit d'adresser une action en justice à un tribunal étatique. Toutefois, elle court alors le risque que le tribunal étatique nie sa compétence parce que la partie défenderesse conteste sa compétence en se fondant sur la convention d'arbitrage. La renonciation à la juridiction étatique ne donne naissance qu'à une objection procédurale (négative) permettant à la défenderesse d'empêcher une procédure devant un tribunal étatique*»⁹⁷³. Cette conception doctrinale contraste avec la nature juridique que MARCO DE BENITO LLOPIS LLOMBART attribue au déclinatoire de compétence. En effet, pour lui, ce moyen de défense est une incombance de nature matérielle⁹⁷⁴. A notre avis, cette idée est exprimée par le concept de renonciation tacite à l'arbitrage. Tel est le cas lorsque le défendeur entre en matière sur le fond devant le juge étatique et omet de soulever l'exception d'arbitrage. A ce propos, l'art. VI ch. 1 Convention européenne de 1961 dispose que «*l'exception prise de l'existence d'une convention d'arbitrage et présentée devant le tribunal judiciaire saisi par une des parties à la convention d'arbitrage doit être soulevée par le défendeur à peine de forclusion [...]*»⁹⁷⁵.

Les partisans de l'exécution en nature préfèrent cette solution à l'indemnisation sous forme de dommages-intérêts, car ils voient mal comment évaluer le dommage résultant, «*[...] pour une partie, du fait qu'elle n'a pas pu porter le litige devant des arbitres du commerce international dès lors qu'une juridiction nationale s'est reconnue compétente pour en connaître*»⁹⁷⁶. Toutefois, d'une manière générale, la doctrine s'accorde à dire que «*rien n'empêche la partie ayant subi un dommage en raison de la violation d'une telle convention d'en réclamer réparation*»⁹⁷⁷. Sur ce point, DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO et CAROLINE KLEINER considèrent que la réparation

⁹⁶⁹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 398, n° 631 ss. Cf. CAMPOS L/OSSA G., p. 308 s.

⁹⁷⁰ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1286, n° 2786. Ces auteurs mentionnent dans le même passage, à titre de rappel, que l'exécution *in natura* de la convention d'arbitrage n'a pas toujours été la solution préférée. Ainsi, en droit romain, la violation de la convention d'arbitrage n'était pas sanctionnée en nature, mais était généralement assortie d'une *poena* que la partie défaillante pouvait payer pour se dégager de cette obligation. Des nos jours, tel peut également être le cas dans les quelques pays d'Amérique latine qui conservent la distinction entre clause compromissoire et compromis et qui n'accordent la pleine efficacité qu'à ce dernier. Ainsi, la partie qui se refuse à conclure le compromis ne peut y être contrainte. Il en va ainsi en Argentine et en Uruguay où la validité de la clause compromissoire est conditionnée à la conclusion du compromis (cf. n. 442 s.). Le Brésil n'assure qu'une efficacité relative, car la conclusion du compromis est exigée en présence d'une clause compromissoire blanche (cf. n° 46; n. 437 et n. 451). Toutefois, dans ce pays, l'art. 7 § 7 LA-Br permet à une partie de recourir au juge pour qu'il se substitue à la volonté de l'autre partie qui, en dépit de l'existence d'une clause compromissoire, se refuse à l'arbitrage. La Colombie et le Guatemala ne maintiennent que la distinction terminologique, car leurs législations assurent la pleine efficacité des deux concepts (cf. n. 438). Enfin, la violation de la convention d'arbitrage peut entraîner la condamnation à des dommages-intérêts dans certains systèmes juridiques de tradition de *common law* (cf. LLOPIS-LLOMBART, p. 88 s.; SANTOS BELANDRO 2010, p. 91).

⁹⁷¹ LLOPIS-LLOMBART, p. 122.

⁹⁷² MÜLLER, p. 728, n° 3382.

⁹⁷³ MÜLLER, p. 722, n° 3360.

⁹⁷⁴ Cf. n. 940.

⁹⁷⁵ Mise en évidence ajoutée. Nous estimons que la version en espagnol de cette disposition exprime mieux la charge que représente pour le défendeur le devoir d'invoquer l'exception d'arbitrage pour éviter le désavantage juridique qui entraîne la fiction de la renonciation tacite à l'arbitrage. Ainsi, la version espagnole de l'art. VI ch. 1 de la Convention de 1961 préfère l'expression «*sous peine de perte de droits*» (traduction libre). Cf. art. 13 al. 3 LAC-Bol (Bolivie), art. 8 LAM-Eq (Equateur), art. 11 al. 2 LA-Gu (Guatemala), art. 41 al. 1 ch. 3 LCA-Ho (Honduras), art. 32 let. c LMCA-Sv (Le Salvador), art. 38 al. 1 ch. 3 LMA-Ni (Nicaragua) et art. 18 LA-Pe (Pérou). L'exception d'arbitrage est une incombance de nature matérielle en dépit du fait qu'elle est soulevée au sein d'une procédure engagée devant les tribunaux étatiques. En effet, la faculté d'objecter la compétence des tribunaux étatiques est née avec la conclusion de la convention d'arbitrage (cf. LLOPIS-LLOMBART p. 119 s.).

⁹⁷⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 398, n° 631 ss. Ces auteurs signalent ainsi la difficulté pour une partie d'évaluer le dommage résultant du désavantage que signifie l'inapplicabilité de la Convention de New York: «*[...] la partie ayant obtenu une condamnation de son cocontractant par les juridictions d'un Etat peut se trouver dans une situation beaucoup moins favorable, du point de vue de l'exécution de la décision, que celle résultant de la même condamnation par un tribunal arbitral. En particulier, si celui-ci siège dans un Etat partie à la Convention de New York, la ratification de cette Convention par de très nombreux Etats facilite grandement l'exécution de la sentence*». En revanche, pour eux, il est impossible d'attribuer une quelconque valeur patrimoniale à la «*perte d'une chance de voir le litige trouver une issue favorable devant des arbitres*». Cf. SANTOS BELANDRO 2010, p. 91.

⁹⁷⁷ POUURET/BESSON, p. 339 s., n° 376; cf. SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de no hacer*, p. 696; LLOPIS-LLOMBART p. 145 ss; FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 131 ss. *Contra*: Cf. SANTOS BELANDRO 2010, p. 91.

de la violation de la convention d'arbitrage au moyen des dommages-intérêts «*est sans aucun doute le plus humble des remèdes, mais certainement le moins contestable*»⁹⁷⁸. La réparation concerne les frais engagés pour faire valoir son exécution⁹⁷⁹.

591 Indépendamment de l'exception d'arbitrage et de l'*actio ex contractu*, les différents régimes de l'arbitrage étudiés ici se sont aussi dotés de mécanismes destinés à faciliter l'exécution en nature de la convention d'arbitrage. Ces moyens peuvent consister dans la désignation de l'arbitre par un tiers en cas de partie défaillante⁹⁸⁰, ou dans la continuation de la procédure en dépit du refus de la partie défenderesse de participer à son déroulement⁹⁸¹.

592 Enfin, dans le cadre de la question qui nous occupe, le droit suisse épouse une solution qui peut sembler contradictoire avec le caractère libéral que ce pays adopte en matière d'arbitrage international et en particulier avec le principe *in favor arbitrandum*, mais qui s'accorde parfaitement avec la volonté du législateur suisse de garantir l'accès à la justice (arbitrale ou étatique). Ainsi, au sens de l'art. 7 let. c LDIP, «*si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que: [...] le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage*».

⁹⁷⁸ Traduction libre, FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 133. Ces auteurs précisent que «*la violation de l'obligation de ne pas faire implique nécessairement la violation de faire*» (traduction libre). DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO et CAROLINE KLEINER signalent toutefois que la violation de l'obligation de faire ne présuppose pas forcément la violation de l'obligation de ne pas recourir aux tribunaux ordinaires. Ainsi, la partie récalcitrante peut, pendant la procédure arbitrale, s'abstenir de participer au déroulement de l'arbitrage. Compte tenu du fait qu'une majorité des régimes d'arbitrage connaît la procédure par défaut, la violation de la convention d'arbitrage se matérialise – hypothèse très rare – lorsque les règles applicables à l'arbitrage ne consacrent pas la procédure par défaut et que le tribunal arbitral décide que la non-participation de la défenderesse empêche la continuation de l'arbitrage. Dans ce cas de figure, la violation de l'obligation de faire constitue une véritable violation de la convention d'arbitrage (FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 134 s.).

⁹⁷⁹ MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART distingue notamment les dépens, les frais légaux et autres frais indemnifiables comme par exemple les frais de déplacement jusqu'au lieu du jugement, le gain manqué ou encore le tort moral (LLOPIS-LLOMBART, p. 152 ss).

⁹⁸⁰ Art. 17 al. 1 s. et 18 LAC-Bo (Bolivie), art. 7 § 3 et 13 § 2 LA-Br (Brésil), art. 11 al. 3 ss LAC-CI (Chili), art. 73 al. 5 ss LANI-Col (Colombie), art. 11 al. 3 ss LA-Cr (Costa Rica), art. 16 al. 5 ss LAM-Eq (Equateur), art. 15 al. 2 et 3 LA-Gu (Guatemala), art. 60 al. 1 LCA-Ho (Honduras), art. 1432 al. 3 ss CCo-Mx (Mexique), art. 33 al. 2 et 4 LMA-Ni (Nicaragua), art. 22 LACNI-Pa (Panama), art. 13 let. c LAM-Py (Paraguay), art. 22 al. 5 et 23 let. d et e LA-Pe (Pérou), art. 15 LAC-Rép.Do (République Dominicaine), art. 37 al. 3 et 4 LMCA-Sv (Le Salvador), art. 179 al. 2 LDIP et art. 12 et 17 LAC-Ve (Venezuela). Selon les lois d'arbitrage, le tiers qui désignera l'arbitre ou les arbitres peut être une autorité étatique, le tribunal arbitral – lorsque chaque partie nomme un arbitre –, une institution arbitrale ou encore une chambre de commerce. En règle générale, ces dispositions s'inspirent de l'art. 11 Loi-type CNUDCI relatif à la nomination de l'arbitre ou des arbitres. Malgré, le rôle harmonisateur de la Loi-type CNUDCI, quelques commentaires s'imposent. En premier lieu, nous réproprons les modifications introduites en 2009 à l'art. 37 al. 4 LMCA-Sv (Le Salvador) selon lequel «*en tout cas, la désignation de l'arbitre ou des arbitres se fera par tirage au sort, moyennant au préalable une citation des parties ou de leurs représentants*» (traduction libre et mise en évidence ajoutée). Pour un commentaire critique de cette disposition, cf. n. 191. Il en va de même en Equateur, mais seulement en matière d'arbitrage institutionnel et en cas de non-désignation des arbitres ou de désaccord sur la composition du tribunal arbitral (art. 16 al. 5 LAM-Eq). En deuxième lieu, au Venezuela, l'art. 12 LAC-Ve relatif à la désignation du tribunal arbitral en matière d'arbitrage institutionnel se limite à signaler que la nomination des arbitres doit se faire en conformité avec le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage. En troisième lieu, signalons que les lois d'arbitrage de la Colombie, du Costa Rica, du Chili, du Guatemala, du Mexique, du Nicaragua et de la République Dominicaine ont repris textuellement l'alinéa 5 de l'art. 11 Loi-type CNUDCI qui dispose que «*la décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 ou 4 du présent article n'est pas susceptible de recours*». Cette norme a pour objectif de réduire au maximum les tactiques dilatoires de la partie récalcitrante. La seule critique constructive que nous devons formuler sur cette démarche unificatrice se rapporte au fait d'avoir repris *mutatis mutandis* cette disposition, avec ses qualités et ses défauts. En ce qui concerne ces derniers, nous sommes d'avis que l'art. 11 al. 3 let. a et al. 4 Loi-type CNUDCI contient une brèche qui permet de recourir contre la décision de désignation d'arbitre des deux arbitres nommés par les parties. En effet, l'alinéa 5 de l'art. 11 Loi-type CNUDCI n'écarte le recours que contre les décisions des tribunaux étatiques ou autres autorités. Encore faut-il que la décision des arbitres corresponde à la notion de sentence incidente de procédure, et non à celle d'ordonnance de procédure, ce qui nous semble être le cas. Les sentences de procédure sont celles qui portent sur un moyen propre à invalider l'instance. Elles lient les arbitres et peuvent éventuellement faire l'objet d'un recours. En revanche, les ordonnances de procédure ne portent que «*sur une difficulté de l'instruction, sur la marche de l'instance et non sur son sort* [...]» (cf. PLOUDRET/BESSON, p. 676 ss, n° 727 ss). Elles ne lient pas les arbitres et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Enfin, notons qu'au Mexique, compte tenu de son droit de procédure commerciale, la transcription littérale du terme «*inapelable*» de la version espagnole de la Loi-type CNUDCI, qui se traduit par «*non susceptible de recours*», a donné lieu à une controverse doctrinale. Un courant doctrinal estime – à tort – que, comme ce type de décisions n'est pas susceptible de recours («*inapelable*»), ces décisions sont alors révocables, car en matière commerciale deux voies de recours sont possibles: le recours («*apelación*») et la révocation. Un autre courant considère – à juste titre – que cette interprétation sémantique se recourte à l'esprit de la Loi-type CNUDCI et à la volonté du législateur, pour qui tout recours est à proscrire (cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 422).

⁹⁸¹ Art. 45 LAC-Bo (Bolivie), art. 22 § 3 LA-Br (Brésil), art. 25 let. b et c LAC-CI (Chili), art. 98 al. 2 et 3 LANI-Col (Colombie), art. 25 let. b et c LA-Cr (Costa Rica), art. 32 al. 1 let. b et c et al. 2 LA-Gu (Guatemala), art. 54 al. 2, 2^e paragraphe LCA-Ho (Honduras), art. 1441 al. 2 et 3 CCo-Mx (Mexique), art. 51 al. 2 et 4 LMA-Ni (Nicaragua), art. 28 LAM-Py (Paraguay), art. 46 LA-Pe (Pérou), 29 LAC-Rép.Do (République Dominicaine), art. 47 al. 2, 2^e paragraphe 4 LMCA-Sv (Le Salvador). En Suisse, ce principe a un fondement jurisprudentiel. Ainsi, si l'une des parties ne participe pas à la procédure, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur. Selon le Tribunal fédéral suisse, «*celui qui entre en matière sans réserve sur le fond dans une procédure arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd, en conséquence, définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal. Inversement, celui qui fait défaut n'encourt pas semblable déchéance, en règle générale, car son abstention ne saurait être assimilée à une reconnaissance tacite de la compétence du tribunal arbitral*» (ATF 120 II 155 c. 3 b, p. 164 ss). Selon la doctrine suisse, la procédure par défaut implique, d'une part, pour le défaillant, le non-acquiescement des allégations de l'autre partie, et, d'autre part, l'absence de paralysie de la procédure arbitrale (PLOUDRET/BESSON, p. 536 ss, n° 587 ss; LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 354 s., n° 9; cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 678 s., n° 1224). Ce principe connaît cependant deux limites: (i) avant de statuer par défaut, le tribunal arbitral doit s'assurer que tout a été mis en œuvre pour que la partie défaillante ait pu faire valoir ses droits, et (ii) le tribunal arbitral doit se prononcer sur le bien-fondé en droit et en fait des prétentions de la demanderesse (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 299, n° 484).

Cette disposition pose une limite au recours à l'arbitrage lorsque, par exemple, il existe un risque de déni de justice pour la demanderesse en raison de la stratégie obstructionniste choisie par la défenderesse, ou lorsque le montant élevé des frais de l'arbitrage empêche l'une des parties d'accéder à la procédure arbitrale⁹⁸².

Ces hypothèses sont à rattacher à la «résiliation extraordinaire de la convention d'arbitrage pour justes motifs». Ce droit unilatéral de mettre fin à la convention d'arbitrage trouve son fondement dans la conception dogmatique qui qualifie juridiquement la convention d'arbitrage comme un contrat de durée ou donnant naissance à un rapport juridique procédural *a priori* sans limite dans le temps⁹⁸³. Il s'agit d'un cas d'application de la *clausula rebus sic stantibus* qui déroge au principe de *pacta sunt servanda*, et en vertu de laquelle «la partie liée par un contrat peut se dégager partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances, ayant pour effet de créer une disproportion si grave, entre sa prestation et la contre-prestation de l'autre partie, que le maintien du contrat se révélerait abusif»⁹⁸⁴. Pour la doctrine suisse, «il y a de justes motifs lorsque des circonstances d'une gravité exceptionnelle, inconnues et imprévisibles lors de la conclusion du contrat, non imputables à la partie qui s'en prévaut, rendent la poursuite [...]»⁹⁸⁵ du contrat intolérable jusqu'à son terme. Les justes motifs se déterminent selon les règles de l'équité, lesquelles imposent de tenir compte de toutes les circonstances propres au cas d'espèce, et notamment l'intérêt de l'autre partie au maintien du contrat⁹⁸⁶. Dans tous les cas, la résiliation pour justes motifs ne saurait être admise qu'après l'épuisement de tous les mécanismes permettant le bon déroulement de l'arbitrage⁹⁸⁷.

593

Titre trois: Interdiction de soumettre le litige à la juridiction étatique

Comme signalé ci-avant, la convention d'arbitrage comporte également une obligation de *non facere* dont les parties sont débitrices et créancières l'une de l'autre, en accord avec la nature *synallagmatique* de la convention d'arbitrage⁹⁸⁸. La prestation de cette obligation consiste dans l'interdiction faite au débiteur de recourir aux tribunaux étatiques pour dirimer les litiges couverts par la convention d'arbitrage⁹⁸⁹. C'est ce que l'on entend communément par «effet négatif de la convention d'arbitrage».

594

⁹⁸² GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI estiment que cette éventualité peut se présenter en matière sportive «lorsqu'un athlète [qui ne peut avancer les frais de l'arbitrage] conteste une décision d'une fédération qui n'est pas de nature disciplinaire» (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 158, n° 280 a). Leur point de vue s'explique par le fait que depuis le 1^{er} janvier 2004, au sens de l'art. R65 Code TAS, la procédure d'appel n'est gratuite qu'à l'égard «des décisions de nature exclusivement disciplinaire rendues par une fédération ou une organisation sportive internationale». Nous partageons l'opinion de ces auteurs lorsqu'ils soulignent que cette hypothèse peut également se présenter en matière de droit de la consommation ou encore en cas d'insolvabilité. Cf. POUURET/BESSON, p. 343 ss, n° 381 ss. Ces auteurs signalent que, de manière générale, la jurisprudence s'est montrée très réceptive à la possibilité, pour la partie insolvable, de résilier la convention d'arbitrage. Toutefois, ils soulignent, non sans raison, qu'«il convient de distinguer selon que l'impécuniosité empêchant la mise en œuvre de l'arbitrage était prévisible lors de la signature de la clause ou résulte au contraire d'événements postérieurs imprévisibles» (POURET/BESSON, p. 344, n° 382). A noter que l'art. 72 al. 4 LA-Pe (Pérou) dispose que la sentence arbitrale mettant fin à la procédure arbitrale en raison du non-paiement de la provision n'entraîne pas la caducité de la convention d'arbitrage. Dans le même ordre d'idées, l'art. 20 al. 4 LAC-Ve (Venezuela) précise qu'après l'expiration des délais de paiement, le tribunal arbitral mettra fin à la procédure et laissera les parties libres de saisir les tribunaux étatiques ou d'initier une nouvelle procédure arbitrale. Cf. MÜLLER, p. 732, n° 3398.

⁹⁸³ POUURET/BESSON, p. 340 s., n° 377; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 157 s., n° 280 s; MÜLLER, p. 732, n° 3397. A noter qu'une certaine partie de la doctrine – dont nous sommes – qualifie la convention d'arbitrage de contrat analogue aux contrats de durée (cf. n° 290). Constatons également que la renonciation est expresse lorsque par un commun accord les parties à la convention d'arbitrage décident de ne plus recourir à l'arbitrage, voir: art. 13 al. 1 LAC-Bo (Bolivie), art. 8 LAM-Eq (Equateur), art. 41 LCA-Ho (Honduras), art. 38 LMA-Ni (Nicaragua), art. 18 LA-Pe (Pérou) et art. 32 let. a 4 LMCA-Sv (Le Salvador). La renonciation est tacite lorsque la défenderesse ne soulève pas à temps l'exception d'arbitrage devant le juge du fond.

⁹⁸⁴ ATF 127 III 300 c. 5b, p. 304 s.; TF 4A_73/2011 du 2 mai 2002, c. 4. Cf. GIRSBERGER/VOSER, p. 108, n° 397. Il sied de remarquer que PHILLIPE FOUCHARD, EMANUEL GAILLARD et BERTHOLD GOLDMAN considèrent que la solution retenue par le législateur suisse pour éviter un déni de justice est «loin d'être idéale compte tenu de la volonté initiale des parties de recourir à l'arbitrage». Au surplus, ils ne manquent pas de souligner, à juste titre, le caractère très exceptionnel de la règle helvétique dans la mesure où grâce aux mécanismes destinés à faciliter l'exécution de la convention d'arbitrage, le défaillant ou le perturbateur «ne parvient en réalité que très rarement à bloquer l'arbitrage du seul fait de son refus d'y participer» (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 400 s., n° 633).

⁹⁸⁵ MÜLLER/FOLLONIER-AYALA, p. 198, n° 951 ss.

⁹⁸⁶ Cf. TERCIER/FAVRE, p. 351, n° 2422 ss; MÜLLER/FOLLONIER-AYALA, p. 197, n° 949 ss.

⁹⁸⁷ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 157 s., n° 280.

⁹⁸⁸ Cf. n° 583.

⁹⁸⁹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 395, n° 624; SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de no hacer*, p. 695; POUURET/BESSON, p. 333 s., n° 367; BARRAGÁN ARANGO/RIVERA RAMÍREZ, p. 207; GARCÍA-CUÉLLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO, p. 486; GONZÁLEZ ARROCHA/SÁNCHEZ ORTEGA, p. 545; CÁRDENAS MEJÍA, p. 389; SOTO COAGUILA, p. 613; FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 134; MARCHÁN/ANDRADE CADENA, p. 330. Ces derniers auteurs confondent l'effet négatif de la convention d'arbitrage avec l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* lorsqu'ils soutiennent que la convention d'arbitrage n'impose pas seulement l'obligation de *ne pas faire* aux parties mais aussi au pouvoir judiciaire.

595 L'efficacité de l'effet négatif de la convention d'arbitrage est renforcée par la codification de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* ou par l'adoption d'une pratique jurisprudentielle favorable à la primauté de la compétence des tribunaux arbitraux. Dans ces deux hypothèses, l'effet négatif de la convention d'arbitrage et l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* convergent et se superposent, excluant ou limitant de la sorte la compétence des tribunaux étatiques. Il s'agit donc de notions parallèles qui ne se recouvrent pas, mais qui se complètent, car les deux poursuivent le même but: l'efficacité maximale de la convention d'arbitrage. A ce propos, EMMANUEL GAILLARD estime que «dans son effet négatif, le principe de compétence-compétence s'adresse aux juridictions étatiques. Il prolonge l'effet négatif de la convention d'arbitrage en interdisant aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l'existence, au moins *prima facie*, d'une convention d'arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou la validité de celle-ci avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions»⁹⁹⁰.

596 Au risque de nous répéter, nous réexposons notre point de vue dans les lignes qui suivent, afin de préciser notre opinion dogmatique sur ces questions⁹⁹¹.

597 Nous estimons qu'il a lieu de distinguer l'effet positif et l'effet négatif de la convention d'arbitrage de l'effet positif et l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*⁹⁹². En effet, les premiers découlent de l'échange de volontés réciproques et concordantes des parties de se soumettre à l'arbitrage, alors que les deuxièmes tirent leur fondement de la loi et non de la convention d'arbitrage elle-même⁹⁹³. Les effets de la convention d'arbitrage – en tant que contrat de droit privé – sont de nature matérielle⁹⁹⁴. Les parties s'engagent positivement à déférer aux arbitres les litiges visés par la convention, et négativement à ne pas recourir, en ce qui concerne les mêmes litiges, aux juridictions étatiques. En revanche, les effets de la compétence-compétence sont de nature procédurale, car son aspect positif autorise le tribunal arbitral à statuer, en cas de contestation, sur sa compétence, sous réserve du contrôle ultérieur du juge étatique, et son aspect négatif interdit au juge étatique saisi au fond du litige, au mépris de l'existence d'une convention d'arbitrage, de statuer sur la compétence du tribunal arbitral et la validité de la convention d'arbitrage.

598 L'interdiction faite au débiteur de recourir aux tribunaux étatiques pour dirimer les litiges couverts par la convention d'arbitrage est expressément contenue dans trois législations latino-américaines. Ainsi, au sens de l'art. 12 al. 1 LAC-Bo (Bolivie), «la convention d'arbitrage implique la renonciation des parties à l'introduction d'une procédure judiciaire au sujet des matières ou des controverses soumises à l'arbitrage»⁹⁹⁵. L'art. 7 al. 1 LAM-Eq (Equateur) précise que «la convention d'arbitrage, [...] empêche la soumission de l'affaire à la justice ordinaire»⁹⁹⁶. Enfin, selon l'art. 5 al. 2 LAC-Ve «en vertu de la convention d'arbitrage les parties, [...] renoncent à faire valoir leurs prétentions devant les juges»⁹⁹⁷.

599 Dans deux pays, l'interdiction contractuelle dont il est question résulte de l'interprétation *extensive* des dispositions relatives à la définition de la notion de convention d'arbitrage et aux effets de la convention d'arbitrage. Ainsi, les art. 4 al. 1 LA-Gu (Guatemala) et 15 LACNI-Pa (Panama) reprennent quasi textuellement la définition de la Loi-type CNUDCI en vertu de laquelle «une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel». Au surplus, les art. 11 al. 1 LA-Gu (Guatemala) et 17 al. 2 LACNI-Pa (Panama) disposent que la convention d'arbitrage oblige les parties à respecter ce qui a été stipulé. Il en découle que dans ces deux pays, les parties sont tenues, de par la loi et de par leur accord, de soumettre le litige à l'arbitrage, respectivement *a contrario* de ne pas saisir les autorités étatiques pour ce qui est des controverses couvertes par la convention d'arbitrage.

⁹⁹⁰ GAILLARD 1999, p. 390.

⁹⁹¹ Cf. n° 574 ss.

⁹⁹² En ce sens EMMANUEL GAILLARD pour qui «l'apparence d'acceptation uniforme du principe [de *Kompetenz-Kompetenz*] tient probablement au fait que l'on n'a pas suffisamment insisté sur la double fonction de la règle, qui, comme la convention d'arbitrage elle-même, a un effet positif et un effet négatif» (cf. GAILLARD 1999, p. 387).

⁹⁹³ Cf. n° 532 ss et n° 556 ss.

⁹⁹⁴ Cf. n° 311.

⁹⁹⁵ Traduction libre. Les art. 40 let. a LCA-Ho (Honduras) et 31 let. a LMCA-Sv (Le Salvador) adoptent la même formulation que la disposition bolivienne.

⁹⁹⁶ Traduction libre.

⁹⁹⁷ Traduction libre. Cf. HERNÁNDEZ-BRETÓN/ESIS V., p. 723.

La doctrine argentine, colombienne, costaricienne, chilienne, mexicaine⁹⁹⁸, panaméenne, péruvienne et suisse considèrent que l'obligation de *non facere* est implicite et que, par conséquent, le recours aux juridictions ordinaires implique la violation du principe *pacta sunt servanda*⁹⁹⁹. 600

Cela étant, la violation d'une obligation de ne pas faire est sanctionnée, dans l'ensemble des pays d'Amérique latine, par des dommages-intérêts destinés à la réparation du préjudice qui en résulte. Ainsi, par exemple, selon les art. 1612 CC-Col (Colombie) «*toute obligation de ne pas faire est sanctionnée par l'indemnisation des préjudices, si le débiteur en contrevient et ne peut pas défaire ce qui a été fait*»¹⁰⁰⁰, l'art. 1462 § II CC-Bo (Bolivie) «*[...] si la destruction de la chose est contraire [...], le créancier ne peut réclamer que la réparation du préjudice*»¹⁰⁰¹, l'art. 700 CC-Cr (Costa Rica) «*toute obligation [...] de ne pas faire se transforme en l'allocation des dommages-intérêts en cas d'inexécution*»¹⁰⁰², l'art. 2028 CC-Mx (Mexique) «*celui qui est tenu d'une obligation de ne pas faire, devra payer des dommages-intérêts en cas de contravention*»¹⁰⁰³, l'art. 1340 CC-Uy (Uruguay) «*s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, le contrevenant doit des dommages-intérêts du seul fait de la contravention*»¹⁰⁰⁴ ou encore, l'art. 1159 CC-Pe (Pérou) «*dans les cas prévus à l'article 1158 [obligations de ne pas faire], le créancier dispose également du droit d'exiger le paiement des dommages-intérêts*»¹⁰⁰⁵. 601

Faute d'élection de droit par les parties, nous sommes d'avis que la question de la réparation du préjudice découlant de la violation de la convention d'arbitrage est régie par la loi qui lui est applicable¹⁰⁰⁶. La détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage est régie, au Pérou (art. 13 al. 7 LA-Pe), en République Dominicaine (art. 10 al. 5 LAC-Rép.Do) et en Suisse (art. 178 al. 2 LDIP), par le recours à une règle de conflit prévoyant l'application du droit le plus favorable. Il s'agit de règles matérielles et de règles de conflit *in favorem validitatis* de nature alternative¹⁰⁰⁷. Les dispositions des pays d'Amérique latine mentionnés ci-avant s'inspirent de l'art. 178 al. 2 LDIP, qui est considéré comme l'une des dispositions les plus modernes en ce qui concerne la validité de la convention arbitrale. Ainsi, dans ces pays, la convention d'arbitrage est valable quant au fond si elle répond soit aux conditions du droit choisi par les parties, soit aux conditions du droit applicable à l'objet du litige, soit aux conditions de leur droit national¹⁰⁰⁸. 602

⁹⁹⁸ Cf. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI*, avril 2005, Novena época. Troisième tribunal collégial en matière civile du 1^{er} arrondissement, thèse I.3o.C.475 C, p. 1341; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, mars 2007, Novena época. Troisième tribunal collégial en matière civile du 1^{er} arrondissement, thèse I.3o.C.566 C, p. 1730. Au sens des références jurisprudentielles citées ci-avant, l'effet négatif de la convention d'arbitrage consiste dans l'impossibilité de déférer à la justice étatique les litiges visés par la convention d'arbitrage.

⁹⁹⁹ FERNANDEZ ARROYO/KLEINER, p. 131 ss; BARRAGAN ARANGO/RIVERA RAMIREZ, p. 207; SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de no hacer*, p. 695 s.; LACLE ZUÑIGA/FERNANDEZ FAITH, p. 234; FERNANDEZ RUIZ 2009, p. 296; GARCIA-CUELLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO, p. 486; GONZALEZ ARROCHA/SANCHEZ ORTEGA, p. 544; SOTO COAGUILA, p. 613; MÜLLER, p. 728, n° 3382.

¹⁰⁰⁰ Traduction libre.

¹⁰⁰¹ Traduction libre.

¹⁰⁰² Traduction libre.

¹⁰⁰³ Traduction libre.

¹⁰⁰⁴ Traduction libre.

¹⁰⁰⁵ Traduction libre. A noter que l'art. 1571 al. 1 CC-Eq (Equateur), l'art. 1555 CC-Cl, l'art. 1359 al. 1 CC-Ho et l'art. 1426 al. 1 CC-Sv adoptent textuellement la formulation du Code civil colombien. Cf. art. 634 CC-Ar (Argentine), art. 251 CC-Br (Brésil), art. 1326CC-Gu (Guatemala), art. 991 CC-Pa (Panama), art. 482 CC-Py (Paraguay), art. 1145 CC-Rép.Do (République Dominicaine) et art. 1126 al. 2 CC-Ve (Venezuela). EDUARDO SILVA ROMERO est partisan de la réparation du préjudice résultant de la violation de l'obligation de non faire de la convention d'arbitrage par le versement de dommage-intérêts, conformément aux dispositions de droit civil (SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de no hacer*, p. 695 s.). Nous estimons qu'il doit en être de même en droit suisse. En effet, l'art. 98 al. 2 CO dispose que «*celui qui contrevient à une obligation de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention*».

¹⁰⁰⁶ Pour une étude très complète sur le sujet: cf. RIVERA 2008, *la ley aplicable al fondo del asunto*, p. 249 ss.

¹⁰⁰⁷ Cf. n. 113; MANTILLA-SERRANO 2005, p. 83 s.; KARRER, p. 180, n° 9; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 255, n° 447. La jurisprudence suisse considère qu'«*il n'existe aucune hiérarchie entre ces rattachements et il suffit que la convention soit valable au fond au regard de l'un de ces trois droits*» (ATF 129 III 727 c. 5.3.2, p. 736).

¹⁰⁰⁸ Signalons au passage que la doctrine suisse considère à juste titre que la solution de l'art. 178 al. 2 LDIP peut donner lieu au prononcé de décisions contradictoires au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence suisse à l'étranger. En effet, le droit suisse permet la validité d'une convention d'arbitrage même si elle est invalide selon un droit étranger choisi par les parties, en ce sens qu'il suffit qu'elle soit conforme au droit applicable au fond ou au droit suisse. En revanche, en vertu des art. V ch. 1 let. a CNY et de l'art. 5 al. 1 let. a CPa, la convention d'arbitrage n'est valable qu'en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue (cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 124 s., n° 224, n. 146; POUDRET/BESSON, p. 276 ss, n° 301). JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN et JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA soulignent, à propos de l'art. V ch. 1 let. a CNY, que la doctrine arbitrale internationale considère la règle de rattachement du droit du lieu du siège de l'arbitrage comme subsidiaire par rapport à la loi choisie par les parties. Au surplus, ces auteurs précisent que cette règle de conflit prévaut sur les règles de conflit du siège de l'arbitrage ou *lex loci arbitri* (MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1165 s., n° 2535).

- 603 Les législations des autres pays d'Amérique latine sont muettes au sujet de cette question. Toutefois, en Colombie, au Costa Rica, au Chili, au Guatemala, au Panama¹⁰⁰⁹, au Mexique et au Paraguay, il est possible de déterminer indirectement, par application des dispositions relatives à la demande d'annulation et aux motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale, que les règles applicables à la convention d'arbitrage sont soit les règles élues par les parties, soit les règles du droit national, soit les règles du pays où la sentence a été rendue¹⁰¹⁰. Quant au Brésil, au Honduras, au Salvador et au Nicaragua, les droits susceptibles de s'appliquer à la convention d'arbitrage sont la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, la loi du pays du siège du tribunal arbitral¹⁰¹¹. En Bolivie, à Cuba et en Uruguay, la question est directement réglée par les normes de conflits posées par les art. V ch. 1 let. a CNY et 5 al. 1 let. a CPa qui renvoient à la loi choisie par les parties ou, à défaut, à la loi du pays où la sentence a été rendue¹⁰¹².
- 604 Enfin, en Argentine, la question qui nous occupe est résolue par le truchement des dispositions du Code civil de la Nation relatives aux contrats et par l'application du principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, la loi applicable à la convention d'arbitrage sera en premier lieu le droit choisi par les parties. Ensuite, s'il n'y a pas d'indication à ce sujet, le droit applicable variera en fonction du lieu d'exécution du contrat¹⁰¹³. L'art. 1209 CC-Ar dispose que «*les contrats conclus dans la République ou en dehors de celle-ci qui doivent être exécutés sur le territoire de l'Etat sont soumis quant à leur validité, nature et obligations, aux lois de la République [...]*»¹⁰¹⁴. Au sens de l'art. 1210 CC-Ar «*les contrats conclus dans la République et qui seront exécutés en dehors de celle-ci, sont soumis quant à leur validité, nature et obligations aux lois et usages du lieu d'exécution*»¹⁰¹⁵.
- 605 Force est de constater que la totalité des régimes d'Amérique latine, hormis ceux du Pérou et de la République Dominicaine, ne retiennent pas le droit applicable au fond du litige comme l'un des droits susceptibles d'être appliqué à la convention d'arbitrage. Cette solution présente l'avantage d'épargner aux arbitres et aux juges étatiques la question fastidieuse de savoir si, lorsque les parties n'ont pas spécifié le droit applicable à la convention d'arbitrage, l'élection du droit applicable au fond du litige peut s'étendre à la convention d'arbitrage¹⁰¹⁶.
- 606 Quant à la question de savoir si le tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur ce type de prétentions ou si, au contraire, la compétence appartient au juge étatique, il est constant que par la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties décident de soumettre à l'arbitrage toutes les controverses relatives à un rapport de droit ou en relation avec celui-ci. Le tribunal arbitral est donc compétent, en vertu de la convention d'arbitrage,

¹⁰⁰⁹ Sous l'ancien régime, lorsque le litige était de nature commerciale internationale, le Panama soumettait également la validité de la convention d'arbitrage à l'application d'une règle de conflit. Au sens de l'art. 43 ch. 2 aD-Pa, la convention d'arbitrage était régie soit par le droit choisi par les parties, soit par le droit du lieu où la sentence arbitrale était supposée être rendue. Si le pays où la sentence devait être rendue n'était pas déterminé, la loi applicable était la loi du lieu où la convention d'arbitrage a été célébrée, si celui-ci y est expressément mentionné (principe *locus regit actum*) ou, à défaut, le droit applicable était le droit panaméen.

¹⁰¹⁰ Cette règle est inspirée des art. 34 al. 2 let. a ch. i et 36 al. 1 let. a ch. 1 Loi-type CNUDCI, de l'art. V ch. 1 let. a CNY et de l'art. 5 al. 1 let. a CPa. Cf. art. 108 al. 1 let. a et 112 al. 1 let. a ch. i LANI-Col (Colombie), art. 34 al. 2 let. a ch. i et 36 al. 1 let. a ch. i LAC-CI (Chili), art. art. 34 al. 2 let. a ch. i et 36 al. 1 let. a ch. i LA-Cr (Costa Rica), art. 43 al. 2 let. a ch. i et 47 al. 1 let. a ch. i LA-Gu (Guatemala), art. 1457 al. 1 let. a et 1462 al. 1 let. a CCO-Mx (Mexique), art. 72 al. 2 ch. 1 let. A LACNI-Pa (Panama), art. 40 let. a ch. 1 et 46 let. a ch. 1 LAM-Py (Paraguay).

¹⁰¹¹ Cf. art. 38 § II LA-Br (Brésil), art. 92 al. 1 let. b LCA-Ho (Honduras), art. 82 al. 1 let. b LMCA-Sv (Le Salvador), art. 63 al. 1 LMA-Ni (Nicaragua).

¹⁰¹² Cf. art. 72 et 80 LAC-Bo. Rappelons à toutes fins utiles que la Loi d'arbitrage cubaine ne fait aucune référence aux motifs d'opposition à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale. Toutefois, il convient de souligner que Cuba est partie à la Convention de New York et à la Convention européenne de 1961, de sorte que cette matière est directement traitée par elles à titre de droit national (cf. IX ch. 1 let. a Convention européenne; DÁVALOS FERNÁNDEZ, p. 280). En Uruguay, la Cour Suprême de Justice a estimé que la question de la validité de la convention d'arbitrage devait être résolue selon les principes posés par les Conventions internationales en matière d'arbitrage auxquelles l'Uruguay a adhéré, en particulier ceux de la Convention de New York ou, à défaut, ceux de droit international privé (cf. n° 351; Décision de la Cour Suprême de Justice de l'Uruguay n° 43 du 24 mars 2006; ARRIGHI, p. 244). En ce sens, une partie de la doctrine uruguayenne estime que la loi applicable à la Convention d'arbitrage est la loi choisie par les parties et, à défaut, la loi du lieu où la sentence a été rendue (GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 695).

¹⁰¹³ Cf. RIVERA 2007, p. 198. En ce qui concerne l'application du droit du lieu d'exécution, ADRIANA ZAPATA DE ARBELÁEZ souligne, à notre avis à juste titre, qu'un tribunal arbitral averti se doit d'envisager l'applicabilité de la loi du lieu d'exécution, dans l'objectif d'écarter un éventuel refus de reconnaissance de la sentence arbitrale (ZAPATA DE ARBELÁEZ 2013, p. 421). Signalons qu'une autre partie de la doctrine arbitrale argentine est d'avis que la convention d'arbitrage est régie, à défaut d'accord des parties, par la loi du siège de l'arbitrage (MACCHIA/ZAPIOLA, p. 119). En ce qui concerne l'arbitrage international dans le cadre du Mercosur, la validité quant au consentement, à l'objet et à la cause de la convention d'arbitrage est régie par le droit de l'Etat partie où le tribunal arbitral siège (art. 7 al. 2 Accord du Mercosur).

¹⁰¹⁴ Traduction libre.

¹⁰¹⁵ Traduction libre.

¹⁰¹⁶ Fermes partisans du principe de séparabilité, nous estimons que, sauf convention contraire des parties ou de règle de conflit le prévoyant, l'extension du droit applicable au fond du litige à la question de la validité matérielle de la convention ne saurait être admise, au risque de dénaturer le principe de séparabilité (Cf. en ce sens: POUDRET/BESSON, p. 271 s., n° 297; plus nuancés: MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1166. n° 2536. *Contra*: REDFERN/HUNTER/SMITH, p. 123). Nonobstant ces considérations doctrinales, la jurisprudence des différents droits européens estime que l'élection de droit contenue dans le contrat de base s'applique également à la convention d'arbitrage. Il en va ainsi en Allemagne, en Angleterre, en Belgique et en Italie (cf. POUDRET/BESSON, p. 274 s., n° 300).

pour trancher les litiges en rapport avec le contrat de base. Or, la réparation dont il est question relève de la violation d'un autre rapport de droit, à savoir la convention d'arbitrage. Par conséquent, il est judicieux de se demander si le tribunal arbitral qui se prononce sur l'allocation des dommages-intérêts pour cause de violation de la convention d'arbitrage rend une décision *extra petita* ou si par une telle décision, le tribunal arbitral statue *extra potestatem* ou si, en revanche, il est compétent par attraction pour se prononcer sur une telle action en responsabilité.

La doctrine arbitrale considère que le tribunal arbitral rend une sentence *extra petita* lorsque «[...] son dispositif contient des points qui n'ont pas fait l'objet de demandes formelles» ou lorsque «[...] les arbitres statuent sur des demandes qui n'ont pas été formulées par les parties»¹⁰¹⁷, en d'autres termes, lorsque le tribunal arbitral statue au-delà des demandes dont il est saisi. Cette question relève de la mission des arbitres, respectivement de l'identification de l'objet ou des objets devant être tranchés. Par contre, une sentence *extra potestatem* est une sentence qui statue sur une demande non couverte par la convention d'arbitrage. Il s'agit d'une question de compétence¹⁰¹⁸. Le prononcé *extra petita* ou *extra potestatem* constitue un motif d'annulation de la sentence arbitrale.

Ces hypothèses sont contenues, en premier lieu, à l'art. V ch. 1 let. c CNY au sens duquel une sentence est annulable lorsqu'elle «[...] 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»¹⁰¹⁹ et, en deuxième lieu, dans l'immense majorité des lois étudiées ici qui adoptent la même formulation¹⁰²⁰.

La sentence arbitrale dans laquelle le tribunal arbitral se prononce en faveur de l'allocation des dommages-intérêts pour cause de violation de la convention d'arbitrage ne constitue pas un cas de sentence *extra petita*, mais peut constituer un cas de sentence *extra potestatem*¹⁰²¹. En effet, lorsque les parties ne l'ont pas décidé ainsi – fait extrêmement rare – et que le tribunal arbitral s'arroge – sur demande ou de son propre chef – le pouvoir de trancher la question de la réparation de la violation de la convention d'arbitrage, il s'approprie un pouvoir que celle-ci ne lui confère pas. En d'autres termes, en agissant de la sorte, le tribunal arbitral se prononce sur des demandes qui ne sont pas couvertes par la convention d'arbitrage, les prétentions en dommages-intérêts étant intimement liées à la violation de la convention d'arbitrage et non à celle du contrat de base.

Nonobstant la rigueur de cette constatation, certains tribunaux arbitraux et/ou étatiques ont reconnu la compétence par attraction de l'arbitre pour dirimer ce type des questions¹⁰²². En ce sens, CHRISTOPH MÜLLER signale qu'en pratique, les préjudices découlant d'un comportement obstructionniste sont souvent pris en compte par le tribunal arbitral au moment du prononcé de la décision sur les frais de procédure. Lorsqu'une telle réparation n'est pas envisageable dans ce cas de figure, il appartient au demandeur de faire valoir ses prétentions de manière indépendante devant le même tribunal d'arbitrage¹⁰²³. En Amérique latine, d'aucuns estiment également qu'en principe, le tribunal arbitral est compétent pour trancher toutes les questions relatives à la violation de la convention d'arbitrage¹⁰²⁴. Ainsi, par exemple, DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO et CAROLINE KLEINER considèrent que, dans la mesure où le préjudice découle de la violation de la convention d'arbitrage, dont la mise en œuvre est du ressort exclusif du tribunal arbitral, ce dernier devrait être le seul compétent pour connaître d'une telle action¹⁰²⁵.

¹⁰¹⁷ Cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 511, n° 820b; FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 955, n° 1631.

¹⁰¹⁸ POUURET/BESSON, p. 786, n° 804; ATF 116 II 639 c. 3a, p. 642; TF 4P.114/2001 du 19 décembre 2001, c. 2a.

¹⁰¹⁹ Cf. art. 34 al. 2 let. a ch. iii Loi-type CNUDCI.

¹⁰²⁰ Cf. art. 63 ch. II al. 4 LAC-Bo (Bolivie), art. 32 ch. IV LA-Br (Brésil), art. 108 al. 1 let. c LANI-Col (Colombie), art. 34 al. 2 let. a ch. iii LA-Cr (Costa Rica), art. 34 al. 2 let. a ch. iii LAC-CI (Chili), art. 31 d LAM-Eq (Equateur), art. 43 al. 2 let. a ch. iv LA-Gu (Guatemala), art. 1457 al. 1 let. c CCo-Mx (Mexique), art. 61 al. 2 ch. 1 let. c LMA-Ni (Nicaragua), art. 72 al. 1 let. c LACNI-Pa (Panama), art. 40 al. 2 let. ch. 3 LAM-Py (Paraguay), art. 39 al. 2 let. c LAC-Rép.Do (République Dominicaine) et art. 44 let. d LAC-Ve (Venezuela). Le Honduras (art. 74 ch. 7 et 8 LCA-Ho), Le Salvador (art. 68 ch. 8 et 9 LMCA-Sv), le Pérou (art. 63 al d et f LA-Pe) et la Suisse (art. 192 al. 2 let. b et c LDIP) consacrent ces hypothèses dans deux alinéas séparés.

¹⁰²¹ Il s'agit là d'une question de latitude d'interprétation propre à chaque Etat.

¹⁰²² Cf. POUURET/BESSON, p. 340, n° 376; FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 140.

¹⁰²³ MÜLLER, p. 728, n° 3383.

¹⁰²⁴ CÁRDENAS MEJÍA, p. 390; FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 142.

¹⁰²⁵ FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 140 s.

- 611 A notre avis, compte tenu du fait que dans toutes les législations étudiées – sauf au Nicaragua¹⁰²⁶ –, les différentes techniques dilatoires n'empêchent pas la procédure arbitrale de se poursuivre, il est conforme aux principes *in favor arbitrandum*, d'économie de procédure et d'efficacité maximale que le tribunal arbitral se prononce, à titre de question connexe avec la cause pendante (compétence par attraction), sur la demande en dommages-intérêts découlant de la violation de la convention d'arbitrage.
- 612 En ce qui concerne la détermination de l'étendue de la réparation, MARCO DE BENITO LLOPIS LLOMBART résume l'avis d'une partie de la doctrine, lorsqu'il affirme qu'il n'existe pas de méthode ou de principe universellement accepté sur ce en quoi consistent les frais réparables et la manière de les calculer¹⁰²⁷. Il est généralement admis que l'indemnisation porte sur les «[...] *frais encourus pour plaider l'incompétence du juge étatique dans une instance engagée devant lui en méconnaissance de la clause arbitrale*»¹⁰²⁸. Autrement dit, le préjudice réparable correspond au *damnum emergens*. En droit de la responsabilité civile, l'on est en présence d'un *damnum emergens* ou d'une perte éprouvée «*lorsque l'événement dommageable a pour effet de diminuer le patrimoine de la victime*»¹⁰²⁹. La diminution du patrimoine suite à la violation de la convention d'arbitrage consistera essentiellement dans l'augmentation du passif et non dans la diminution de l'actif. Ainsi, le *damnum emergens* couvrira notamment les dépens, les frais légaux et les autres frais, comme par exemple, les frais de déplacement jusqu'au lieu de l'arbitrage, les frais de séjour, ou encore les honoraires d'avocat¹⁰³⁰.
- 613 La réparation du *lucrum cessans*, à savoir l'ensemble des profits et avantages dont le patrimoine de la partie lésée est privé, est une question délicate que la doctrine ibéro-américaine semble accepter avec une certaine retenue¹⁰³¹. La difficulté réside dans le fait de savoir dans quelle mesure la violation de la convention d'arbitrage provoque une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif et, le cas échéant, comment le chiffrer. Avec DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO et CAROLINE KLEINER, nous estimons que, pour parer aux difficultés liées à la détermination du préjudice découlant de la violation de la convention d'arbitrage, il est plus que recommandable pour les parties de prévoir une clause pénale déterminant à l'avance quelle sera la sanction pécuniaire applicable au cas où l'une des parties n'exécuterait pas les obligations découlant de la convention d'arbitrage¹⁰³².

Titre quatre: Obligations accessoires

- 614 La doctrine dénombre une grande quantité d'obligations accessoires, parmi lesquelles on trouve notamment l'obligation de confidentialité, l'obligation d'agir de bonne foi, l'obligation de faciliter la nomination des arbitres et l'obligation d'accepter le caractère obligatoire de la sentence arbitrale¹⁰³³. Nous considérons que ces deux dernières obligations font partie d'une autre obligation, qui découle elle-même de l'obligation d'agir de bonne foi, à savoir l'obligation de contribuer, dans la mesure du possible, au déroulement efficace de la procédure¹⁰³⁴. En raison des controverses doctrinales et jurisprudentielles que le concept de confidentialité a soulevées, nous l'analyserons en premier, puis nous exposerons l'obligation de se comporter de bonne foi.

¹⁰²⁶ Dans ce pays, l'arbitrage doit être suspendu pendant la procédure de récusation (art. 35 al. 4 LMA-Ni) ou à l'occasion d'un recours en annulation contre une sentence partielle déclarant la compétence du tribunal arbitral (art. 42 al. 3 LMA-Ni).

¹⁰²⁷ LLOPIS-LLOMBART, p. 153. Cf. n° 588 ss; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 398, n° 631 ss; SANTOS BELANDRO 2010, p. 91.

¹⁰²⁸ POUURET/BESSON, p. 340, n° 376. Cf. LLOPIS-LLOMBART, p. 152 ss; SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de no hacer*, p. 696; CÁRDENAS MEJÍA, p. 390; MÜLLER, p. 728, n° 3383.

¹⁰²⁹ MÜLLER 2013, p. 39, n° 104.

¹⁰³⁰ Cf. LLOPIS-LLOMBART, p. 152 ss; FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 143. Ces auteurs acceptent également la réparation de préjudice résultant de la violation de l'obligation de confidentialité ou encore du tort moral pour atteinte à l'image.

¹⁰³¹ Cf. FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 143; LLOPIS-LLOMBART, p. 162 s.

¹⁰³² FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 144. En droit suisse, cette éventualité est réglée par les art. 160 ss CO.

¹⁰³³ GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 265 ss; POUURET/BESSON, p. 334 ss; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 100, n° 189 c; FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER, p. 144; BENETTI SALGAR, p. 244 ss; MÜLLER, p. 728, n° 3382; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1287, n° 2788; TALERÓ RUEDA, p. 63.

¹⁰³⁴ Cf. n° 227; art. 15 al. 7 Règl. CH; art. 17 al. 2 LACNI-Pa (Panama) et art. 38 LA-Pe (Pérou).

1. Obligation de confidentialité

La confidentialité de l'arbitrage est souvent présentée comme l'un des principaux avantages de la procédure arbitrale, à côté de celui de la célérité du procès. Traditionnellement, le devoir de confidentialité est considéré comme étant l'un des principes inhérents à l'arbitrage¹⁰³⁵. Selon la conception classique, l'obligation de confidentialité découlerait implicitement de la nature privée de l'arbitrage, raison pour laquelle il est sans importance qu'elle ne soit pas expressément codifiée par le droit conventionnel et par la majorité de droits nationaux¹⁰³⁶. Cette logique s'étend aussi aux règlements d'arbitrage qui, selon la politique institutionnelle adoptée, traitent totalement la question de la confidentialité, ou seulement certains de ses aspects¹⁰³⁷.

Ainsi, compte tenu de l'innombrable quantité de situations que la confidentialité est supposée couvrir, il n'existe pas à l'heure actuelle de consensus quant au sens qu'il convient de lui attribuer¹⁰³⁸, d'autant plus que la confidentialité est susceptible d'envelopper tous les acteurs de la procédure arbitrale, avec une intensité qui varie certes en fonction du type d'intervenant considéré¹⁰³⁹. Ce flou juridique a contribué, d'une part, à ce que la notion de confidentialité soit confondue, voire assimilée, à celle de «caractère privé de l'arbitrage», et d'autre part, à ce que la jurisprudence, notamment australienne, suédoise et américaine, mette en cause ce principe¹⁰⁴⁰. En sus, d'aucuns affirment qu'il serait plus judicieux de parler de «privacité de l'arbitrage» que de confidentialité, dans la

¹⁰³⁵ DESSEMONTET 1996, p. 61; POUURET/BESSON, p. 335, n° 369; CASTILLO FREYRE 2009, p. 288; CAIVANO ROQUE, *El deber de confidencialidad*, p. 119; Cf. BÉRAUDO, p. 101. THOMAS CLAY illustre la place centrale du principe de la confidentialité par la citation de l'extrait suivant des discours de Lysias (440-360 av. J.C.): «j'avais d'abord persuadé les deux parties de s'en remettre à l'arbitrage d'amis, car je voulais par dessus tout qu'aucun étranger ne fût mêlé à des secrets de famille» (Contre Diogiton, spéc. n° 2, in: Lysias, Discours. Trad.: L. Gernet et M. Bizos, Les Belles lettres, 5^e éd. 1999, t. 2, in: CLAY, p. 595, n. 5). D'aucuns ne considèrent pas la confidentialité comme une obligation à part entière mais estiment qu'elle découle de l'obligation de la bonne foi, ou qu'elle résulte de l'intention des parties (RADJAI, p. 1345, n° 18 ss).

¹⁰³⁶ Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 266; MÜLLER 2005, p. 217. Cf. l'affaire anglaise *Oxford Shipping Co Ltd v. Nippon Yusen Kaisha* (The Eastern Saga) (1984) 3 All ER 835 p. 379 dans laquelle il a été jugé que l'obligation de confidentialité est implicite à la procédure arbitrale.

¹⁰³⁷ Après d'intenses discussions, la Commission d'arbitrage de la CCI a préféré, faute de consensus, que la question de la confidentialité de la procédure arbitrale continue d'être réglée par la volonté des parties, par les lois nationales et par le Règlement CCI (cf. SILVA ROMERO 2013, *De la confidencialidad*, p. 174; MÜLLER 2005, p. 222 ss). Nonobstant, au sens de l'art. 22 § 3 Règl. CCI, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, rendre des ordonnances qui concernent la confidentialité de la procédure arbitrale. A notre sens, cette disposition se réfère au devoir de confidentialité des travaux de la Cour (art. 6, Appendice I et art. 1, Appendice II du Règl. CCI). En ce qui concerne les arbitrages avec une ou plusieurs parties étatiques, la Commission d'arbitrage de la CCI recommande aux parties de compléter la convention d'arbitrage type suggérée comme suit: «*all disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The parties agree to keep confidential the existence of the arbitration, the arbitral proceedings, the submissions made by the parties and the decisions made by the arbitral tribunal, including its awards, except as required by applicable law and to the extent not already in the public domain*» (mise en évidence ajoutée; cf. http://www.iccdri.com/itemContent.aspx?XSL=arbSingle.xml&XML=COMMISSION_REPORTS/CR_0046.xml&CONTENTTYPE=COMMISSION_REPORTS&TITLE=Arbitration%20Involving%20States%20and%20State%20Entities%20under%20the%20ICC%20Rules%20of%20Arbitration&L%C3%9C=1 [06.04.2014]). Le Règlement suisse d'arbitrage international dispose, à l'art. 44, que sauf convention expresse et écrite, les parties s'obligent à maintenir la confidentialité de toutes les ordonnances, toutes les sentences et de tout document remis par une partie, à condition que son contenu ne soit pas déjà tombé dans le domaine public, sauf si une obligation légale impose de les divulguer. Cette obligation s'étend aux arbitres, aux experts nommés par le tribunal arbitral, au secrétaire du tribunal arbitral, aux membres de la Cour et du Secrétariat, au personnel des Chambres et aux membres du conseil d'administration de la Swiss Chambers' Arbitration Institution. Au Mexique, l'art. 5 du Règlement d'arbitrage de la Chambre nationale de commerce de la Ville de Mexico (CANACO) stipule que, sauf accord contraire exprès des parties, la procédure arbitrale est confidentielle. En outre, cette disposition précise que la saisine des tribunaux étatiques en vue de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale ou tout autre motif découlant du Règlement ou des dispositions d'ordre public ne constitue pas une violation à cette obligation. Au Pérou, l'art. 9 du Règlement d'arbitrage du Centre d'Arbitrage de la Chambre de commerce américaine (AMCHAM Pérou) reprend textuellement l'art. 51 LA-Pe, se dotant ainsi de l'une des dispositions institutionnelles les plus exhaustives en la matière (cf. n° 621). Cf. art. 44 du Règlement d'arbitrage commercial international du Centre de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce du Costa Rica.

¹⁰³⁸ Pour une riche illustration des situations pouvant tomber dans le champ de protection du devoir de confidentialité, cf. DESSEMONTET 1996, p. 62 ss. L'auteur cite notamment comme exemple les cas suivants: «*dans un arbitrage entre un donneur de licence et un preneur de licence pour une technologie utilisée dans des installations industrielles, l'une des parties communique à un tiers le fait que les parties sont en litige. Elle réduit ainsi à néant l'espoir qu'avait l'autre partie de se voir attribuer la commande d'une installation de ce type*», «*dans un arbitrage portant sur des droits de propriété littéraire et artistique, une partie invoquait les décisions fiscales des autorités d'un pays A, qui avaient considéré à certaines fins les redevances dues par une société filiale de cette partie sise à l'étranger comme si elles étaient dues par la société sise dans le pays A. Les documents et mémoires présentés au Tribunal arbitral par l'autre partie pour le convaincre que la première partie aurait dû recourir contre les décisions des autorités fiscales et qu'elle l'eût fait avec de bonnes chances de succès pourraient-ils être ultérieurement communiqués ou réutilisés par la première partie afin d'amener le fisc à revoir son point de vue ?*» ou encore «*dans un interview accordé à un journal économique de Hong Kong, l'actionnaire principal d'une des parties à un arbitrage communique les conclusions de cette partie et y ajoute des commentaires qui sont peut-être de nature à mettre en doute la capacité d'accueil de l'Indonésie pour les capitaux internationaux*».

¹⁰³⁹ POUURET/BESSON, p. 334, n° 368; FURRER, p. 809 ss. Ainsi, l'on parle tantôt du devoir de confidentialité des parties et de ses représentants, et tantôt de celui des arbitres, des institutions arbitrales, des témoins ou des experts. L'obligation de confidentialité à la charge des arbitres et des centres d'arbitrage découle d'une part du contrat d'arbitre, et d'autre part du contrat d'organisation arbitrale.

¹⁰⁴⁰ Cf. CHAVEZ BARDALES, p. 239 ss; MÜLLER 2005, p. 219 ss. La *High Court* d'Australie a considéré que la confidentialité n'était pas, en droit australien, une caractéristique naturelle de l'arbitrage (*Esso Australia Resources Ltda. and Others v. The Honourable Sidney James Plowman and Others*, 7 avril 1995, in: Rev. arb. 1996, p. 539 [542]). En Suède, la Cour Suprême a décidé le 27 octobre 2000 dans l'affaire *AI Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.* que l'arbitrage n'était pas confidentiel sauf accord contraire des parties ou lorsque les règles de l'institution arbitrale choisie le prévoient ainsi. Enfin, dans l'affaire *United States v. Panhandle Eastern Corp. et al.*, 118 F.R.D 346 (1988, Del.), la *Federal District Court of Delaware* a décidé que les dispositions du Statut interne de la CCI relatives à la confidentialité ne concernaient que les agissements des membres de la CCI et non ceux des parties, raison pour laquelle il n'existait aucune confidentialité inhérente à l'arbitrage.

mesure où celle-ci n'est pas absolue¹⁰⁴¹. En ce sens, CHRISTOPH MÜLLER estime qu'«*au niveau international, la confidentialité ne peut pas [...] être considérée comme un devoir implicite en arbitrage international*» et que «*le caractère privé de l'arbitrage n'implique pas nécessairement et par rapport à tous les documents et informations un (même) devoir de confidentialité*»¹⁰⁴². FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO partage ce point de vu et affirme qu'«*[...] il n'existe pas de véritable obligation de confidentialité pour les parties*»¹⁰⁴³.

617 La confidentialité et la nature privée de l'arbitrage sont des notions distinctes qu'il convient de différencier¹⁰⁴⁴. Pour ENRIQUE CHÁVEZ BARDALES, le caractère privé se réfère tant à l'endroit où la procédure arbitrale a lieu qu'au fait qu'aucune personne étrangère à la procédure ne doit être admise dans cet endroit, sauf convention contraire des parties. La privacité de l'arbitrage englobe donc normalement les délibérations mais aussi les audiences et les réunions¹⁰⁴⁵. Ainsi, en principe, le litige soumis à l'arbitrage doit se dirimer uniquement en présence des parties à la convention d'arbitrage ou en présence des personnes dont la participation est requise par le tribunal arbitral¹⁰⁴⁶. Sous cet angle, la privacité de l'arbitrage est une conséquence du principe *res inter alios acta* qui offre aux parties les conditions de discrétion adéquates au bon déroulement de la procédure arbitrale que la justice étatique n'est pas en mesure de leur garantir¹⁰⁴⁷.

618 Le caractère privé de l'arbitrage ne saurait ainsi être confondu avec la notion de confidentialité qui configure une interdiction de divulguer et une restriction à la liberté d'expression¹⁰⁴⁸. Nous croyons que la confidentialité se réfère notamment au caractère secret de l'existence de l'arbitrage, des audiences devant les arbitres, des documents utilisés pendant la procédure, des décisions prises par le tribunal arbitral – même à l'égard de tierces personnes –, y compris les ordonnances de procédure et la sentence arbitrale et, bien évidemment, du déroulement de toutes les étapes de la procédure arbitrale proprement dite¹⁰⁴⁹.

619 Dans les régimes arbitraux étudiés ici, le traitement législatif du principe de confidentialité est très disparate. Le fait que ni la Convention de New York, ni la Convention européenne de 1961, ni l'Accord du Mercosur, ni la Convention de Panama n'intègrent de normes consacrant cette obligation est révélateur de ce manque d'unité¹⁰⁵⁰. Il en va de même de la Loi-type CNUDCI¹⁰⁵¹. En somme, pour savoir si la confidentialité de

¹⁰⁴¹ Cf. n° 624 ss; JIMÉNEZ FIGUERES/ARMER RÍOS, p. 321.

¹⁰⁴² MÜLLER 2005, p. 224s.

¹⁰⁴³ Traduction libre; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 266.

¹⁰⁴⁴ A ce propos, PHILIPPE CAVALIEROS affirme que «*[...] l'équation caractère privé de l'arbitrage = confidentialité n'est pas évidente*» (CAVALIEROS, p. 56).

¹⁰⁴⁵ CHÁVEZ BARDALES, p. 238 ss. Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 586; TALERO RUEDA, p. 63; CAVALIEROS, p. 56.

¹⁰⁴⁶ *Oxford Shipping Co Ltd v. Nippon Yusen Kaisha (The Eastern Saga)* (1984) 3 All ER 835 p. 379. En France, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'il ressort «*de la nature même de la procédure d'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion pour le règlement des différends d'ordre privé ainsi que les parties en étaient convenues*» (Paris, *Aïta c/ Ojeh*, in: Rev. arb. 1986, p. 583). Cf. art. 28 al. 3 Règl. CNUDCI au sens duquel «*l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander qu'un ou plusieurs témoins, y compris des experts agissant en qualité de témoins, se retirent pendant la déposition des autres témoins. Toutefois, un témoin, y compris un expert agissant en qualité de témoin, qui est partie à l'arbitrage n'est pas, en principe, prié de se retirer*».

¹⁰⁴⁷ Cf. les art. 2 al. 3 LAC-Bo (Bolivie), 4 ch. 3 LMCA-Sv (Le Salvador), art. 3 LMA-Ni (Nicaragua) et 42 al. 3 LA-Pe (Pérou). Les dispositions de la Bolivie et du Salvador disposent textuellement que l'arbitrage est régi par le principe de privacité qui consiste dans la sauvegarde obligatoire de la réserve nécessaire et de la confidentialité. La norme nicaraguayenne se limite à énumérer le principe de privacité parmi ceux s'appliquant à la Loi d'arbitrage. La disposition péruvienne dispose que «*sauf accord contraire des parties ou décision du tribunal arbitral, toutes les audiences et réunions seront privées*» (traduction libre).

¹⁰⁴⁸ Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011, p. 586; PLOUDRET/BESSON, p. 335, n° 369.

¹⁰⁴⁹ Cf. PLOUDRET/BESSON, p. 338, n° 373. Ces auteurs estiment que la confidentialité ne touche pas les documents qui ne sont pas créés par la procédure arbitrale, comme par exemple l'échange de correspondances. Cf. l'art. 51 al. 1 LA-Pe (Pérou) au sens duquel «*sauf accord contraire des parties, le tribunal arbitral, son secrétaire, l'institution arbitrale et, le cas échéant, les témoins, les experts et quiconque intervient dans la procédure arbitrale, sont tenus de garder confidentielle la procédure elle-même, y compris la sentence arbitrale, ainsi que toute information dont ils apprennent l'existence en cours de procédure*» (traduction libre). L'alinéa 2 de cette disposition précise en outre que cette obligation s'étend aux parties, à ses représentants et à ses conseils légaux, sauf lorsque, par mandat légal, la divulgation de certains éléments, voire de la sentence arbitrale, est tenue pour nécessaire. Il sied de signaler qu'au Pérou, la Loi d'arbitrage précise que lorsque l'Etat est partie à un arbitrage, la procédure sera régie par le principe de la confidentialité mais que la sentence arbitrale sera publiée dès la fin de la mission des arbitres (art. 51 al. 3 LA-Pe).

¹⁰⁵⁰ Cf. SILVA ROMERO 2013, *De la confidencialidad*, p. 170 ss; MÜLLER 2005, p. 217 ss. En ce qui concerne la Convention de Panama, nous estimons que cette lacune peut être comblée grâce au renvoi que l'art. 3 CPA fait aux règles de procédure de la CIAC. Ainsi, bien que le Règl. CIAC ne réglemente pas expressément la confidentialité, l'art. 11 al. 2 des Statuts CIAC met à la charge du Comité exécutif l'obligation de veiller à la confidentialité de la procédure d'arbitrage.

¹⁰⁵¹ Cf. FURRER, p. 806; art. 28 al. 3 Règl. CNUDCI qui, à notre sens, se réfère au caractère privé des audiences et non au devoir de confidentialité. Il es libellé comme suit: «*l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander qu'un ou plusieurs témoins, y compris des experts agissant en qualité de témoins, se retirent pendant la déposition des autres témoins. Toutefois, un témoin, y compris un expert agissant en qualité de témoin, qui est partie à l'arbitrage n'est pas, en principe, prié de se retirer*». Voir également l'art. 34 al. 5 Règl. CNUDCI relatif à la forme et aux effets de la sentence arbitral au sens duquel «*la sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente*».

l'arbitrage est conçue comme une obligation de l'arbitrage ou comme une faculté laissée à la volonté des parties, il est indispensable de se tourner vers les lois nationales et les règlements d'arbitrage.

Peu de pays ont décidé d'introduire le principe de confidentialité dans leurs lois d'arbitrage¹⁰⁵². Seules les législations de la Bolivie (art. 2 al. 2 LAC-Bo), du Costa Rica (art. 38 LA-Cr), de l'Equateur (art. 34 LAM-Eq), du Salvador (art. 4 ch. 3 LMCA-Sv), du Nicaragua (art. 3 LMA-Ni), du Pérou (art. 51 LA-Pe) et de la République Dominicaine (art. 22 al. 2 LAC-Rép.Do) traitent de la question, soit de manière très succincte, soit de manière détaillée. En règle générale, à l'instar de l'art. 1464 al. 4 NCPC (France) qui dispose qu'en matière d'arbitrage interne «*sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité*», les dispositions analysées relatives à la confidentialité se limitent à nommer le principe sans pour autant définir sa portée¹⁰⁵³.

Au Pérou, la question fait l'objet d'un traitement plus développé. En effet, outre la consécration du principe de confidentialité, l'art. 51 LA-Pe précise que, sauf accord contraire, le respect de cette obligation incombe *ratione personae* non seulement aux parties et à ses mandataires, mais aussi à l'institution arbitrale dans laquelle se déroule l'arbitrage, au tribunal arbitral, à son secrétaire, aux témoins et aux experts ayant participé à la procédure. Quant au champ *ratione materiae*, le devoir de confidentialité couvre les informations – documentées ou non – relatives à la procédure arbitrale, y compris la sentence et toute autre information dont les différents intervenants à la procédure auraient pu avoir connaissance au cours de la procédure. En République Dominicaine, l'art. 22 al. 2 LAC-Rép.Do dispose de manière plus concise que «*les arbitres, les parties, et les centres d'arbitrage [...] sont obligés de garder la confidentialité sur les informations qu'ils auraient pu connaître par le biais de la procédure arbitrale*»¹⁰⁵⁴.

Eu égard aux lois d'arbitrage mentionnées, la confidentialité – élément supposé implicite à l'arbitrage – revêt la forme d'une garantie octroyée par le législateur à l'arbitrage¹⁰⁵⁵. De ce fait, la confidentialité de l'arbitrage est la règle dans ces pays, excepté en Equateur où les parties sont libres de convenir la confidentialité de l'arbitrage¹⁰⁵⁶. Dans cette hypothèse, des copies des documents pourront uniquement être remises aux parties, à ses représentants ou au juge étatique saisi de la nullité ou de tout autre recours. De toutes les législations étudiées, y compris les régimes qui n'optent pas pour l'introduction du principe dans leur loi d'arbitrage, la solution retenue par le législateur équatorien est la moins favorable au principe de la confidentialité. En effet, dans ce pays la confidentialité est conçue comme une exception au régime général selon lequel l'arbitrage n'est pas confidentiel

Au Costa Rica et au Pérou, l'interdiction de publier la sentence arbitrale – interdiction généralement comprise dans le devoir de confidentialité – échappe *ex lege* à ce principe. Ainsi, par exemple, l'art. 38 al. 2 LA-Cr stipule que «*sauf accord contraire exprès, la sentence arbitrale [ayant la force de chose jugée] sera publique*»¹⁰⁵⁷. Les noms des arbitres et des avocats des parties y seront reproduits intégralement; en revanche, l'anonymat des parties sera assuré par l'insertion des seules initiales des parties. Au Pérou, la publicité de la sentence arbitrale ne concerne que la sentence prononcée à l'occasion d'un arbitrage dans lequel l'Etat péruvien est partie¹⁰⁵⁸. En Suisse, l'art. 30 al. 3 Cst.CH précise que «*l'audience et le prononcé du jugement sont publics. La loi peut prévoir des exceptions*». Usuellement, le Tribunal fédéral recourt à la protection de la sphère privée de l'art. 13 Cst.CH pour déroger au principe de la publicité de la justice et anonymiser l'identité des parties¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵² La Suisse n'échappe pas à cette tendance dans la mesure où ni la LDIP ni le CPC ne traitent la question. En outre, le Tribunal fédéral suisse n'a pas non plus défini l'étendue du devoir de confidentialité (cf. RADJAI, p. 1342 s.).

¹⁰⁵³ Quand bien même la Bolivie, Le Salvador et le Nicaragua ne s'attardent pas sur la portée de la confidentialité, ces pays délimitent cette notion en se référant à d'autres modes de résolution des conflits. En effet, l'art. 87 al. 1 LAC-Bo (Bolivie) dispose, entre autres, que les déclarations et les informations relatives à une procédure de conciliation seront confidentielles. Les sujets de ce devoir de confidentialité sont les parties, les conciliateurs et les centres de conciliation (cf. art. 91 al. 4 et 93 al. 3 LAC-Bo). L'art. 12 LMCA-Sv (Le Salvador) garantit également la confidentialité des déclarations et des manifestations des parties, mais lors d'une procédure de médiation. Enfin, les art. 6 al. 6, 13 et 14 LMA-Ni (Nicaragua) se réfèrent à la confidentialité dans le contexte d'une procédure de médiation.

¹⁰⁵⁴ Traduction libre.

¹⁰⁵⁵ Cf. n° 620 s.

¹⁰⁵⁶ L'art. 34 LAM-Eq dispose que «*les parties [...], pourront convenir la confidentialité de la procédure arbitrale. Dans ce cas, des copies des actes pourront uniquement être remises aux parties, à ses avocats ou au juge saisi d'un recours en nullité ou de tout autre recours auquel les parties se seraient soumises*» (traduction libre).

¹⁰⁵⁷ Traduction libre.

¹⁰⁵⁸ Cf. n. 1049.

¹⁰⁵⁹ Cf. TF 4P.74/2006 du 19 juin 2006; MÜLLER 2005, p. 226 s., n. 60.

- 624 A notre avis, l'obligation de confidentialité doit être reconnue en matière d'arbitrage, car il est constant que les parties à la convention d'arbitrage tiennent implicitement la procédure arbitrale pour confidentielle. Toutefois, il ne s'agit pas d'un principe absolu, mais d'un principe relatif connaissant des limites¹⁰⁶⁰. Autrement dit, la confidentialité n'est pas une fin, mais un avantage de plus de l'arbitrage. Son étendue – qui est régie par la loi applicable à la convention d'arbitrage – dépend du cas particulier et, évidemment, de la nature des informations concernées et des documents en cause¹⁰⁶¹. Selon la jurisprudence étrangère, la confidentialité connaît les limites suivantes: (i) si les parties dérogent au principe de confidentialité par un accord exprès ou tacite, (ii) si une décision judiciaire lève cette obligation, (iii) si le tribunal arbitral l'autorise de manière expresse et (iv) s'il est raisonnablement nécessaire à la protection des intérêts légitimes d'une partie à arbitrage ou des intérêts de la justice, voire de l'intérêt public¹⁰⁶².
- 625 Au Pérou, les limites à la confidentialité sont fixées par l'art. 51 al. 2 LA-Pe. Il s'agit, en premier lieu de l'accord des parties et, en deuxième lieu, de l'existence d'une exigence légale destinée à protéger ou à faire valoir un droit ou à interjeter un recours en annulation ou à faire exécuter la sentence arbitrale¹⁰⁶³. A noter que cette disposition se rapproche de l'art. 44 Règl. CH qui dispose que «*sauf convention contraire expresse et écrite, les parties s'engagent à maintenir la confidentialité de toutes sentences et ordonnances, de même que de tous documents soumis par une autre partie dans le cadre de la procédure arbitrale qui ne sont pas déjà dans le domaine public, sauf et dans la mesure où une divulgation peut être requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou pour exécuter ou recourir contre une sentence devant une autorité judiciaire*»¹⁰⁶⁴.
- 626 De manière générale, la codification des limites du principe de la confidentialité doit être saluée. Cependant, nous partageons la crainte exprimée par ENRIQUE CHÁVEZ BARDALES pour qui ce procédé entraîne le risque, pour les tribunaux et la justice étatique, de devoir faire face à des règles contenant exhaustivement les hypothèses permettant de divulguer des informations relatives à la procédure et/ou à la sentence arbitrale¹⁰⁶⁵. A notre avis, il serait plus que judicieux de considérer ces dispositions comme des normes non-exhaustives donnant au juge étatique et au tribunal arbitral un catalogue des situations pouvant entrer en ligne de compte lors de l'examen de la levée de la confidentialité.
- 627 La partie qui se prévaut de la violation de l'obligation de confidentialité est chargée du fardeau de la preuve. Elle doit «*[...] prouver l'existence d'un devoir de confidentialité et surtout le dommage subi suite à la violation de ce devoir par l'autre partie*»¹⁰⁶⁶. A notre sens, il appartient à la partie victime de faire constater la violation par le tribunal arbitral, lorsque la procédure est pendante¹⁰⁶⁷. Elle est en droit de lui demander: (i) de constater son droit de mettre un terme à la convention d'arbitrage, de mettre fin à la procédure arbitrale et de condamner la partie adverse au versement des dommages-intérêts, ou alors, tout en maintenant la convention d'arbitrage, (ii) de faire interdire d'autres violations au moyen de mesures provisionnelles et de demander des dommages-intérêts en réparation de la violation de la confidentialité.
- 628 L'avantage de faire constater par le tribunal arbitral la violation du devoir de confidentialité est de ne pas courir le risque de voir une sentence rendue sur la base d'une convention d'arbitrage dépourvue d'effet et, par conséquent, susceptible d'être frappée de nullité pour cause de contravention essentielle à la convention d'arbitrage. En effet, dans l'affaire *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc.*, la Stockholm City

¹⁰⁶⁰ Cf. PICAND ALBÓNICO 2005, p. 212; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 205, n° 383 s.

¹⁰⁶¹ Décision de la Cour d'Appel anglaise *Michael Wilson Partners Ltd v John Forster Emmott* [2008] EWCA Civ 184. Cf. CHÁVEZ BARDALES, p. 261 ss; Poudret/Besson, p. 335, n° 369; MÜLLER 2005, p. 239.

¹⁰⁶² Cf. Décision de la Cour d'Appel anglaise *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* (1998) 2 All ER 136 (A.A.). Pour un litige soumis à l'Accord de libre-échange Nord-Américain dans lequel il a été déterminé que la publication des informations devait être réglée par convention des parties, voir la décision du tribunal arbitral relative à la requête *d'amicus curiae* du 15 janvier 2001 du *Methanex Corporation and the United States of America*.

¹⁰⁶³ Art. 51 LA-Pe. La disposition péruvienne a servi de base pour la rédaction de l'art. 9 du Règlement d'arbitrage du Centre d'Arbitrage de la Chambre de commerce américaine (AMCHAM Pérou) et de l'art. 44 du Règlement d'arbitrage commercial international du Centre de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce de Costa Rica.

¹⁰⁶⁴ Cf. n. 1049. L'obligation de confidentialité de l'art. 44 Règl. CH s'applique également aux arbitres, aux experts nommés par le tribunal arbitral, au secrétaire du tribunal arbitral, aux membres du conseil d'administration de la *Swiss Chambers' Arbitration Institution*, aux membres de la Cour et du Secrétariat, et au personnel des Chambres. Les témoins et les experts des parties ne sont pas couverts par cette disposition, ce qui n'est pas sans constituer une source potentielle de fuites d'informations confidentielles (RADJAI, p. 1344, n° 15).

¹⁰⁶⁵ CHÁVEZ BARDALES, p. 251 ss.

¹⁰⁶⁶ MÜLLER 2005, p. 233.

¹⁰⁶⁷ Nous sommes d'avis qu'à l'instar de ce qui a été dit par rapport à la violation de l'obligation de l'interdiction de soumettre le litige à la juridiction étatique, la compétence pour se prononcer sur ce type de prétentions échoit par «attraction» au tribunal arbitral (cf. n° 606 ss)

Court est arrivée à cette conclusion après que la sentence arbitrale a été rendue publique avec l'assentiment de la compagnie *A.I. Trade Finance Inc*¹⁰⁶⁸. Encore faut-il que la confidentialité soit conçue comme une obligation fondamentale sans laquelle la convention d'arbitrage n'aurait jamais été conclue¹⁰⁶⁹. Afin de parer à ces difficultés, il est plus que recommandable pour les parties de prévoir une clause de confidentialité assortie d'une clause pénale déterminant à l'avance quelle sera la sanction pécuniaire applicable au cas où l'une des parties ne respecterait pas cette obligation¹⁰⁷⁰.

Enfin, de manière plus spécifique et dans le but de recentrer le débat sur l'obligation de confidentialité couverte par la convention d'arbitrage, notons que ce devoir concerne essentiellement, à notre avis, les informations considérées comme sensibles ou confidentielles – et signalées comme telles – par le cocontractant, et auxquelles une partie au contrat de base a pu avoir accès soit pendant sa négociation soit pendant son exécution. Le tribunal arbitral est, bien entendu, également compétent pour se prononcer sur la divulgation de ce même type d'informations obtenues lors de la négociation ou de l'exécution de la convention d'arbitrage (compétence par attraction)¹⁰⁷¹. En ce qui concerne les informations obtenues pendant les pourparlers, il ne faut pas perdre de vue que les négociations de contrats de grande envergure sont encadrées par des accords régissant le déroulement des négociations et ayant pour but de s'assurer du sérieux des intentions du futur cocontractant. Ces instruments précontractuels sont la *letter of intent*, le *memorandum of understanding*, les *heads of agreement* ou encore le contrat de négociation¹⁰⁷². Ces documents peuvent contenir une clause de confidentialité prévoyant l'interdiction de «[...] divulguer à des tiers les informations relatives aux négociations elles-mêmes ou qui leur servent de base»¹⁰⁷³. Pour terminer, il nous paraît important de souligner que CHRISTOPH MÜLLER et OLIVIER RISKE admettent que le principe de la séparabilité permet «[...] qu'une convention d'arbitrage [peut] être valablement conclue avant même l'existence d'un contrat principal»¹⁰⁷⁴.

629

2. Obligation d'agir de bonne foi

L'acceptation du principe de la bonne foi est difficilement saisissable. Cela tient au fait qu'il régit l'ensemble des domaines du droit et, de ce fait, qu'il recouvre un grand nombre de situations. La bonne foi peut notamment entrer en relation avec la *culpa in contrahendo*, la *clausula rebus sic stantibus*, l'obligation de réduire son propre dommage, l'équité, le devoir de fidélité, le devoir de diligence, le devoir de coopération, la théorie de l'estoppel, la règle *in dubio contra stipulatorem*, ou encore la règle générale de loyauté. Nous estimons qu'afin de mieux appréhender la notion de bonne foi, il serait plus judicieux de l'envisager selon sa dimension protéiforme ou polymorphe de règles de la bonne foi¹⁰⁷⁵. En effet, il s'agit à la fois d'un concept diffus et omniprésent¹⁰⁷⁶.

630

¹⁰⁶⁸ Décision de la Stockholm City Court, *AI Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.*, de 1998. Cf. BÉRAUDO, p. 110 s.

¹⁰⁶⁹ MÜLLER 2005, p. 231.

¹⁰⁷⁰ Cf. n° 613. CHRISTOPH MÜLLER propose le modèle suivant: «les parties conviennent que l'existence, les modalités et le contenu de tout arbitrage ou règlement de litiges engagés conformément au présent contrat, ainsi que toute information ou document concernant les résultats, les sentences, les jugements, les transactions ou l'exécution de ces derniers sont confidentiels. Les parties s'engagent à ne donner, montrer, révéler à aucun tiers ou partie ces informations ou documents, sauf: (a) si un accord écrit préalable entre toutes les parties le permet; (b) dans les limites fixées par le présent contrat, à des tribunaux dont l'assistance est indispensable pour la sauvegarde ou la protection d'un droit des parties en rapport avec l'exécution de la présente convention d'arbitrage ou l'exécution d'une sentence rendue en application de cette dernière, auquel cas l'existence et le contenu de telles procédures peuvent être révélés dans la mesure nécessaire et tous les efforts envisagés par le présent contrat afin de maintenir la confidentialité des documents et des informations doivent être fournis; (c) à des avocats et comptables qui doivent s'engager à sauvegarder la confidentialité; (d) si et dans la mesure où l'établissement régulier des comptes impose leur révélation; (e) si une obligation légale ou une décision d'un tribunal impose leur révélation» (MÜLLER 2005, p. 237).

¹⁰⁷¹ Cf. n° 606 ss. Cette précision s'impose, dans la mesure où les remarques relatives à l'obligation de confidentialité ressortissent à l'arbitrage en général et au contrat d'arbitre en particulier (cf. CLAY, p. 595, n° 771 et p. 662, n° 870 ss).

¹⁰⁷² MÜLLER/RISKE, p. 191; KUONEN, p. 2. CHRISTOPH MÜLLER et OLIVIER RISKE précisent à juste titre que la traduction littérale de *letter of intent*, à savoir *lettre d'intention* ne correspond pas à la notion française donnée à la lettre d'intention par l'art. 2322 du Code civil de ce pays. Au sens de cette disposition, «la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier». Les auteurs soulignent qu'en droit suisse cette notion correspond à la lettre de patronage. Ces derniers entendent donc par lettre d'intention le «[...] document incorporant une déclaration d'intention (*Absichtserklärung*) par laquelle une ou plusieurs personnes marquent leur intention d'entrer en négociation ou de les poursuivre en vue de la conclusion d'un contrat» (MÜLLER/RISKE, p. 192).

¹⁰⁷³ KUONEN, p. 3.

¹⁰⁷⁴ Ainsi, selon eux, tant en droit français qu'en droit suisse, une *letter of intent* – unilatérale ou multilatérale – peut, à certaines conditions, valoir convention d'arbitrage ou en être à la source (MÜLLER/RISKE, p. 205 ss).

¹⁰⁷⁵ Cf. n. 1085.

¹⁰⁷⁶ En ce sens, BERNARDO M. CREMADES affirme qu'il n'y a pas de clarté quant à la compréhension du concept, quant à la manière dont la bonne foi doit être employée et quant à la façon dont un tribunal arbitral juge le comportement des parties conforme à la bonne foi (CREMADES M. 2011, *La buena fe*, p. 13). Face à la difficulté de dresser les contours de la bonne foi, IBRAHIM FADLALLAH propose «[...] d'envisager la bonne foi comme

- 631 En outre, le principe de la bonne foi a cet avantage singulier de se rattacher, au travers des différentes époques, à ce qui rassure le plus les individus. Cette spécificité lui a permis de traverser les âges sans pour autant asséoir son contenu et sa portée¹⁰⁷⁷. En ce sens, BERNARDO M. CREMADES rappelle à juste titre que la notion de bonne foi était autrefois d'inspiration religieuse. Ainsi, à l'époque romaine, *Fides*, déesse de la bonne foi et de l'honneur, était chargée par *Jupiter* d'administrer la justice en matière de contrats (*Deus fidius*). Au Moyen-Âge, la bonne foi fût, en toute logique, associée à la morale chrétienne. Enfin, à partir du XIX^e siècle, avec la sécularisation du droit en Occident, la bonne foi s'affranchit de ses origines religieuses et est dès lors assimilée à la loyauté en affaires¹⁰⁷⁸.
- 632 En raison de ses origines et de sa nature hétérogène, le principe de la bonne foi n'est pas défini de manière claire par les législations. Ainsi, par exemple, le droit suisse dispose que «*chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*»¹⁰⁷⁹, l'art. 520 du CC-Bo (Bolivie) dit que «*le contrat doit être exécuté de bonne foi*»¹⁰⁸⁰, l'art. 113 CC-Br (Brésil) dispose que «*les actes juridiques doivent être interprétés en fonction de la bonne foi [...]*»¹⁰⁸¹, l'art. 21 CC-Cr (Costa Rica) stipule que «*les droits doivent s'exercer conformément aux exigences de la bonne foi*»¹⁰⁸², ou encore l'art. 1362 CC-Pe (Pérou) précise que «*les contrats doivent se négocier, se conclure et s'exécuter selon les règles de la bonne foi [...]*»¹⁰⁸³. Enfin, l'art. 4 al. 1 de l'Accord du Mercosur stipule que la convention d'arbitrage doit être conclue selon les règles de la bonne foi, en particulier lorsque celle-ci est contenue dans un contrat d'adhésion¹⁰⁸⁴.
- 633 Une analyse de la question démontre qu'en matière d'arbitrage international, les arbitres recourent habituellement aux règles de la bonne foi¹⁰⁸⁵. PIERRE MAYER estime que cela s'explique, d'une part, par le fait que les arbitres ont tendance à donner à l'équité une place prépondérante que les juges étatiques se refusent à lui donner, au nom de la sécurité du droit et, d'autre part, par le dynamisme que la *lex mercatoria* insuffle au principe de la bonne foi¹⁰⁸⁶.
- 634 Il va sans dire que les tribunaux étatiques se sont aussi prononcés sur la question. Selon le Tribunal fédéral suisse, «*l'un des buts de l'arbitrage est de permettre une solution rapide des litiges qui y sont soumis (ATF 103 Ia 360). Les parties qui compromettent sont dès lors tenues par les règles de la bonne foi d'éviter tout ce qui pourrait retarder sans nécessité absolue le déroulement normal de la procédure arbitrale*»¹⁰⁸⁷. Dans une affaire postérieure, la Haute Cour suisse a jugé que les parties ont l'obligation de «*[...] ne pas retarder sans nécessité absolue le déroulement de la procédure arbitrale*»¹⁰⁸⁸. En Suède, la Cour d'Appel a décidé, le 30 mars 1999, dans l'affaire *AI Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.* que la divulgation d'informations confidentielles était

l'on envisage parfois les bonnes mœurs: il est difficile de les définir, mais un œil exercé reconnaît les situations concrètes contraires à la bonne foi et aux bonnes mœurs» (FADLALLAH, p. 335).

¹⁰⁷⁷ Son contenu a notamment été enrichi et précisé par le droit savant, qui comporte deux branches, le *ius commune* et le droit canonique (cf. LE ROY/SCHOENBERGER, p. 27).

¹⁰⁷⁸ CREMADES M. 2012, p. 766 ss.

¹⁰⁷⁹ Art. 2 al. 1 CC-CH.

¹⁰⁸⁰ Traduction libre. Cf. art. 1546 CC-Cl (Chili), art. 1603 CC-Col (Colombie), art. 1589 CC-Eq (Equateur), art. 1546 CC-Ho (Honduras); art. 1417 CC-Sv (Le Salvador), art. 1134 CC-Rép.Do (République Dominicaine); art. 1291 CC-Uy (Uruguay) et art. 1160 CC-Ve (Venezuela).

¹⁰⁸¹ Traduction libre.

¹⁰⁸² Traduction libre. Cf. 372 CC-Py (Paraguay).

¹⁰⁸³ Traduction libre.

¹⁰⁸⁴ Cf. n° 343.

¹⁰⁸⁵ Cf. Sentence CCI n° 3896, *Frametome SA. et al. c/ Atomic Energy Organization of Iran*, du 30 avril 1982, dans laquelle le tribunal arbitral a estimé que le principe de la bonne foi contractuelle et la force obligatoire des conventions étaient des «*principes qui sont à la base de la relation contractuelle, notamment dans les rapports internationaux, et qui sont consacrés en particulier par les usages du commerce international et par le droit international*», ou encore que «*les parties doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend*» (cf. JDI 1983, p. 914 ss; GAILLARD 1991, p. 208; POUURET/BESSON, p. 339, n° 375). Voir aussi l'affaire *Norsolor* relative à la résiliation d'un contrat de représentation commerciale qui liait une société française à une société turque. Les parties avaient convenu que l'arbitrage devait se dérouler selon les règles de la CCI, mais n'avaient spécifié ni le lieu du siège de l'arbitrage ni le droit applicable au fond. Le tribunal arbitral a décidé que les règles de la bonne foi imposaient l'application au fond de la *lex mercatoria* (Sentence CCI n° 3131, *Pablack c/ Norsolor*, du 26 octobre 1979, in: Rev. arb., 1983, p. 525 ss. Cf. GAILLARD 1998, p. 649 ss; POUURET/BESSON, p. 640, n° 701; FERNANDEZ ROZAS 2008, p. 855 et FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 841, n° 1479). Le Centre d'arbitrage de la Chambre de commerce du Costa Rica a déterminé, dans la Sentence du 1^{er} juin 2003, que les parties étaient tenues, en vertu de l'art. 1.7 UNIDROIT, de se conformer aux exigences de la bonne foi dans l'exécution du contrat et au devoir de coopération découlant de ce principe (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1101> [07.04.2014]). Se référer également aux Sentences CCI n° 2291 de 1975, in: JDI 1976, p. 989 ss relative à la rupture des pourparlers jugée contraire à la bonne foi; Sentence CIRDI, *Cameroun c/ Klöckner* de 1983 portant sur la dissimulation d'informations; n° 8908 de 1998; n° 5904, in: JDI 1989, p. 1107 ss; n° 6129, in: JDI 1990, p. 1047 ss; Décision de la US Court of Appeals, Seventh Circuit, *Baxter International Incorporated v. Abbott Laboratories*, du 16 janvier 2003 et Sentence CIRDI, *Empresas Luchetti S.A. and Luchetti Perú S.A. v. Republic of Perú*, n° Arb./03/4, du 7 février 2005.

¹⁰⁸⁶ MAYER 1993, p. 543 s.

¹⁰⁸⁷ ATF 108 Ia 197 c. 3, p. 201. Cf. n° 227; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 267.

¹⁰⁸⁸ ATF 111 Ia 259 c. 2b, p. 262. Cf. n° 227.

contraire au principe de la bonne foi que les parties étaient tenues de respecter. Ainsi «*si une partie se plaint de la publication d'une sentence, il s'érigerait, selon la Cour d'Appel suédoise, de rechercher s'il existait une raison acceptable pour la publication, dans quelle mesure l'autre partie a subi un préjudice et si l'information a été révélée avec l'intention de nuire à la partie adverse*»¹⁰⁸⁹.

Le principe de la bonne foi objective (*Treu und Glaube*) peut se déterminer «[...] par référence à un devoir général d'honnêteté, de loyauté, qui n'a pas sa source dans le contrat mais s'impose en permanence à chacun»¹⁰⁹⁰. Il est défini de manière large comme «*la loyauté qu'on doit observer dans les relations juridiques d'après les usages des honnêtes gens*»¹⁰⁹¹. En droit des contrats, le principe de la bonne foi gouverne la gestation, la naissance, la vie et la mort des rapports contractuels. La bonne foi s'étend donc des pourparlers (*culpa in contrahendo*) à la liquidation des rapports d'obligations¹⁰⁹². Sur ce point, PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD et BERTHOLD GOLDMAN considèrent que «[...] l'affirmation du principe de bonne foi n'est souvent qu'une autre manière de poser le principe selon lequel le fait de ne pas exécuter ses obligations contractuelles engage la responsabilité de la partie à laquelle cette inexécution est imputable»¹⁰⁹³.

Avant la modification de 2006 de la Loi-type CNUDCI, VICENTE BAÑUELOS RIZO affirmait qu'en dépit du fait que le principe de la bonne foi procédurale n'y était pas mentionné, celui-ci pouvait s'inférer du haut degré de liberté dont les parties jouissent dans l'établissement de la procédure arbitrale. Ainsi, pour cet auteur, la bonne foi est essentielle pour le bon fonctionnement de l'arbitrage¹⁰⁹⁴. Désormais, le nouvel art. 2 A dispose que l'interprétation de la Loi-type CNUDCI se fait en tenant compte de «*son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi*»¹⁰⁹⁵. Les lacunes éventuelles doivent être comblées selon les principes généraux dont la Loi-type CNUDCI s'inspire¹⁰⁹⁶. La Colombie (art. 64 LANI-Col), le Costa Rica (art. 2 A LA-Cr), le Panama (art. 6 LACNI-Pa) et le Pérou (art. 14 LA-Pe) ont adopté textuellement cette disposition dans leurs nouvelles lois d'arbitrage¹⁰⁹⁷.

En ce qui concerne le Panama et le Pérou, il convient de signaler que les art. 17 al. 3 LACNI-Pa (Panama) et 38 LA-Pe (Pérou) disposent expressément que les parties sont tenues d'agir de bonne foi et qu'elles s'efforceront de contribuer au mieux au déroulement efficace de la procédure arbitrale. Ces dispositions ne sont pas sans nous rappeler le nouvel art. 15 al. 7 Règl. CH¹⁰⁹⁸ ainsi que la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral suisse aux ATF 108 Ia 197 c. 3, p. 201 et ATF 111 Ia 259 c. 2b, p. 262¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁸⁹ MÜLLER 2005, p. 224. C'est avec raison que CHRISTOPH MÜLLER considère que «*la bonne foi n'offre pas [...] une base conceptuelle utile à la définition de la confidentialité. Savoir si une divulgation doit être considérée comme une violation du principe de la bonne foi dépend de l'étendue du devoir de confidentialité que ce principe impose. Ce qui ne fait que repousser la difficulté*» (cf. MÜLLER 2005, p. 225).

¹⁰⁹⁰ MAYER 1993, p. 544 ss. La bonne foi telle que définie ci-dessus correspond à la bonne foi objective. Cette dernière s'oppose à la bonne foi subjective qui «*consiste en l'ignorance d'une situation de fait ou de l'irrégularité d'une opération juridique*» (LE ROY/SCHOENBERGER, p. 30).

¹⁰⁹¹ LE ROY/SCHOENBERGER, p. 28.

¹⁰⁹² Sentence CCI n° 5953, *Compañía Valenciana* de 1989, in: Rev. arb., 1990, p. 663. Dans sa décision, le tribunal arbitral affirme que «*la bonne foi doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution*». Le tribunal arbitral a également considéré que le principe de *pacta sunt servanda* se devait d'être conçu comme *pacta sunt servanda bona fide*. Cf. art. 1362 CC-Pe (cf. n° 632).

¹⁰⁹³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 841, n° 1479.

¹⁰⁹⁴ BAÑUELOS, p. 41.

¹⁰⁹⁵ Cette disposition s'inspire de l'art. 7 al. 1 CVIM qui dispose que «*pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international*».

¹⁰⁹⁶ De tel principes sont par exemple la prévalence de l'autonomie des parties et la bonne foi. Dans une affaire, le renvoi de l'art. 7 al. 2 CVIM aux principes généraux a conduit un tribunal à décider que l'abus de procédure est contraire au principe de la bonne foi (Décision de la Cour d'Appel de Grenoble, n° 154, du 22 février 1995) Cf. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session du 19 juin au 7 juillet 2006, document A/61/17, p. 30. Ce rapport est accessible au public sur le site web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/558/16/PDF/V0655816.pdf?OpenElement> (08.04.2014). Voir aussi le Recueil analytique de jurisprudence concernant l'art. 7 CVIM, p. 29 (<http://www.uncitral.org/pdf/french/clout/digest2008/article007.pdf> [08.04.2014]).

¹⁰⁹⁷ D'autres lois ayant adopté l'art. 2 A Loi-type CNUDCI ont ajouté une liste non-exhaustive de documents auxquels les arbitres et les juges pourront se référer dans leur travail interprétatif. Ainsi, par exemple, l'art. 3 al. 9 let. c de la Loi d'arbitrage international de 2008 de la République de Maurice dispose que, dans l'application et l'interprétation de la Loi, «*recourse may be had to international materials relating to the Amended Model Law and to its interpretation, including – (i) relevant reports of UNCITRAL; (ii) relevant reports and analytical commentaries of the UNCITRAL Secretariat; (iii) relevant case-law from other Model Law jurisdictions, including the case-law reported by UNCITRAL in its CLOUT database; and (iv) textbooks, articles and doctrinal commentaries on the Amended Model Law*». Le texte de cette Loi est disponible sur le site: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=189487 (08.04.2014).

¹⁰⁹⁸ Au sens de l'art. 15 al. 7 Règl. CH, «*tous les participants à la procédure arbitrale doivent agir de bonne foi et s'efforceront de contribuer à une conduite efficace de la procédure et d'éviter des coûts et des retards inutiles. Les parties s'engagent à se conformer sans délai à toute sentence ou ordonnance rendue par le tribunal arbitral ou par l'arbitre d'urgence*».

¹⁰⁹⁹ Cf. n° 227 et n° 634.

638 Enfin, la responsabilité de celui qui viole le principe de la bonne foi régissant la convention d'arbitrage peut être engagée soit pendant la phase de négociation du contrat de base (i), soit pendant son exécution (ii). Ainsi, par exemple, la personne qui, de manière abusive, rompt les pourparlers ou qui entrave inutilement la soumission du litige à l'arbitrage manque à ses obligations conformément aux règles de la bonne foi. Nous estimons que l'obligation générale de contribuer au déroulement efficace de la procédure implique aussi pour les parties le devoir de contribuer à la constitution du tribunal arbitral (principe de coopération contractuelle) et, par conséquent, de ne rien entreprendre qui pourrait empêcher, retarder ou compromettre la conclusion du contrat d'arbitre¹¹⁰⁰. En effet, le contrat d'arbitre prend le relais et instaure – avec l'étape procédurale arbitrale¹¹⁰¹ – l'obligation de coopérer à l'instance arbitrale. A ce propos et en se référant à l'obligation corrélative de la procédure civile, THOMAS CLAY affirme que *«si l'on considère que ce devoir de coopération contractuelle, comme il a été identifié, se prolonge en matière processuelle par ce qu'on appelle le “principe de coopération” du juge et des litigants, alors le contrat d'arbitre est celui qui réalise le mieux la jonction entre ces deux formes bien différentes de coopération contractuelle et processuelle»*¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ Cette obligation comprend à notre avis, par exemple, l'obligation de payer l'avances des frais. La compétence pour se prononcer sur ce type de prétentions échoit par «attraction» au tribunal arbitral (cf. n° 606 ss et n. 1068). Il le fera au moment du prononcé de la décision sur les frais de procédure (cf. n° 610; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 267; MÜLLER, p. 728, n° 3383).

¹¹⁰¹ Nous estimons que cette étape est de nature contractuelle. Elle présente certes des analogies avec la procédure étatique, mais ne partage pas la même nature (cf. n° 263 ss).

¹¹⁰² CLAY, p. 660, n° 867.

SECTION SIX:**EXTINCTION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE****Titre premier: Présentation générale**

Les causes d'extinction de la convention d'arbitrage doivent tout d'abord être distinguées des causes d'extinction du contrat de base. En règle générale, en application du principe de la séparabilité, les motifs d'extinction du contrat de base n'affectent pas l'existence de la convention d'arbitrage, sauf si la nullité du contrat de base, par exemple, influe ou entraîne également la nullité de la convention d'arbitrage. 639

Les causes d'extinction peuvent être ordinaires ou extraordinaires. Elles sont notamment ordinaires lorsque l'objectif de la convention est atteint, c'est-à-dire lorsque le litige est tranché par une sentence arbitrale. Elles sont extraordinaires, par exemple, lorsque son objectif ne peut plus être atteint. L'extinction de la convention d'arbitrage peut également résulter de la renonciation, du désistement d'instance, de la résiliation de la transaction, ou encore du dépassement des délais conventionnels. 640

Titre deux: Causes d'extinction

Avant tout, il importe de ne pas confondre les motifs d'extinction du contrat de base et ceux de la convention d'arbitrage. Comme nous l'avons vu, le principe de la séparabilité s'oppose à ce que la convention d'arbitrage suive nécessairement le sort juridique réservé au contrat de base¹¹⁰³. De ce fait, les causes d'extinction du contrat de base n'affectent en principe pas l'existence de la convention d'arbitrage¹¹⁰⁴. Néanmoins, bien qu'il s'agisse d'une hypothèse plutôt rare, il est concevable que la cause d'extinction du contrat de base influe également sur l'existence de la convention d'arbitrage, l'exemple le plus communément cité étant la nullité. De la même manière, sur ce point, CHRISTOPH MÜLLER est d'avis que l'annulation de la sentence arbitrale n'engendre en principe pas l'annulation de la convention d'arbitrage, sauf si l'annulation est due à l'invalidité de la convention d'arbitrage, auquel cas la décision d'annulation «*ne fait alors que constater l'invalidité originnaire de la convention d'arbitrage*»¹¹⁰⁵. Si l'annulation de la sentence n'est pas fondée sur l'invalidité de la convention d'arbitrage, il appartient au même tribunal arbitral de statuer une nouvelle fois sur les prétentions des parties¹¹⁰⁶. 641

Comme dans tout contrat, l'extinction de la convention d'arbitrage découle nécessairement d'une cause qui peut être ordinaire ou extraordinaire¹¹⁰⁷. En matière d'obligations, les causes ordinaires d'extinction sont par exemple l'exécution, l'accord des parties ou la transaction; les causes extraordinaires sont, entre autres, l'impossibilité, la confusion ou la novation. 642

Il est couramment admis que la convention d'arbitrage s'éteint lorsque son objectif est atteint ou lorsque celui-ci ne peut plus être atteint. En ce sens, CHRISTOPH MÜLLER signale que «*son but est atteint lorsque le litige* 643

¹¹⁰³ Cf. n° 522, n. 812.

¹¹⁰⁴ Cf. GIRSBERGER/VOSER, p. 104, n° 382. PHILLIPE FOUCHARD, EMANUEL GAILLARD et BERTHOLD GOLDMAN précisent que «*la clause compromissoire peut conserver une fonction même après l'extinction des obligations nées du contrat principal, précisément lorsque cette extinction ou ses effets sont litigieux*» (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 453, n° 727).

¹¹⁰⁵ MÜLLER, p. 731, n° 3396; ATF 117 II 94 c. 4, p. 96. En ce sens, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA signale qu'après l'annulation de la sentence arbitrale pour cause d'invalidité de la convention d'arbitrage, les parties peuvent recourir à la justice étatique (CÁRDENAS MEJÍA 2013, p. 544). Les bases juridiques de cette hypothèse sont les art. 63 al. II ch. 1 LAC-Bo (Bolivie), art. 32 § I LA-Br (Brésil), art. 108 al. 1 let. a LANI-Col (Colombie), art. 34 al. 2 let. a ch. i LA-Cr (Costa Rica), art. 34 al. 2 let. a ch. i LAC-CI (Chili), art. 43 al. 2 let. a ch. ii LA-Gu (Guatemala), art. 74 al. 1 LCA-Ho (Honduras), art. 68 al. 1 LMCA-Sv (Le Salvador), art. 1457 al. I let. a CCo-Mx (Mexique), art. 61 al. 2 ch. 1 let. a LMA-Ni (Nicaragua), art. 67 al. 1 LACNI-Pa (Panama), art. 40 al. 2 let. a ch. 1 LAM-Py (Paraguay), art. 63 al. 1 let. a LA-Pe (Pérou), art. 39 al. 2 let. a LAC-Rép.Do (République Dominicaine) et art. 190 al. 2 let. b LDIP (Suisse). A noter que le Venezuela et l'Équateur omettent, quant à eux, d'ériger en motif de nullité l'invalidité de la convention d'arbitrage (art. 44 LAC-Ve et art. 31 LAM-Eq). La disposition vénézuélienne n'envisage que l'incapacité de l'une des parties au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage (cf. n. 208). Quant à Cuba, il est important de signaler qu'en l'absence de dispositions sur le recours en annulation dans le D-Cub, l'art IX de la Convention de 1961 et l'art. V CNY régissent directement les causes et les modalités d'un tel recours. En ce qui concerne le droit conventionnel, les dispositions concernées sont les art. V ch. 1 let. a CNY, art. 5 al. 1 let. a CPa, art. 22 al. 2 let. Accord du Mercosur et art. IX ch. 1 let. a Convention européenne de 1961. La Loi-type CNUDI contient une disposition similaire à l'art. 34 al. 2 let. a ch. i.

¹¹⁰⁶ MÜLLER, p. 731, n° 3396; ARTACHO MARTÍN-LAGOS, p. 216.

¹¹⁰⁷ MARTÍNEZ NEIRA, p. 64 s. En ce qui concerne les considérations relatives à la loi applicable à l'extinction de la convention d'arbitrage, nous renvoyons le lecteur aux passages sur la loi applicable à la convention d'arbitrage (cf. n° 602 ss).

*est tranché par une sentence arbitrale ou réglé par une transaction et qu'il n'existe plus de contestations au sujet du rapport juridique auquel la convention d'arbitrage s'applique. Une convention d'arbitrage ne peut plus atteindre son but lorsque la convention prévoit la nomination d'un arbitre déterminé et que celui-ci meurt*¹¹⁰⁸. Ainsi, par exemple, la convention d'arbitrage prend fin, de façon ordinaire, par le prononcé de la sentence arbitrale et, de façon extraordinaire, par l'impossibilité de l'exécution¹¹⁰⁹.

644 Une précision s'impose à l'égard du prononcé de la sentence comme motif d'extinction. Nous estimons qu'il convient de faire une distinction selon que la convention d'arbitrage revêt la forme d'une clause compromissoire ou celle d'un compromis arbitral. En effet, le prononcé de la sentence n'a d'effet extinctif qu'à l'endroit du compromis arbitral. Cela s'explique par sa nature juridique, en vertu de laquelle il est conclu dans le but de dirimer un ou plusieurs points litigieux déjà nés. En revanche, nous sommes d'avis que le prononcé de la sentence arbitrale ne produit pas cet effet vis-à-vis de la clause compromissoire. Dans ce sens, PHILLIPE FOUCHARD, EMANNUEL GAILLARD et BERTHOLD GOLDMAN estiment que la clause compromissoire «[...] *est encore susceptible de produire des effets si un nouveau litige, né à l'occasion de cette relation contractuelle [le contrat de base], venait à surgir entre les parties*»¹¹¹⁰. Par conséquent, il est impératif de différencier l'extinction de la convention d'arbitrage de la fin de la mission des arbitres¹¹¹¹. Sur ce point, THOMAS CLAY affirme que «*même si la durée du contrat d'arbitre se distingue de celle de la convention d'arbitrage, la disparition de celle-ci, quand elle a la forme d'un compromis ou qu'elle est liée à la personnalité de l'arbitre, entraîne l'extinction du contrat d'arbitre car il en est un contrat dérivé*»¹¹¹².

645 Les effets extinctifs de la sentence arbitrale sont subordonnés au respect des conditions de validité quant à la forme, à son contenu, à sa motivation et à sa notification. De manière générale, la sentence arbitrale doit être rendue par écrit et être signée par la majorité des arbitres. Ainsi, au sens de l'art. 31 al. 1 Loi-type CNUDCI, «*la sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres*»¹¹¹³. Dans les pays du Mercosur, la sentence arbitrale doit être écrite, motivée et signée par la majorité des arbitres. En outre, elle doit mettre fin au litige¹¹¹⁴. En Suisse, les conditions de forme et de fond de la sentence arbitrale sont précisées à l'art. 189 LDIP. En vertu de l'alinéa premier de cette disposition «*la sentence arbitrale est rendue dans la procédure et selon la forme convenues par les parties*». Il en découle que, dans ce pays, les conditions de validité de la sentence arbitrale sont de nature dispositive. Ainsi, à défaut d'un tel accord, «*[...] la sentence est rendue à la majorité ou, à défaut de majorité, par le président seul. Elle est écrite, motivée, datée et signée. La signature du président suffit*»¹¹¹⁵. Selon le Tribunal fédéral suisse, en raison du caractère dispositif de cette disposition, les parties peuvent renoncer à toute motivation. Les juges suisses signalent au passage que l'absence de motivation ne figure pas parmi les motifs de recours contre la sentence arbitrale de l'art. 190 al. 2 LDIP¹¹¹⁶.

¹¹⁰⁸ MÜLLER, p. 731, n° 3393. A notre sens, conformément à l'arbitrage *intuitu personae*, il devrait en aller de même lorsque l'arbitre désigné expressément en fonction de ses qualités est atteint d'un empêchement permanent ou durable l'entravant dans l'exécution de son ministère. En revanche, lorsque l'empêchement est passager, l'extinction de la convention d'arbitrage doit s'analyser au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, des critères comme la durée de l'empêchement, l'urgence de la procédure, les intérêts des parties ou encore l'existence d'un délai d'arbitrage doivent être pris en compte. A noter également que, sauf accord contraire, le décès d'une partie n'entraîne pas l'extinction de la convention d'arbitrage (cf. DE BOURNONVILLE, p. 138, n°146). Ainsi, pour DANIEL GIRSBERGER et NATHALIE VOSER, si la convention d'arbitrage a été conclue en fonction des liens entre les parties ou des qualités personnelles de l'une des parties, elle s'éteint, par exemple, en cas de transfert à une tierce partie dénuée des qualités ayant contribué à la conclusion de la convention d'arbitrage. En Suisse, cette éventualité est couverte par l'art. 170 al. 1 CO, au sens duquel «*la cession d'une créance comprend les droits de préférence et autres droits accessoires, sauf ceux qui sont inséparables de la personne du cédant*» (GIRSBERGER/VOSER, p. 109, n° 399).

¹¹⁰⁹ Cf. art. 12 LA-Br.

¹¹¹⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 459, n° 738-1. Cf. POUURET/BESSON, p. 340, n° 377; GIRSBERGER/VOSER, p. 106, n° 390.

¹¹¹¹ DE BOURNONVILLE, p. 138, n°145.

¹¹¹² CLAY, p. 730, n° 971.

¹¹¹³ Cf. art. 53 al. 1 LAC-Bol (Bolivie), art. 24 et 26 LA-Br (Brésil), art. 104 al. 1 LANi-Col (Colombie), art. 31 al. 1 LA-Cr (Costa Rica), art. 36 D-Cub (Cuba), art. 31 al. 1 LAC-Cl (Chili), art. 26 s. LAM-Eq (Equateur), art. 40 al. 1 LA-Gu (Guatemala), art. 67 LCA-Ho (Honduras), art. 60 LMCA-Sv (Le Salvador), art. 1448 al. 1 CCo-Mx (Mexique), art. 57 al. 1 LMA-Ni (Nicaragua), art. 60 al. 1 LACNI-Pa (Panama), art. 36 al. 1 s. LAM-Py (Paraguay), art. 55 al. 1 LA-Pe (Pérou), art. 36 al. 2 LAC-Rép.Do (République Dominicaine) et art. 29 LAC-Ve (Venezuela). Le Pérou (art. 55 al. 2 LA-Pe) et la République Dominicaine (art. 36 al. 2 LAC-Rép.Do) assimilent à la forme écrite la sentence dont l'existence peut être corroborée par le biais d'un support électronique, optique ou d'un autre type.

¹¹¹⁴ Art. 20 Accord du Mercosur.

¹¹¹⁵ Art. 189 al. 2 LDIP.

¹¹¹⁶ TF 4P.114/2004 du 13 septembre 2004, c. 4.

En Bolivie, au Brésil, au Honduras et au Salvador, le contenu de la sentence arbitrale est réglé de manière détaillée, «*donnant parfois l'impression de douter du bon sens des arbitres, au risque de rendre le travail de rédaction de la sentence plus compliqué et de faciliter les recours contre celle-ci*»¹¹¹⁷. Les exigences le plus fréquentes sont: (i) l'identité des parties, (ii) leur nationalité, (iii) leur domicile, (iv) la date et le lieu du prononcé de la sentence, (v) l'objet du litige soumis à l'arbitrage et (vi) la motivation de la sentence¹¹¹⁸. Dans les autres pays d'Amérique latine, les exigences relatives au contenu de la sentence se limitent à la date et au lieu du prononcé de la sentence¹¹¹⁹.

La motivation de la sentence est exigée, à moins que les parties en aient décidé autrement ou qu'elles aient mis fin au litige par transaction. L'immense majorité des pays étudiés ici adopte la formulation de l'art. 31 al. 2 Loi-type CUNDCI en vertu de laquelle «*la sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30*»¹¹²⁰. La Colombie s'est aussi inspirée de la Loi-type CNUDCI, mais elle réserve la possibilité d'écarter par convention la motivation de la sentence uniquement aux parties qui n'ont pas de domicile ou de résidence en Colombie¹¹²¹. Il s'agit d'une rédaction malheureuse qui restreint inutilement le champ d'application de l'art. 31 al. 2 Loi-type CNUDCI. La Bolivie, le Brésil, le Honduras et le Salvador considèrent la motivation comme un élément intrinsèque de la sentence arbitrale sans lequel la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation¹¹²².

Enfin, la notification de la sentence n'est pas soumise à des conditions spécifiques quant au mode de notification, sauf en Equateur (art. 29 LAM-Eq), au Honduras (art. 69 LCA-Ho) et au Salvador (art. 63 LMCA-Sv), où la notification doit se faire à l'occasion d'une audience prévue à cet effet.

Les causes d'extinction de la convention d'arbitrage sans décision au fond fréquemment évoquées sont: (i) la renonciation, (ii) le désistement d'instance, (iii) la résiliation, (iv) la transaction et (v) le dépassement des délais conventionnels.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent mettre fin à la convention d'arbitrage par le biais de la renonciation. En règle générale, la renonciation est subordonnée au commun accord des parties. Toutefois, il convient de rappeler que, pour le défendeur, l'entrée en matière sur le fond devant le juge étatique sans soulever d'exception d'arbitrage, vaut renonciation tacite, *in limine litis*, à l'arbitrage¹¹²³. La renonciation est expresse lorsque, par un commun accord, les parties à la convention d'arbitrage décident de ne plus recourir à l'arbitrage¹¹²⁴. A noter que la saisine d'une autorité judiciaire compétente pour obtenir des mesures provisoires ne contrevient pas à la convention d'arbitrage et ne constitue pas une renonciation à celle-ci. La question est expressément traitée par les art. 13 al. 4 LAC-Bo (Bolivie), art. 71 LANI-Col (Colombie), art. 9 LAC-CI (Chili), art. 12 LA-Gu (Guatemala), art. 41 al. 2 LCA-Ho (Honduras), art. 32 al. 2 LMCA-Sv (Le Salvador) et art. 47 al. 4 LA-Pe (Pérou)¹¹²⁵.

¹¹¹⁷ MANTILLA-SERRANO, p. 592.

¹¹¹⁸ Cf. art. 56 LAC-Bol (Bolivie), art. 26 LA-Br (Brésil), art. 67 LCA-Ho (Honduras), art. 60 LMCA-Sv (Le Salvador).

¹¹¹⁹ Cf. art. 31 al. 3 Loi-type CNUDCI, art. 104 al. 2 (sic) LANI-Col (Colombie), art. 31 al. 3 LA-Cr (Costa Rica), art. 31 al. 3 LAC-CI (Chili), art. 40 al. 3 LA-Gu (Guatemala), art. 1448 al. 2 CCo-Mx (Mexique), art. 57 al. 3 LMA-Ni (Nicaragua), art. 60 al. 3 LACNI-Pa (Panama), art. 36 al. 4 s. LAM-Py (Paraguay), art. 56 al. 1 LA-Pe (Pérou), art. 36 al. 5 LAC-Rép.Do (République Dominicaine) et art. 30 LAC-Ve (Venezuela).

¹¹²⁰ Cf. art. 104 al. 2 (sic) LANI-Col (Colombie), art. 31 al. 2 LA-Cr (Costa Rica), art. 31 al. 2 LAC-CI (Chili), art. 40 al. 2 LA-Gu (Guatemala), art. 1448 al. 2 CCo-Mx (Mexique), art. 57 al. 2 LMA-Ni (Nicaragua), art. 60 al. 2 LACNI-Pa (Panama), art. 36 al. 3 LAM-Py (Paraguay), art. 56 al. 1 LA-Pe (Pérou), art. 36 al. 4 LAC-Rép.Do (République Dominicaine) et art. 30 LAC-Ve (Venezuela).

¹¹²¹ Art. 104 al. 2 LANI-Col.

¹¹²² Cf. art. 56 et 63 al. 6 LAC-Bol (Bolivie), art. 26 et 32 § III LA-Br (Brésil), art. 67 LCA-Ho (Honduras), art. 60 LMCA-Sv (Le Salvador). Cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 797.

¹¹²³ Cf. n. 902; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 675; GONZÁLEZ/GÓMEZ, p. 698.

¹¹²⁴ Cf. En Amérique latine, la question est traitée par les art. 13 al. 1 LAC-Bo (Bolivie), art. 8 LAM-Eq (Equateur), art. 41 LCA-Ho (Honduras), art. 38 LMA-Ni (Nicaragua), art. 18 LA-Pe (Pérou) et art. 32 let. a LMCA-Sv (Le Salvador). En Suisse, le Tribunal fédéral estime qu'il «*n'est pas contestable qu'une convention d'arbitrage peut être remplacée par un accord ultérieur (cf. ATF 121 III 495 consid. 5). Un tel accord peut résulter d'actes conclusants*» (ATF 127 III 279 c. 2c/ee, p. 286).

¹¹²⁵ Cette règle est également contenue dans les art. 28 ch. 2 Règl. CCI, art. 26 ch. 5 Règl. CH, art. 23 al. 3 Règl. CIAC et art. 19 Accord du Mercosur. En ce qui concerne la Loi-type CNUDCI, son art. 9 dispose que «*la demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage*». Selon la note explicative de la Loi-type CNUDCI, «*une demande de mesures provisoires adressée à un tribunal étatique ne peut être invoquée, en vertu de la Loi type, pour renoncer à la convention d'arbitrage ni en contester l'existence ou l'effet*» (Cf. Note explicative de la Loi-type de la CNUDCI de 1985 avec les amendements adoptés en 2006, p. 32. http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf [15.12.2013]). A noter que les art. 9 LA-Cr (Costa Rica), art. 29 LMA-Ni (Nicaragua) et art. 13 LAC-Rép.Do (République Dominicaine) s'inspirent de la Loi-Type CNUDCI et devraient, à notre sens, bénéficier de la même interprétation que la Note explicative CNUDCI propose pour l'art. 9 Loi-type.

651 La doctrine arbitrale estime que la renonciation à l'arbitrage n'est subordonnée à aucune condition de forme, et cela en dépit du fait que la validité de la convention d'arbitrage est soumise au respect des conditions de forme¹¹²⁶. En Suisse, cela ressort de l'application de l'art. 115 CO relatif à la remise conventionnelle et en vertu duquel «*il n'est besoin d'aucune forme spéciale pour annuler ou réduire conventionnellement une créance, lors même que, d'après la loi ou la volonté des parties, l'obligation n'a pu prendre naissance que sous certaines conditions de forme*». L'art. 38 de la Loi nicaraguayenne d'arbitrage retient toute notre attention, dans la mesure où il ne conditionne pas la renonciation à la conclusion d'une convention écrite et/ou signée par les parties. En revanche, la Bolivie (art. 13 al. 1 LAC-Bo), l'Equateur (art. 8 LAM-Eq) et le Pérou (art. 18 LA-Pe) imposent la forme écrite. Le Honduras (art. 41 LCA-Ho) et Le Salvador (art. 32 LMCA-Sv) exigent, en outre, que la renonciation soit signée de manière conjointe, séparée ou successive. La doctrine estime que la communication de la renonciation «*interviendra parfois par notification indépendante de chaque partie, parfois par une requête commune dans laquelle les deux parties s'adressent au tribunal arbitral [...]*»¹¹²⁷.

652 JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN et JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA énumèrent quatre effets de la renonciation: (i) la cessation de l'obligation de respecter ce qui a été stipulé, (ii) la levée de l'empêchement fait aux tribunaux étatiques de statuer sur les questions initialement soumises à l'arbitrage, (iii) la fin du contrat d'arbitre si la renonciation intervient pendant l'instance arbitrale et (iv) la liberté pour les parties de stipuler d'autres conventions qui prendront effet dès l'extinction de la convention d'arbitrage¹¹²⁸.

653 La renonciation doit être distinguée de la résiliation de la convention d'arbitrage et du désistement d'instance arbitrale. La résiliation de la convention d'arbitrage consiste dans la reconnaissance pour les parties du droit de mettre fin à la convention d'arbitrage en cas de justes motifs¹¹²⁹. Le désistement d'instance arbitrale consiste dans la faculté du tribunal arbitral de pouvoir inférer du comportement de la partie demanderesse, en particulier de la demeure dans la remise de son mémoire de demande, le renoncement à son droit de poursuivre la procédure¹¹³⁰. Le désistement d'instance arbitrale trouve son fondement soit dans la volonté des parties, soit dans des dispositions légales. A noter que le désistement d'instance, contrairement à la renonciation à l'arbitrage, ne met pas fin à la convention d'arbitrage, mais entraîne la forclusion de la procédure arbitrale. En ce sens, l'art. 25 let. a Loi-type CDUNCI dispose que sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime, «*le demandeur ne présente pas sa demande [...], le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale [...]*»¹¹³¹.

654 Enfin, la transaction, qui se définit comme «*le contrat par lequel les parties mettent fin par concessions réciproques à un litige ou à une incertitude dans laquelle elles se trouvent au sujet d'un rapport de droit*»¹¹³², n'est pas considérée par la doctrine et la jurisprudence comme l'une des causes d'extinction de la convention d'arbitrage¹¹³³. A ce propos, le Tribunal fédéral suisse estime que «*lorsque les parties passent une transaction au sujet de prétentions issues d'un contrat comportant une clause arbitrale, il n'en résulte pas, en règle générale, l'annulation de la convention d'arbitrage; au contraire, les contestations se rapportant à la transaction tombent*

¹¹²⁶ Cf. POUURET/BESSON, p. 341, n° 379; MÜLLER, p. 731, n° 3394; GIRSBERGER/VOSER, p. 107, n° 393. Ces derniers auteurs estiment que le droit suisse permet également l'extinction conventionnelle de la convention d'arbitrage par l'application d'une condition résolutoire (art. 154 CO). C'est par exemple le cas lorsque les parties conviennent que la convention d'arbitrage qui doit prendre fin si l'arbitre désigné par les parties refuse d'accepter sa nomination (GIRSBERGER/VOSER, p. 107 s., n° 394).

¹¹²⁷ DESSEMONTET 1999, p. 379.

¹¹²⁸ MERINO MERCHAN/CHILLON MEDINA, p. 474, n° 1051.

¹¹²⁹ Sur ce point: cf. n° 592 ss.

¹¹³⁰ REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p.141, n° 3-72; REDFERN/HUNTER/SMITH, p. 147 s.

¹¹³¹ Parmi les pays d'Amérique latine à avoir opté pour une disposition semblable se trouvent la Colombie (art. 98 al. 1 LANI-Col), le Costa Rica (art. 25 let. a LA-Cr), Chili (art. 25 al. 1 let. a LAC-Cl), le Guatemala (art. 32 al. 1 let. a LA-Gu), le Mexique (art. 1141 ch I CCo-Mx), le Nicaragua (art. 51 al. 1 LMA-Ni) et le Paraguay (art. 28 al. 2 LAM-Py). Le Salvador et le Pérou, bien que s'inspirant de la norme CNUDCI, adoptent des aménagements qui leur sont propres. Ainsi, l'art. 47 al. 2 de la loi salvadorienne dispose, en matière d'arbitrage *ad hoc*, que si le demandeur ne présente pas la demande pendant les délais prévus à cet effet, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et renvoie la cause aux parties pour que celles-ci saisissent la justice étatique. L'art. 46 let. a LA-Pe (Pérou) précise que si la demande n'est pas introduite dans les délais, le tribunal arbitral mettra fin à l'arbitrage, sauf si, après audition, le défendeur souhaite faire valoir des prétentions. La Bolivie ne fait pas expressément allusion au défaut de la partie demanderesse, mais dispose que «*le tribunal arbitral continuera la procédure arbitrale même lorsque la défenderesse ne présente pas sa réponse [...]*» (art. 45 al. 1 LAC-Bo). Cette disposition laisse supposer *a contrario* que, si le demandeur est, sans justification, en retard dans la présentation de la demande, le tribunal arbitral mettra fin à l'arbitrage. Quant au Brésil et au Panama, leurs lois disposent que le défaut d'une partie ne s'oppose pas au prononcé de la sentence (art. 22 § 3 LA-Br et 52 al. 2 LACNI-Pa).

¹¹³² ATF 132 III 737 c. 1.3, p. 740.

¹¹³³ DÍAZ RAMÍREZ, p. 759; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 454, n° 731; MÜLLER, p. 731, n° 3395. *Contra*: MARTÍNEZ NEIRA, p. 65 s. Pour ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ, le seul point controversé est de savoir si les prétentions issues de la transaction (sa validité ou son interprétation) sont soumises à la convention d'arbitrage ou non. Pour cet auteur, la question de savoir si la transaction entraîne l'extinction de la convention d'arbitrage ne se pose pas (DÍAZ RAMÍREZ, p. 759).

aussi sous le coup de la clause arbitrale, à moins que la volonté des parties, qui peut ressortir d'actes concluants, ait été d'annuler également la clause arbitrale»¹¹³⁴. Outre l'hypothèse évoquée par la Haute Cour suisse, à savoir l'éventualité dans laquelle les parties mettent fin par transaction aux prétentions issues du contrat de base et, le cas échéant, à la clause compromissoire elle-même, il y a lieu de se demander si, en revanche, la transaction éteint le compromis. A l'instar des remarques formulées ci-avant en relation avec le prononcé de la sentence arbitrale, nous estimons qu'en principe, la transaction entraîne l'extinction du compromis arbitral¹¹³⁵. Dans tous les cas, la transaction vise les prétentions couvertes par la clause compromissoire ou par le compromis. En ce sens, FRANÇOIS DESSEMONTET affirme qu'il «convient d'observer que la transaction ne peut à elle seule retirer au tribunal arbitral sa compétence pour liquider les questions que n'ont pu résoudre les parties, comme la fixation des frais de l'arbitrage»¹¹³⁶. En théorie, il est concevable que les parties se mettent d'accord sur l'attribution des quotes-parts des frais d'arbitrage, mais qu'elles demandent au tribunal arbitral de fixer le montant exact des frais dans une sentence arbitrale¹¹³⁷.

Il existe deux types de transaction: la *transaction arbitrale* et la *transaction extra-arbitrale*. Dans la première, l'accord des parties est entériné par le tribunal arbitral, à la demande de ces dernières, par le prononcé d'une sentence d'accord des parties. Dans la deuxième, ce souhait n'est pas exprimé par les parties, le prononcé du tribunal arbitral n'ayant alors qu'une portée déclaratoire¹¹³⁸.

L'expiration du délai légal imparti aux arbitres pour statuer ne constitue pas une cause d'extinction de la convention d'arbitrage. Les parties sont certes libres de fixer un tel délai lorsque ni le règlement d'arbitrage, ni la loi applicable à l'arbitrage n'en prévoient, et d'assortir son dépassement d'une telle conséquence¹¹³⁹. Toutefois, par application du principe *perpetuatio arbitralis*, l'expiration du délai légal est sans conséquence à l'égard de la convention d'arbitrage. En revanche, elle met fin à l'instance arbitrale. Afin d'empêcher la forclusion de l'instance arbitrale, les parties peuvent proroger le délai fixe¹¹⁴⁰. D'aucuns estiment à juste titre qu'il convient de distinguer l'expiration du délai de mission par les arbitres du dépassement des délais conventionnels que les parties se sont imposées pour mettre en œuvre l'arbitrage. Seule cette dernière hypothèse constitue une autre cause d'extinction possible de la convention d'arbitrage¹¹⁴¹.

¹¹³⁴ ATF 121 III 495 c. 5a, p. 497.

¹¹³⁵ Cf. n° 644.

¹¹³⁶ DESSEMONTET 1999, p. 375.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 372.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 380 ss. En Amérique latine, la transaction est expressément prévue par la Bolivie (art. 51 al. 1 LAC-Bo), la Colombie (art. 103 LANI-Col), le Costa Rica (art. 30 LA-Cr), le Chili (art. 30 LAC-Cl), l'Equateur (art. 28 LAM-Eq), le Guatemala (art. 39 LA-Gu), le Honduras (art. 57 LCA-Ho), Le Salvador (art. 54 al. 3 LMCA-Sv), le Mexique (art. 1447 CCo-Mx), le Nicaragua (art. 56 LMA-Ni), le Panama (art. 58 LACNI-Pa), le Paraguay (art. 35 LAM-Py), le Pérou (art. 30 LA-Pe) et la République Dominicaine (art. 35 LAC-Rép.Do).

¹¹³⁹ Le délai moyen retenu par les lois d'Amérique latine est de six mois. Ce délai peut généralement être prorogé pour une durée égale. Au Panama, au Paraguay et au Pérou, la durée du délai est fixée soit conventionnellement, soit par un règlement d'arbitrage, soit par le tribunal arbitral (art. 55 al. 1 LACNI-Pa, art. 54 LAM-Py et art. 53 LA-Pe). En Bolivie (art. 55 al. 1 LAC-Bo), au Brésil (art. 23 LA-Br), en Equateur (art. 25 LAM-Eq), au Nicaragua (art. 57 LMA-Ni) et au Venezuela (art. 22 LAC-Ve), les délais sont exclusivement fixé par les lois d'arbitrage.

¹¹⁴⁰ Cf. MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 477, n° 1060; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 460, n° 740. Cette solution a été retenue par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Laguède c. Ahsen Inoxy* du 7 juillet 1992, in: Rev. arb. 1995, p. 605. Selon les juges, la sentence par laquelle l'arbitre se déclare incompétent en raison de l'expiration du délai d'arbitrage n'affecte pas l'effectivité de la clause compromissoire.

¹¹⁴¹ POUURET/BESSON, p. 345, n° 385.

CONCLUSIONS GENERALES ET THESES

657 Cette thèse s'est penchée de manière détaillée sur trois grandes questions de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse, à savoir les sources, la nature juridique et la convention d'arbitrage. Afin de faciliter la compréhension des conclusions générales, nous avons décidé de mettre en lumière les questions les plus pertinentes par le biais de conclusions thématiques. Nous exposerons ensuite, dans un commentaire final, notre appréciation sur l'état actuel du droit de l'arbitrage en Amérique latine et sur les défis futurs qu'ils devront relever. Enfin, nous énumérerons de manière concise les thèses qui se dégagent de ce travail.

Conclusions thématiques

Sources de l'arbitrage

658 Sur le plan législatif interne, l'acceptation de l'arbitrage international comme mécanisme de résolution de conflits s'est traduite par l'adoption de lois d'arbitrage fondées ou inspirées de la Loi-type CNUDCI. Ainsi, la Colombie, le Chili (en matière d'arbitrage international), le Costa Rica (en matière d'arbitrage international), le Guatemala, le Mexique, le Panama, le Pérou et la République Dominicaine ont opté pour une législation fidèle à la Loi-type CNUDCI. La Bolivie, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay et le Venezuela s'en inspirent, sans pour autant la suivre totalement. A noter tout de même que, dans certains cas, des principes modernes et des particularismes locaux propres à leur droit interne cohabitent encore¹¹⁴². Malgré cela, cette démarche codificatrice a apporté des améliorations notables comme l'élimination quasi-intégrale de la distinction entre la *clause compromissoire* et le *compromis*, la simplification de la forme exigée pour la convention d'arbitrage¹¹⁴³, l'acceptation du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, une synergie nouvelle entre l'arbitre et le juge d'appui et la reconnaissance du recours en annulation comme seule voie de recours¹¹⁴⁴.

659 Cette dernière affirmation doit être contextualisée. En effet, même si le bilan dépeint est très positif, il y a lieu de tirer le signal d'alarme en ce qui concerne le phénomène de la constitutionnalisation de l'arbitrage. La constitutionnalisation consiste dans l'incorporation de l'arbitrage dans les textes constitutionnels, ou dans sa reconnaissance par voie jurisprudentielle comme moyen valable de résolution des conflits¹¹⁴⁵. Initialement accueilli avec grand enthousiasme, ce phénomène est aujourd'hui perçu comme un «grain de sable dans l'engrenage» du bon développement de l'arbitrage dans la région. En effet, si d'un côté les dispositions constitutionnelles et les lois d'arbitrage reconnaissent et protègent l'arbitrage et, de l'autre côté l'interprétation que les tribunaux font des règles constitutionnelles génère des situations ambiguës et incertaines. On assiste en effet, dans certains pays, à la multiplication de recours constitutionnels dirigés contre les lois d'arbitrage et contre les sentences arbitrales. Au surplus, nous sommes d'avis qu'en Amérique latine, la protection des garanties constitutionnelles par voie de *Tutela Constitucional* o *Amparo Constitucional* à l'occasion d'une procédure arbitrale est superflue, car le contrôle de la conformité de l'arbitrage à l'ordre public est pleinement assuré par le recours en annulation exercé contre la sentence arbitrale¹¹⁴⁶. Par ailleurs, même si nous saluons la légitimité que ce phénomène a apportée à l'arbitrage,

¹¹⁴² Cf. VASQUEZ PALMA 2009, p. 128. Ainsi, par exemple, la désignation du tribunal arbitral se fait par tirage au sort au Salvador (art. 37 al. 4 LMCA-Sv), le tribunal arbitral doit suspendre son activité faute d'accord sur les honoraires des arbitres au Venezuela (art. 19 LAC-Ve) et, au Nicaragua, l'arbitrage doit être suspendu pendant la procédure de récusation (art. 35 al. 4 LMA-Ni) ou à l'occasion d'un recours en annulation contre une sentence partielle (art. 42 al. 3 LMA-Ni).

¹¹⁴³ Ainsi, par exemple, à l'heure actuelle, la convention d'arbitrage convenue verbalement est expressément acceptée au Costa Rica (art. 7 al. 3 LAC-Cr), en Colombie (art. 69 al. 2 let. a LANI-Col) et au Panama (art. 16 al. 1 LACNI-Pa). Au Honduras (art. 38 LCA-Ho), au Pérou (art. 13 al. 3 LA-Pe) et en République Dominicaine (art. 10 al. 2 LAC-Rép.Do), il devrait en aller de même, compte tenu de leurs lois d'arbitrage plus libérales. Néanmoins, le contenu de la convention d'arbitrage doit avoir été consigné sous une forme quelconque qui permette d'en établir la preuve. Remarquons que tel était déjà le cas en Colombie sous l'égide de l'ancien régime. A ce propos, ARTURO SANABRIA GÓMEZ considérait que la clause compromissoire pouvait être passée verbalement ou pouvait être contenue dans un document quelconque, et que son existence pouvait être prouvée par tous les moyens prévus par la loi (SANABRIA GÓMEZ, p. 155).

¹¹⁴⁴ C'est le cas de la Bolivie (art. 62 LAC-Bo), du Brésil (art. 33 LA-Br), de la Colombie (art. 108 LANI-Col), du Chili (art. 34 LAC-Cl), du Salvador (art. 67 LMCA-Sv), de l'Equateur (art. 31 LAM-Eq), du Guatemala (art. 43 LA-Gu, qui le qualifie curieusement de *recours en révision*), du Honduras (art. 73 LCA-Hn), du Mexique (art. 1457 CCo-Mx), du Nicaragua (art. 58 et 61 LMA-Ni), du Panama (art. 66 LACNI-Pa), du Paraguay (art. 40 LAM-Py), du Pérou (62 et 63 LA-Pe), de la République Dominicaine (art. 39 LAM-Rép-Do) et du Venezuela (art. 43 LAC-Ve). Cf. n° 18 ss.

¹¹⁴⁵ Cf. n° 19 ss.

¹¹⁴⁶ Cf. n° 57.

nous estimons que ce procédé amplifie les risques, dans une région dominée par la théorie juridictionnelle de l'arbitrage, de voir classer l'arbitrage dans la sphère du droit public et plus particulièrement dans la sphère du droit constitutionnel¹¹⁴⁷.

Sur le plan international, la totalité des pays de la région a ratifié la Convention de New York de 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En outre, à l'exception de Cuba, les pays latino-américains ont aussi adhéré à la Convention interaméricaine de 1976 sur l'arbitrage commercial international (Convention de Panama). Par ces adhésions, l'ensemble du sous-continent envoie un signal fort en faveur de l'arbitrage international. En ce qui concerne la Convention de Panama, il convient de souligner qu'en dépit du fait qu'elle est souvent présentée comme un duplicata de la Convention de New York, une comparaison attentive des deux Conventions révèle que la Convention de Panama ne définit pas son champ d'application quant au type de sentences auxquelles elle s'applique (cp. art. I CNY), qu'elle reste vague sur des questions comme l'exception d'arbitrage (cp. art. II ch. 3 CNY) ou encore qu'elle omet de préciser les types de documents et les conditions auxquelles la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale sont subordonnées (cp. art. IV CNY). En revanche, la Convention de Panama règle d'autres domaines que la Convention de New York ne traite pas, tels la désignation des arbitres (art. 2 CPa) et le libre choix des règles de procédure (art. 3 CPa)¹¹⁴⁸.

En dépit de la volonté sincère de promouvoir l'essor de l'arbitrage international dans la région, il est important d'attirer l'attention sur le rejet croissant que l'arbitrage CIRDI connaît en Amérique latine. En effet, certains pays considèrent que le CIRDI n'est pas une institution arbitrale impartiale dans laquelle les intérêts des parties sont examinés de manière objective. En ce sens, la Bolivie¹¹⁴⁹, l'Equateur et le Venezuela ont dénoncé la Convention de Washington de 1965. Au surplus, sous l'impulsion de l'Equateur, les pays membres de l'Alba se proposent de créer, d'une part, un mécanisme de coordination régional visant à la protection conjointe de leurs intérêts en jeu lors des procédures arbitrales interjetées contre eux par des entreprises internationales et d'établir, d'autre part, une liste noire des tribunaux arbitraux internationaux¹¹⁵⁰. Nonobstant, il ne faut pas voir dans cette tendance un regain généralisé de l'hostilité vis-à-vis de l'arbitrage international, même si l'arbitrage en matière d'investissement constitue aujourd'hui le principal défi à relever. Le rejet du système d'arbitrage CIRDI est également accueilli favorablement par les 12 pays membres de l'UNASUR, qui ont déclaré leur intention d'instaurer un nouvel organisme de résolution de litiges en matière d'investissement. Cette institution, qui serait intégrée à la structure institutionnelle de l'UNASUR, aurait ainsi la charge de trancher les différends entre Etats cocontractants – les membres du centre de résolution des conflits – et ceux survenus entre investisseurs et Etats¹¹⁵¹.

Il convient de remarquer les efforts régionaux consentis en matière de commerce et d'intégration. Soucieux de contribuer au bon développement des relations commerciales internationales, les pays d'Amérique latine ont souscrit de nombreux traités parmi lesquels nous avons retenu, du fait de leur importance, le Mercosur, la CAN et l'ALENA. Il va sans dire que dans ces forums, l'arbitrage international joue un rôle essentiel dans l'encouragement aux investissements ainsi que dans la résolution de conflits. A l'avenir, d'autres entités seront également amenées à jouer un rôle prépondérant en matière d'intégration commerciale. Ce sera notamment le cas de l'UNASUR et de l'Alliance du Pacifique¹¹⁵².

¹¹⁴⁷ Cf. n° 668.

¹¹⁴⁸ Cf. n° 109.

¹¹⁴⁹ Cf. la nouvelle Loi de promotion des investissements n° 516 du 4 avril 2014 qui concrétise le mandat constitutionnel des art. 320 al. 2 et 366 Cst.Bo, au sens desquels les investissements étrangers sont soumis, sans exception, à la juridiction, aux lois et aux autorités boliviennes. A notre avis, l'adoption de cette loi sera suivie de la volonté de l'Etat bolivien de renégocier tous les BIT auxquels la Bolivie est partie. Au surplus, cette faculté est expressément contenue à l'art. 9 des dispositions transitoires de la Constitution bolivienne. En vertu de cette disposition, «*les traités internationaux antérieurs à la Constitution et qui ne la contredisent pas seront maintenus dans l'ordonnement juridique interne avec rang de loi. Dans un délai de quatre ans à partir de l'élection du nouvel Organe Exécutif, celui-ci dénoncera et, le cas échéant, renégociera les traités internationaux qui contreviennent à la Constitution*» (traduction libre).

¹¹⁵⁰ Voir l'original de cette décision sur: http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/C5C997D1-16FF-46A2-9403-01E99BF9C8BF/273176/22abr_declaracion_transnacionales_esp.pdf (17.03.2014).

¹¹⁵¹ Cf. n° 131.

¹¹⁵² Communauté économique et commerciale composée de la Colombie, du Chili, du Mexique et du Pérou. Elle a vu le jour le 28.04.2011 par la Déclaration de Lima dont le texte original en espagnol peut être consulté sur la page officielle de l'Alliance du Pacifique http://alianzapacifico.net/documents/AP_Declaracion_Lima_I_Cumbre.pdf (17.03.2014).

663 En Amérique latine, il y a lieu de retenir en particulier le rôle joué par l'Accord du Mercosur de 1998 sur l'arbitrage commercial international. Il est composé de 26 dispositions traitant l'ensemble de la procédure arbitrale, étant ainsi qualifié de véritable code d'arbitrage¹¹⁵³. En revanche, l'Accord du Mercosur ne traite pas, à proprement parler, de l'exécution de sentences arbitrales étrangères. Il se limite à mentionner les instruments internationaux qui régissent cette matière (art. 23)¹¹⁵⁴. En outre, en ce qui concerne les situations non prévues par les parties, par l'Accord du Mercosur, par les règles de procédure de la CIAC ou par les conventions et les normes auxquelles se réfère l'Accord, les règles et les principes de la Loi-type CNUDCI de 1985 seront applicables (art. 25 al. 3). Ainsi, l'Accord du Mercosur revêt une importance majeure en matière d'uniformisation et d'harmonisation législative arbitrale, surtout lorsque l'on sait que l'Argentine et l'Uruguay ne possèdent pas de lois d'arbitrage modernes¹¹⁵⁵.

664 En ce qui concerne les sources d'origine privée, nous retiendrons premièrement qu'en Amérique latine des institutions arbitrales ont vu le jour dès le début des années 90. Ces nouveaux centres d'arbitrage ont contribué, par leurs règlements, tant à la modernisation et à la standardisation de l'arbitrage institutionnel qu'au comblement des carences des législations nationales. De plus, le processus de modernisation des sources de l'arbitrage ne concerne pas uniquement les modifications constitutionnelles et/ou législatives d'ordre national, international ou communautaire. Il touche également divers règlements d'arbitrage¹¹⁵⁶. Dans l'ordre chronologique, la CIAC a modifié son Règlement en 2008, l'AAA l'a fait en 2010, la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 est intervenue avant celle de la CCI dont le nouveau Règlement d'arbitrage est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Conformément à cette tendance, le Règlement suisse d'arbitrage international de 2004 a également été révisé. La nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2012.

665 Secondement, le succès de l'arbitrage institutionnel a contribué au développement du précédent arbitral, appelée à tort «jurisprudence arbitrale» par une partie de la doctrine. Sur ce point, même si la «jurisprudence arbitrale» développée par les institutions d'arbitrage s'affirme de plus en plus comme une «source de l'arbitrage», la doctrine se refuse, à juste titre, à parler de véritable «jurisprudence arbitrale» à l'égard des sentences prononcées par les tribunaux arbitraux. Nous sommes d'avis qu'en matière arbitrale, il est préférable de parler de «précédent arbitral *de facto*» en lieu et place de jurisprudence arbitrale, car l'aspect organique, l'aspect d'homogénéité et – dans une moindre mesure – l'aspect publicitaire, propres à la jurisprudence étatique, lui font défaut. Par conséquent, il est difficile de concevoir les sentences arbitrales comme une source *lato sensu* du droit de l'arbitrage¹¹⁵⁷.

666 En effet, les sentences arbitrales ne s'imposent pas par leur propre autorité aux arbitres. Ce sont ces derniers qui décideront, en fonction notamment de la nature de la règle posée, de la qualité du raisonnement juridique et des analogies entre les deux affaires, c'est-à-dire en fonction de la *ratio decidendi*, d'appliquer la solution retenue dans la sentence arbitrale antérieure au cas qui les occupe. C'est pour ces motifs que nous estimons que le précédent arbitral ne saurait être considéré comme une source à part entière du droit de l'arbitrage. Ce concept se rapproche en réalité de la notion suisse d'«autorités de droit», dans la mesure où le juge ne doit pas obligatoirement les appliquer, mais uniquement s'en inspirer¹¹⁵⁸.

Nature juridique de l'arbitrage

667 Alors que deux théories se disputent traditionnellement la nature juridique de l'arbitrage – la théorie contractuelle et la théorie procédurale – et qu'une troisième a vu le jour dans l'espoir de départager les deux premières – la théorie mixte –, le phénomène de la constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine est à l'origine d'une nouvelle théorie: la nature constitutionnelle de l'arbitrage. Le postulat de cette théorie est que l'arbitrage trouverait sa source et ses limites dans la Constitution. De ce fait, la théorie constitutionnelle se limite à

¹¹⁵³ GONZALEZ DE COSSIO, p. 9; RIVERA 2007, p. 88.

¹¹⁵⁴ Cette disposition se réfère à la Convention de Panama de 1975, au Protocole de coopération et assistance juridictionnelle en matière civile, commerciale, sociale et administrative du Mercosur (déc. N° 5/92) et à la Convention de Montevideo de 1979. En procédant de cette manière, l'Accord du Mercosur évite la prolifération de textes réglant le même domaine (FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 204).

¹¹⁵⁵ Cf. MACCHIA/ZAPIOLA, p. 115; BOSCO LEE, p. 568.

¹¹⁵⁶ Cf. MÜLLER 2010, p. 153.

¹¹⁵⁷ Cf. n° 252 s.

¹¹⁵⁸ En droit suisse, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas considérées comme des sources de droit, mais comme des autorités. Cela résulte du texte de l'art. 1 al. 3 CC-CH, au sens duquel le juge «[...] s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

reconnaître ou à refuser l'accès à l'arbitrage en fonction de sa compatibilité constitutionnelle¹¹⁵⁹. A notre avis, la théorie constitutionnelle attribuée à l'arbitrage a une nature juridique «constitutionnelle» artificielle. Le recours à ce procédé est motivé par la fausse croyance selon laquelle l'accès à l'arbitrage n'est réellement garanti que lorsque ce droit est inscrit dans la Constitution. En outre, cette théorie dénature le génome de l'arbitrage en faisant croire à tort que l'arbitrage n'est pas autre chose que la délégation constitutionnelle de la juridiction étatique aux particuliers¹¹⁶⁰.

A titre personnel, nous considérons que ni la théorie procédurale ni la théorie mixte – la théorie constitutionnelle s'éliminant d'elle-même – ne saisissent entièrement la nature juridique de l'arbitrage. D'une part, l'aspect procédural de l'arbitrage est en réalité un effet du contrat d'arbitre¹¹⁶¹. Ainsi, l'instance arbitrale est une étape nécessaire dans l'exécution de l'obligation première des arbitres, qui est de trancher le litige par le prononcé d'une sentence¹¹⁶². L'étape procédurale arbitrale présente certes des similitudes avec celle de la juridiction étatique mais, puisqu'elle découle d'un contrat, elle ne saurait être assimilée à celle-ci. Elle lui est analogue, mais ne partage pas la même nature. Ce faisant, la juridiction étatique est un prolongement de la puissance publique, tandis que la phase procédurale de l'arbitrage est l'exécution d'une obligation contractuelle qui institue un mécanisme – privé et consensuel¹¹⁶³ – alternatif à la juridiction ordinaire.

D'autre part, le prononcé d'une sentence arbitrale constitue l'exécution de l'obligation principale du contrat d'arbitre et ne dépend pas d'une quelconque fonction juridictionnelle¹¹⁶⁴. Par ailleurs, l'obligation d'accepter la sentence arbitrale résulte de la convention d'arbitrage, contrat dans lequel les parties s'engagent aussi à respecter et à exécuter ladite sentence. Suivant les pays, la sentence arbitrale peut avoir une *pleine efficacité* ou une *efficacité relative*. Elle a la *pleine efficacité* lorsqu'elle possède *ex lege*, dès son prononcé, les mêmes effets qu'un jugement, à savoir l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Elle est *relative* lorsqu'elle ne devient obligatoire et exécutoire qu'après l'écoulement d'un éventuel délai de recours en annulation. Toutefois, qu'elle soit dotée de la *pleine efficacité* ou de l'*efficacité relative*, si la partie succombante ne s'exécute pas volontairement, la partie ayant gain de cause peut demander l'exécution forcée de la sentence arbitrale devant le juge ordinaire du lieu d'exécution de la sentence arbitrale¹¹⁶⁵.

Il en découle que l'arbitrage est de nature consensuelle ou contractuelle, car c'est de la volonté des parties que les arbitres tiennent exclusivement leur compétence¹¹⁶⁶. L'essence volontaire de l'arbitrage s'oppose à ce que l'Etat exerce un large contrôle sur les procédures arbitrales ayant lieu sur son territoire. Dès lors, seule une intervention limitée est admise.

Notion et types de conventions d'arbitrages

Alors qu'il y a à peine un peu plus d'une dizaine d'années, CLAUDIA FRUTOS-PETERSON concluait dans son ouvrage *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine: l'efficacité de son droit* que «[...] seul un nombre réduit de textes présentent les éléments d'une législation d'arbitrage commercial international pouvant être considérée comme moderne»¹¹⁶⁷, nous estimons que, malgré quelques défauts mineurs, les lois étudiées contiennent des dispositions répondant de manière satisfaisante aux exigences du commerce international et que, dans bien des domaines, elles sont plus précises que la législation suisse¹¹⁶⁸.

¹¹⁵⁹ Ainsi, par exemple, CARLOS AMIGO ROMAN considère que l'arbitrage au Brésil est totalement inconstitutionnel. Pour cet auteur, le principe constitutionnel de l'art. 5 XXXV Cst.Br selon lequel «la loi ne peut soustraire à l'appréciation du pouvoir judiciaire aucune lésion ou menace d'atteinte à un droit» (traduction libre) interdit le recours à l'arbitrage dans ce pays (cf. AMIGO ROMAN, p. 335 et 355; AMIGO ROMAN 2000, p. 272).

¹¹⁶⁰ Cf. n° 278; FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 304.

¹¹⁶¹ Cf. MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 228 s. Les auteurs citent les postulats proposés par JAIME GUASP en 1956 dans son ouvrage *El arbitraje en el derecho español*. Ce dernier affirme que lorsque l'on soutient que l'arbitre est un juge ou que l'arbitrage est un procès, l'on se trouve plutôt sur un terrain métaphorique que scientifique. Pour lui, l'arbitre n'est pas un juge, et l'arbitrage n'est pas un phénomène procédural. Enfin, JAIME GUASP, tout en distinguant les notions de procédure et de procès, estime que la structure procédurale de l'arbitrage ne suffit pas pour le classer dans le monde du procès et que l'arbitrage est simplement un contrat avec accord procédural.

¹¹⁶² Cf. CLAY, p. 604 ss.

¹¹⁶³ Cf. LARROUMET, p. 14; ROMERO DÍAZ, p. 19.

¹¹⁶⁴ MOLINA CABALLERO, p. 133; GONZÁLEZ DE COSSÍO, p. 208.

¹¹⁶⁵ Cf. n° 266; art. III CNY; art. 4 CPa; SENÉS MONTILLA, p. 285 ss; MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1834 ss.

¹¹⁶⁶ Cf. REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, p. 366, n° 5-30.

¹¹⁶⁷ FRUTOS-PETERSON, p. 450.

¹¹⁶⁸ P.ex. en ce qui concerne la codification de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, ou en matière de convention d'arbitrage par référence ou insérée dans un contrat d'adhésion.

- 672 Force est de constater que la notion de convention d'arbitrage est définie, en Amérique latine, dans seize des vingt lois passées en revue. En ce qui concerne les législations de l'Argentine, de la Bolivie, de Cuba et de la Suisse, elles font allusion à cette notion sans pour autant la définir. Pour une définition dans ces pays, il est nécessaire de se référer au droit conventionnel, à savoir la Convention de New York, la Convention de Panama, l'Accord de Buenos Aires (Mercosur), ainsi que la Loi-type CNUDCI.
- 673 Il sied également de remarquer que la distinction entre clause compromissoire et compromis arbitral a disparu dans l'immense majorité des lois d'arbitrage d'Amérique latine, mis à part le cas de certains pays comme l'Argentine, le Brésil, la Colombie, le Guatemala et l'Uruguay dont les législations conservent cette différenciation. Toutefois, la Colombie et le Guatemala ne maintiennent que la distinction terminologique, sans que cela ait une réelle portée pratique. Sur ce point, le Brésil adopte une position contraire à la pratique arbitrale internationale, dans la mesure où la conclusion du compromis arbitral est exigée en présence d'une clause compromissoire blanche. Seuls l'Argentine et l'Uruguay s'écartent des standards minimums internationaux en la matière, car la validité de la clause compromissoire est subordonnée à la conclusion du compromis.
- 674 Après l'analyse des éléments communs aux droits latino-américains et suisse, nous avons renoncé – du fait de l'attachement des régimes d'Amérique latine à la théorie procédurale, au concept de «justice de légitimité dérivé»¹¹⁶⁹ et à la subsistance, dans un nombre réduit de pays, de la distinction entre *clause compromissoire* et *compromis* – à l'énonciation d'une définition commune du concept de convention d'arbitrage. Dès lors, deux définitions sont proposées. Nous avons retenu des notions qui saisissent les réalités de l'arbitrage en Amérique latine et en Suisse.
- 675 En ce qui concerne le droit suisse, nous avons retenu la définition donnée par le Tribunal fédéral suisse et relayée par CHRISTOPH MÜLLER selon laquelle la convention d'arbitrage est «*la convention par laquelle deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'accordent à soumettre un ou plusieurs litiges existants ou futurs (déterminés) à un tribunal arbitral en excluant de manière contraignante la juridiction étatique*»¹¹⁷⁰. Cette définition nous paraît saisir l'ensemble des éléments essentiels (*essentialia negotii*) de la clause d'arbitrage qui sont: (i) l'accord des volontés de soumettre le(s) litige(s) à arbitrage, (ii) la détermination des parties à la convention d'arbitrage et (iii) la détermination du ou des litiges devant être tranché(s) par le tribunal arbitral.
- 676 A notre avis, la définition qui saisit le mieux les réalités de l'arbitrage en Amérique latine est celle proposée par VICTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA. Cet auteur définit la convention d'arbitrage comme «*le contrat par lequel les parties en conflit soumettent leurs litiges [déterminés ou au moins déterminables] à un organe ou à un individu qui accomplit la fonction arbitrale, donnant lieu à une procédure équivalente à la procédure juridictionnelle (mais dépourvue d'imperium) en vertu de la clause compromissoire ou du compromis conclu par les parties*»¹¹⁷¹.
- 677 Cette définition met en évidence trois éléments, dont deux sont propres à l'Amérique latine: (i) l'attachement de la doctrine et de la jurisprudence latino-américaines à la théorie juridictionnelle de l'arbitrage¹¹⁷², et (ii) la subsistance de la distinction, uniquement dans certains pays de la région, entre clause compromissoire et compromis arbitral¹¹⁷³. Quant au troisième élément, (iii) l'absence – sauf quelques exceptions mineures – d'*impérium* pour les activités des arbitres, il est commun à la Suisse et aux pays d'Amérique latine¹¹⁷⁴. Cette définition contient également les éléments essentiels auxquels l'on subordonne généralement la validité de la convention d'arbitrage.
- 678 Quant à la nature juridique de la convention d'arbitrage, bien que la doctrine majoritaire considère que la convention d'arbitrage est un *contrat de procédure* ou une *convention de procédure*, car elle contient à la fois des aspects de droit matériel et de droit de la procédure¹¹⁷⁵, et que son principal effet est de nature procédurale, à savoir l'exclusion de la juridiction étatique, nous estimons que la convention d'arbitrage est un véritable contrat de droit

¹¹⁶⁹ Cf. n° 262; SILVA ROMERO 2005, *El consentimiento*, p. 149. Sur la légitimité de l'arbitrage: cf. OPPETIT 2006, p. 35 ss.

¹¹⁷⁰ ATF 130 III 66 c. 3.1, p. 70; MÜLLER, p. 720, n° 3353.

¹¹⁷¹ CASTRILLÓN Y LUNA, p. 7.

¹¹⁷² Cf. n° 262 ss.

¹¹⁷³ Cf. n° 302 ss.

¹¹⁷⁴ Cf. n. 205 et n. 206.

¹¹⁷⁵ Cf. n° 314.

privé soumis aux règles contractuelles. Il va sans dire que les principes de *pacta sunt servanda* et de *res inter alios acta* s'appliquent également¹¹⁷⁶. En tant que contrat de droit privé, la convention d'arbitrage privé produit, selon nous, principalement des effets de nature matérielle¹¹⁷⁷.

Le choix de la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis arbitral extra-judiciaire intervient en dehors de tout procès. Il ne comporte pas de soustraction des litiges soumis aux arbitres au pouvoir étatique, et n'a pas par conséquent d'effet procédural. En revanche, lorsque les juges étatiques sont saisis d'une affaire et que les parties décident, en cours de procédure, de déférer la résolution de leur litige à un tribunal arbitral, le compromis arbitral – sous forme de compromis arbitral judiciaire – a des effets procéduraux, au même titre que la transaction judiciaire par exemple. C'est donc uniquement sous cette dernière forme que le compromis arbitral revêt la nature juridique d'un contrat de procédure puisqu'il met fin à la procédure engagée devant les tribunaux étatiques¹¹⁷⁸.

Outre la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de base, la convention d'arbitrage par référence et la convention d'arbitrage insérée dans des contrats d'adhésion ont été abordées dans le cadre de cette étude. Ainsi, l'efficacité de la convention d'arbitrage par référence est assurée dans seize pays latino-américains, qui reprennent en grande partie la formulation proposée par la Loi-type CNUDCI à l'art. 7 al. 2 (version de 1985) ou à l'art. 7 al. 6 (version de 2006). L'Equateur impose des conditions supplémentaires, comme l'identification des parties et l'indication précise du contrat de base auquel la convention d'arbitrage fait référence¹¹⁷⁹. Les lacunes que les législations de l'Argentine et de l'Uruguay ont sur cette question peuvent être partiellement comblées par l'application de l'Accord du Mercosur qui renvoie, en cas de lacune, aux dispositions de la Loi-type CNUDCI. Par ailleurs, tant la jurisprudence argentine qu'uruguayenne semblent avoir adopté une position pragmatique selon laquelle la validité d'une telle convention d'arbitrage s'analyse au cas par cas et à la lumière des principes posés par les instruments internationaux d'arbitrage¹¹⁸⁰. Pour terminer les conclusions comparatives dans ce domaine, notons que la jurisprudence suisse adopte une interprétation large et libérale des conditions formelles de validité¹¹⁸¹. Elle reconnaît la validité d'une convention d'arbitrage par référence, qu'elle soit faite sous forme de *renvoi spécifique* ou *renvoi global*¹¹⁸².

En matière de conventions d'arbitrage insérées dans des contrats d'adhésion, la question est, en revanche, moins claire. Quelques lois d'arbitrage contiennent expressément des dispositions impératives en faveur de ce type de conventions; c'est notamment le cas du Brésil, du Guatemala, du Honduras, du Salvador, du Pérou et du Venezuela. Nonobstant cette approche favorable à l'arbitrage, la validité de ces conventions est généralement soumise à certaines conditions. En règle générale, la clause compromissoire doit être passée par écrit et être insérée en gras dans le contrat de base ou dans un document annexe d'accès facile. Certaines législations subordonnent sa validité à la mention d'un avertissement du style «*ce contrat inclut un accord d'arbitrage*». A noter toutefois que la Loi hondurienne d'arbitrage, en instaurant une présomption de validité en leur faveur, est sans conteste, dans ce domaine, la loi la plus libérale d'Amérique latine. Dans les autres pays, le panorama est plus confus, la validité de ce type de conventions s'analysant par rapport au cas d'espèce et à la lumière des normes de police protectrices¹¹⁸³.

Conditions de forme

La convention d'arbitrage doit respecter les conditions de forme prescrites par la loi d'arbitrage de chaque pays. En règle générale, la convention d'arbitrage doit être passée en la forme écrite. Certains pays imposent sa signature par les parties. Toutefois, une approche plus consensuelle veut que la forme écrite soit aujourd'hui une exigence *relative* de validité. La notion d'«écrit» a été longuement débattue et s'étend désormais aux formes de communication les plus modernes tels que le fax, l'e-mail, le SMS ou MMS, le post sur un réseau social ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir l'existence, au moyen d'un texte ou de tout autre moyen de télécommunication.

¹¹⁷⁶ MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA, p. 1283, n° 2780; SOTO COAGUILA 2011, p. 622 s.

¹¹⁷⁷ Cf. n° 310.

¹¹⁷⁸ TERCIER/FAVRE, p. 1226, n° 8104.

¹¹⁷⁹ Cf. n° 330.

¹¹⁸⁰ Cf. n° 331.

¹¹⁸¹ ATF 129 III 727 c. 5.3.1; TF 4P.126/2001 du 18.12.2001, c. 2c et 2e/bb.

¹¹⁸² Cf. n° 320 s.; BERSHEDA, p. 696 ss.

¹¹⁸³ Cf. n° 344 ss.

683 Les pays d'Amérique latine imposent la plupart du temps les conditions mentionnées à l'art. 7 Loi-type CNUDCI de 1985. Ainsi, un nombre important de lois d'arbitrage latino-américaines subordonnent la validité de la convention d'arbitrage au respect de la forme écrite et de la signature, privilégiant de la sorte le principe du formalisme au lieu de celui du consensualisme. Seuls la Colombie, le Costa Rica, le Honduras, le Panama et le Pérou ne subordonnent la validité de la convention d'arbitrage ni au respect de la forme écrite ni à l'exigence de la signature¹¹⁸⁴. Des conditions de forme accrues sont imposées au compromis dans les pays qui maintiennent encore cette distinction¹¹⁸⁵.

684 Quant à la Suisse, la forme écrite est conçue comme une condition *relative* de validité. Il s'agit d'une forme écrite atténuée, dite «forme documentaire», conforme aux pratiques contemporaines des relations commerciales internationales.

685 La forme orale au sens des art. 7 al. 3 (Option I) ou 7 (Option II) Loi-type CNUDCI de 2006 est acceptée expressément au Costa Rica, en Colombie et au Panama. Au Honduras, au Pérou et en République Dominicaine, il devrait en aller de même, compte tenu de leurs lois d'arbitrage plus libérales. Néanmoins, le contenu de la convention d'arbitrage doit avoir été consigné sous une forme quelconque qui permette d'en établir la preuve. Il en va de même en Suisse, mais la preuve doit être apportée sous la forme écrite.

Conditions de fond

686 En ce qui concerne les conditions de fond de la convention d'arbitrage, nous constatons des pratiques différentes en Amérique latine et en Suisse quant à la détermination de l'accord des volontés. En Amérique latine, l'échange des volontés ne doit pas seulement être clair, mais aussi particulièrement précis. Cette exigence est le résultat de la conception juridictionnelle de la nature juridique de l'arbitrage qui prévaut dans cette région du monde. En effet, en Amérique latine, l'arbitrage implique un glissement – autorisé par la loi – de la fonction juridictionnelle des juges en faveur des arbitres¹¹⁸⁶. Par conséquent, pour que la dérogation de la justice ordinaire en faveur de la justice arbitrale soit admise, l'accord des volontés exigé doit être sans équivoque. En revanche, en Suisse, l'adoption d'une interprétation neutre du point de vue du résultat semble s'imposer. Cette interprétation consiste dans une approche neutre qui ne favorise ni ne défavorise la survie de la convention lorsque son existence est contestée¹¹⁸⁷.

687 Quant à la capacité des Etats de compromettre, il est incontestable qu'une grande partie des pays latino-américains accordent à l'Etat et aux entités publiques le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage sans autorisation préalable; ces prérogatives peuvent se trouver directement dans leur loi d'arbitrage, dans la Constitution nationale ou encore dans une autre loi. Nonobstant cette tendance, certains droits nationaux subordonnent cet engagement à autorisation. Enfin, dans une minorité des pays latino-américains, le régime n'est pas clair. En effet, sans interdire expressément à l'Etat ou aux entités publiques qui le composent de s'engager valablement, les mécanismes prévus par certaines législations entravent considérablement la participation de l'Etat à des arbitrages; comme c'est par exemple le cas au Venezuela¹¹⁸⁸.

688 Dans ce domaine, le droit suisse de l'arbitrage a joué un rôle essentiel, dans la mesure où, par l'adoption de règles inspirées de l'art. 177 al. 2 LDIP, les craintes de voir un Etat, après s'être engagé par convention d'arbitrage, invoquer *a posteriori* son propre droit pour s'opposer à l'arbitrage, sont dissipées. La norme suisse a servi de modèle pour la rédaction de dispositions similaires en Bolivie, en Colombie, au Guatemala, au Panama, au Pérou et en République Dominicaine¹¹⁸⁹.

689 Signalons enfin que la capacité des Etats de conclure une convention d'arbitrage relève de la loi nationale de l'Etat mis en cause et non de l'arbitrabilité subjective, comme certains le prétendent¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁴ Cf. n° 370 ss.

¹¹⁸⁵ Cf. n° 373 ss.

¹¹⁸⁶ Cf. n° 262 ss.

¹¹⁸⁷ Cf. n° 401 s.

¹¹⁸⁸ Cf. n° 409 et n° 420 ss.

¹¹⁸⁹ Cf. n° 411.

¹¹⁹⁰ Cf. n° 412 ss.

La détermination des parties liées par la convention d'arbitrage devient prépondérante en cas d'extension de la convention d'arbitrage à une partie non signataire. Nous devons remarquer que, sur le plan doctrinal, les théories et les critères développés par la jurisprudence et la doctrine internationale la plus avisée ont trouvé une assise confortable en Amérique latine. Toutefois, force est de constater que sur le plan jurisprudentiel, les quelques tribunaux qui ont eu à traiter la question ont conservé une approche restrictive, fidèle au principe *inter alios acta*¹¹⁹¹. Enfin, sur le plan législatif, il faut saluer la codification de ces principes – ou du moins d'un certain nombre d'entre eux – par l'art. 14 LA-Pe (Pérou).

690

Dans l'intérêt du droit péruvien de l'arbitrage, il faut espérer que le cadre normatif fixé par l'art. 14 LA-Pe ne sera pas interprété de manière trop restrictive, afin que l'œuvre créatrice de la doctrine et de la jurisprudence arbitrale internationale – qui a inspiré le législateur péruvien – ne soit pas tronquée. A notre avis, l'interprétation de l'art. 14 LA-Pe devra se faire, d'une part, selon le principe de la bonne foi (art. 168 et 1362 CC-Pe) et de la théorie de la confiance (art. 170 CC-Pe) et, d'autre part, selon la *ratio legis* de cette disposition. En outre, l'arbitre et/ou le juge étatique avisé(s) se servira également, dans son travail interprétatif, des préceptes adoptés dans les sentences *Dow Chemical c/Isover-Saint-Gobain* et *Thomson* issues de la pratique arbitrale française et américaine¹¹⁹².

691

Pour ce qui est de l'arbitrabilité objective du litige, le critère de la libre disponibilité a été retenu par le droit suisse de l'arbitrage interne (art. 354 CPC) et par l'immense majorité des nations d'Amérique latine. En adoptant le critère de la libre disponibilité, ces pays ont opté pour une analyse conflictuelle de la question, c'est-à-dire qu'il y a tout d'abord lieu de déterminer la règle de conflit applicable qui désignera le droit matériel applicable; la libre disponibilité et son étendue sont ensuite déterminées en application du droit matériel retenu. Il en découle que la disponibilité dépend de la *lex causae*. Cette méthode comprend le risque que l'arbitrabilité objective d'une prétention soit traitée de manière différente en fonction du droit matériel applicable¹¹⁹³.

692

En matière d'arbitrage international, la Suisse adopte en revanche le critère de la patrimonialité (art. 177 al. 1 LDIP). En choisissant ce critère, le législateur suisse a voulu donner à la notion d'arbitrabilité objective le sens le plus large possible. De l'avis du tribunal fédéral, l'arbitrabilité objective, en matière internationale, est régie par la *lex arbitri* sans égard aux dispositions peut-être plus strictes de la *lex causae* ou de la loi nationale des parties¹¹⁹⁴. Par contre, cette approche peut entraîner des conséquences quant à la reconnaissance à l'étranger d'une sentence rendue en Suisse. En effet, le droit suisse de l'arbitrage qualifie d'arbitrables des litiges qui ne sont pas nécessairement arbitrables ailleurs. La doctrine suisse cite à titre d'exemple: (i) les actions en annulation des décisions d'une personne morale, (ii) les litiges portant sur la validité des droits de la propriété intellectuelle, (iii) les litiges en matière de consommation, (iv) les litiges en matière de bail à loyer et (v) les litiges en matière de contrat individuel de travail¹¹⁹⁵.

693

En Amérique latine, le Brésil, le Nicaragua et le Paraguay adoptent une approche hybride. En effet, leurs lois se réfèrent tantôt au critère patrimonial tantôt au critère de la libre disponibilité. Dès lors, l'analyse de la patrimonialité doit avoir lieu avant l'examen de la libre disponibilité.

694

Internationalité de l'arbitrage

En matière d'internationalité de l'arbitrage, en Amérique latine, il y a une homogénéité de traitement qui résulte de l'adoption quasiment textuelle de l'art. 1 al. 3 Loi-type CNUDCI. Cette disposition propose une approche croisée qui combine le critère matériel et le critère formel de l'internationalité. Par ailleurs, l'association des deux critères est également préférée par l'Accord du Mercosur et par la Convention européenne de 1961. Seuls l'Argentine, le Brésil, l'Uruguay et le Venezuela font exception à cette règle. Il nous paraît dès lors approprié de noter qu'il existe en Amérique latine une nette préférence pour une conception large de l'arbitrage international, fondée tant sur des éléments objectifs que subjectifs. Il est également important de souligner que sur ce point, les

695

¹¹⁹¹ La jurisprudence argentine et uruguayenne reconnaissent la théorie du groupe de société (cf. n. 678 et n. 692) et la jurisprudence mexicaine a reconnu la possibilité d'étendre les effets de la convention d'arbitrage à des tiers non signataires (cf. n. 666; Amparo en revisión 442/2004 du 14 décembre 2004 – Tesis I.30.C.475 C. Conproca, S.A. de C.V. y otra; cf. GRAHAM JAMES 2008, p. 183 ss; BRAVO PERALTA, p. 535 s.).

¹¹⁹² Cf. n° 447 ss.

¹¹⁹³ FOLLONIER-AYALA 2013, p. 129.

¹¹⁹⁴ ATF 118 II 193 c. 5c/aa, p. 196; TF 4A_654/2011 du 23 mai 2012, c. 3.4; cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 305, n° 1.

¹¹⁹⁵ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, p. 105, n° 204.

régimes latino-américains sont moins rigides que le droit suisse, qui adopte une approche exclusivement subjective¹¹⁹⁶.

Séparabilité de la convention d'arbitrage et le principe de *Kompetenz-Kompetenz*

696 La convention d'arbitrage peut, selon les circonstances, être un accessoire du contrat de base ou être un contrat indépendant de celui-ci. Il n'y a là aucune contradiction dans la coexistence du caractère accessoire de la convention d'arbitrage et du principe de séparabilité. Au contraire, ces deux concepts assurent tous les deux, sans s'exclure, l'efficacité de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. En effet, la fonction de l'accessoire est de se mettre au service du principal, raison pour laquelle l'accessoire a vocation à suivre le sort juridique réservé au principal. Ce faisant, la convention d'arbitrage, mise au service du contrat de base, assure la résolution d'un éventuel litige par le biais de la justice arbitrale. Autrement dit, la fonction de la convention d'arbitrage est de veiller à la concrétisation de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage en cas de litige. C'est dans l'accomplissement de ce but que la séparabilité prend tout son sens, puisqu'elle assure l'efficacité de la convention d'arbitrage. Ainsi, la séparabilité de la convention d'arbitrage doit être admise lorsque sont existance, sa validité ou sa force obligatoire sont contestés. Le Tribunal fédéral suisse résume brillamment ce paradoxe en affirmant que «*le fait qu'en raison de sa fonction la clause compromissoire soit séparable du contrat principal n'implique pas pour autant qu'elle en soit nécessairement indépendante*»¹¹⁹⁷.

697 Pour ces raisons, et dans le but d'apporter plus de clarté à la terminologie utilisée, le terme «autonomie» doit à notre avis être employé pour désigner l'«*autonomie juridique*» de la convention d'arbitrage, de sorte que le terme «séparabilité» désigne ce qu'une partie de la doctrine appelle «*autonomie matérielle*». En effet, le vocable «autonomie» suggère de manière erronée que la convention d'arbitrage est en tout temps indépendante du contrat de base. De ce fait, nous proposons l'utilisation du vocable «séparabilité» qui appréhende mieux la nature de ce principe, et qui assure, dans certaines situations, l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de base¹¹⁹⁸.

698 En dépit du fait que le principe de la séparabilité ne soit contenu que dans la Convention européenne de 1961, dans l'Accord du Mercosur et, de façon indirecte, dans la Convention de Panama, il s'est érigé en une véritable «règle transnationale» du droit de l'arbitrage international. Cela est essentiellement dû à sa consécration jurisprudentielle. Il y a toutefois lieu de signaler qu'en Amérique latine, la séparabilité de la convention d'arbitrage est le produit de l'œuvre du législateur qui s'est inspiré de la Loi-type CNUDCI.

699 Bien que la quasi-totalité des pays d'Amérique latine codifie clairement le principe de la séparabilité, son efficacité est compromise dans certains pays de la région. Ainsi, par exemple, au Honduras, l'art. 39 al. 3 LCA-Ho dispose que «*sans préjudice de ce qui précède, lorsque la nullité complète d'un contrat découle d'une décision judiciaire exécutoire, la convention d'arbitrage ne subsistera pas*»¹¹⁹⁹. En Bolivie, la Cour Suprême de Justice estime qu'en matière d'invalidité ou de nullité de contrats – et ce même en présence d'une convention d'arbitrage, – l'art. 546 CC-Bo l'emporte sur les dispositions de la Loi d'arbitrage, en ce sens qu'il est de nature impérative. Au sens de cette norme, «*la nullité et l'annulabilité d'un contrat doit être prononcée par voie judiciaire*»¹²⁰⁰.

700 Pour ce qui est de l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, il est consacré par 17 des 20 législations étudiées. Nonobstant cette reconnaissance, au Mexique, la Cour Suprême de Justice a décidé que les tribunaux étatiques étaient les seuls compétents pour se prononcer sur la nullité de la clause compromissoire. Cette décision a déclenché dans ce pays une avalanche de critiques qui ont abouti à la modification du Code de commerce.

¹¹⁹⁶ Cf. n° 486 ss.

¹¹⁹⁷ ATF 128 III 50 c. 2a/bb, p. 55.

¹¹⁹⁸ Cf. n° 523.

¹¹⁹⁹ Traduction libre. Cette disposition concrétise le principe *accessorium sequitur principale* selon lequel l'obligation accessoire suit le sort juridique réservé à l'obligation principale. Il est par ailleurs rappelé par les art. 1420 al. 2, 1468, 1543, 2046, 2131 et 2153 du Code civil hondurien (cf. FERNÁNDEZ ROZAS 2008, p. 609).

¹²⁰⁰ Traduction libre. Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 27/2005, du 11 février 2005. Cette jurisprudence n'est que la confirmation des principes posés dans la Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 060, du 29 août 2003, dans laquelle la Haute Cour estime que, s'agissant d'une action en invalidation ou en nullité de contrat, l'art. 546 CC-Bo est d'application impérative.

En ce qui concerne l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* trois catégories de pays se distinguent. La première prescrit une acceptation complète de la règle de priorité de la compétence-compétence, la deuxième consacre une acceptation incomplète de l'effet négatif et la troisième reconnaît le principe – totalement ou partiellement – par voie jurisprudentielle¹²⁰¹.

Effets de la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage produit *inter partes* des effets de nature matérielle, et non procédurale. En effet, nous estimons que l'aspect procédural de l'arbitrage n'est en réalité qu'un effet du contrat d'arbitre¹²⁰². A l'instar du principe de *Kompetenz-Kompetenz*, les effets de la convention d'arbitrage sont également connus sous la dénomination générique d'*effet positif* et d'*effet négatif*.

Nous sommes d'avis que l'effet positif et l'effet négatif de la convention d'arbitrage et l'effet positif et l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* se distinguent, car l'effet positif et l'effet négatif de la compétence-compétence tirent leur fondement de la loi et non de la convention d'arbitrage elle-même. Il y a donc confusion des deux concepts (effets de la convention d'arbitrage et effets du principe de *Kompetenz-Kompetenz*) – sous l'angle de leurs aspects négatifs – lorsque l'on affirme par exemple que l'effet négatif de la convention d'arbitrage impose au juge le devoir déclinier sa compétence, ou lorsque l'on soutient que la convention d'arbitrage n'impose pas seulement l'obligation de *ne pas faire* aux parties mais aussi au pouvoir judiciaire, ou encore lorsque l'on estime que la convention d'arbitrage empêche les tribunaux étatiques de statuer sur les controverses soumises à l'arbitrage. Ces affirmations concernent en réalité l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*. L'effet négatif de la convention d'arbitrage consiste concrètement dans l'interdiction faite aux parties liées par une convention d'arbitrage de saisir la justice étatique.

A notre sens, les Etats facilitent la mise en oeuvre de l'effet négatif de la convention d'arbitrage lorsque, par l'adoption d'une disposition expresse imposant aux juges le déclinatoire de compétence *ipso jure* ou régissant le degré d'examen de la convention d'arbitrage, généralement limité à une analyse *prima facie*, ils permettent aux parties de se prévaloir de l'incompétence des tribunaux ordinaires, autrement dit lorsque les Etats codifient l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz*. La mise en oeuvre de l'effet négatif de la convention d'arbitrage est également facilitée par l'adoption d'une pratique jurisprudentielle libérale en faveur de la primauté de la compétence des tribunaux arbitraux. Dans ces deux hypothèses, l'effet négatif de la convention d'arbitrage et l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* convergent et se superposent, excluant ou limitant de la sorte la compétence des tribunaux étatiques.

L'effet positif de la convention d'arbitrage est la conséquence de l'application du principe général de *pacta sunt servanda*. L'obligation de soumettre le litige à l'arbitrage est le pendant de l'effet positif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* qui consiste dans la faculté pour le tribunal arbitral de statuer, en cas de contestation, sur sa compétence, sous réserve du contrôle ultérieur du juge étatique. Cet effet est consacré de manière directe par les législations du Guatemala, du Panama et du Venezuela. Dans les autres pays d'Amérique latine, l'obligation faite aux parties de recourir à l'arbitrage découle des règles relatives à la notion de convention d'arbitrage. Généralement, la formule adoptée s'inspire de l'art. 7 Loi-type CNUDCI de 2006 (Option I)¹²⁰³.

Celui qui enfreint cette obligation se rend créancier d'un «*reproche juridique*»¹²⁰⁴. Le reproche juridique dont il est question consiste, à nos yeux, dans la constatation de la prévalence de l'arbitrage au moyen de l'exception d'arbitrage ou d'une *actio ex contractu* tendant à l'exécution *in natura* de la convention d'arbitrage et/ou, le cas échéant, au versement de dommages-intérêts¹²⁰⁵. En effet, nous considérons qu'une convention d'arbitrage dépourvue d'effets obligatoires est inefficace ou pathologique.

¹²⁰¹ La Suisse fait partie de cette dernière catégorie, dans la mesure où l'art. 186 al. 1 LDIP ne se réfère qu'à l'effet positif de la compétence-compétence.

¹²⁰² Cf. n° 264 ss et n° 669 s.

¹²⁰³ Cf. n° 576 ss.

¹²⁰⁴ LLOPIS-LLOMBART, p. 87.

¹²⁰⁵ Cf. n° 583 ss.

- 707 Pour la doctrine arbitrale, l'obligation de *non facere* de la convention d'arbitrage est implicite et sa violation porte atteinte au principe de *pacta sunt servanda*. L'efficacité de l'effet négatif est expressément contenue dans les lois d'arbitrage de la Bolivie, de l'Equateur et du Venezuela. Au Guatemala et au Panama, cette interdiction résulte de l'interprétation *extensive* des dispositions concernées. En outre, la violation d'une obligation de ne pas faire est sanctionnée, dans l'ensemble des pays d'Amérique latine, par des dommages-intérêts destinés à la réparation du préjudice qui en résulte¹²⁰⁶.
- 708 Quant à la question de savoir si le tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur ce type de prétentions ou si, au contraire, la compétence appartient au juge étatique, nous sommes d'avis que, compte tenu du fait que dans toutes les législations étudiées – sauf au Nicaragua¹²⁰⁷ –, les différentes techniques dilatoires n'empêchent pas la procédure arbitrale de se poursuivre, il est conforme aux principes *in favor arbitrandum*, d'économie de procédure et d'efficacité maximale que le tribunal arbitral se prononce, à titre de question connexe avec la cause pendante (compétence par attraction), sur la demande en dommages-intérêts découlant de la violation de la convention d'arbitrage¹²⁰⁸.
- 709 Le préjudice réparable correspond au *damnum emergens*. Il couvre notamment les dépens, les frais légaux et les autres frais indemnifiables, comme par exemple les frais de déplacement jusqu'au lieu de l'arbitrage, les frais de séjour, ou encore les honoraires d'avocats. En revanche, la question de la réparation du *lucrum cessans* est plus délicate. La doctrine ibéro-américaine semble toutefois l'accepter avec une certaine retenue. Nous estimons que, dans le but de parer à la difficulté de savoir dans quelle mesure la violation de la convention d'arbitrage provoque une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif et, le cas échéant, de son calcul, il est recommandé de prévoir une clause pénale déterminant à l'avance quelle sera la sanction pécuniaire applicable au cas où l'une des parties n'exécuterait pas les obligations relatives à la convention d'arbitrage¹²⁰⁹.
- 710 Parmi les obligations accessoires de la convention d'arbitrage, la confidentialité de l'arbitrage trouve une place toute particulière, puisqu'elle ne fait pas l'unanimité. En effet, à l'heure actuelle, il n'existe pas de consensus quant au sens qu'il convient de lui attribuer et quant à la portée absolue ou non des postulats qu'elle contient. A notre avis, la confidentialité doit être considérée comme un devoir implicite en arbitrage international, car il est constant que les parties à la convention d'arbitrage tiennent la confidentialité comme un attribut indissociable de la procédure arbitrale. Selon nous, l'objet de la confidentialité porte notamment sur le caractère secret de l'existence de l'arbitrage, sur les audiences devant les arbitres, sur les documents utilisés pendant la procédure, sur les décisions prises par le tribunal arbitral – même à l'égard de tierces personnes –, y compris les ordonnances de procédure et sur la sentence arbitrale et, bien évidemment, sur le déroulement de toutes les étapes de la procédure arbitrale proprement dite. Toutefois, il ne s'agit pas d'un principe absolu, mais d'un principe relatif connaissant des limites¹²¹⁰.
- 711 L'obligation de confidentialité ne trouve sa source ni dans le droit conventionnel ni dans la Loi-type CNUDCI. Il est donc indispensable de se tourner vers les lois nationales et les règlements d'arbitrage. Des législations analysés ici, seules celles de la Bolivie, du Costa Rica (art. 38 LA-Cr), de l'Equateur (art. 34 LAM-Eq), du Salvador (art. 4 ch. 3 LMCA-Sv), du Nicaragua (art. 3 LMA-Ni), du Pérou (art. 51 LA-Pe)¹²¹¹ et de la République Dominicaine (art. 22 al. 2 LAC-Rép.Do) traitent de la question, soit de manière très succincte, soit de manière détaillée¹²¹².

¹²⁰⁶ Cf. 601 ss.

¹²⁰⁷ Dans ce pays, l'arbitrage doit être suspendu pendant la procédure de récusation (art. 35 al. 4 LMA-Ni) ou à l'occasion d'un recours en annulation contre une sentence partielle déclarant la compétence du tribunal arbitral (art. 42 al. 3 LMA-Ni).

¹²⁰⁸ Cf. n° 606 ss.

¹²⁰⁹ Cf. n° 613.

¹²¹⁰ Cf. n° 624.

¹²¹¹ Dans ce pays, la question fait l'objet d'un traitement détaillé. En effet, outre la consécration du principe de confidentialité, l'art. 51 LA-Pe précise que, sauf accord contraire, le respect de cette obligation incombe *ratione personae* non seulement aux parties et à ses mandataires, mais aussi à l'institution arbitrale dans laquelle se déroule l'arbitrage, au tribunal arbitral, à son Secrétaire, aux témoins et aux experts ayant participé à la procédure. Quant au champ *ratione materiae*, le devoir de confidentialité couvre les informations – documentées ou non – relatives à la procédure arbitrale, y compris la sentence et toute autre information dont les différents intervenants à la procédure auraient pu avoir connaissance au cours du procès.

¹²¹² Cf. n° 619 ss.

Commentaire final

L'analyse des vingt juridictions nous permet de constater la remarquable évolution des législations latino-américaines en faveur de l'arbitrage depuis le milieu des années quatre-vingt-dix du siècle passé¹²¹³. En effet, malgré quelques imperfections dues à l'inexpérience et à la méconnaissance, les régimes étudiés ici se sont dotés d'un solide bagage législatif – produit de l'influence de la Loi-type CNUDCI – répondant aux exigences contemporaines du commerce international. 712

Chaque pays d'Amérique latine doit prendre conscience du fait que s'il veut véritablement devenir une place arbitrale attrayante, il doit commencer par mettre en application les préceptes de l'arbitrage au niveau national. Chacun d'eux doit également s'affranchir du joug des aspects négatifs de la constitutionnalisation de l'arbitrage, en particulier des recours d'inconstitutionnalité exercés contre les lois d'arbitrage et contre les sentences arbitrales. Ce n'est qu'après cette émancipation que chaque pays pourra prétendre offrir les meilleures conditions de sécurité juridique pour le déroulement des arbitrages internationaux sur son territoire, avançant ainsi dans la bonne direction. 713

D'ici là, il va sans dire qu'en Amérique latine, l'efficacité des divers régimes d'arbitrage international doit passer par la mise en place de formations spécialisées, adressées tant aux praticiens de l'arbitrage qu'aux juges étatiques, propres à susciter l'implantation définitive de la culture arbitrale dans cette région du monde, faute de quoi ces avancées courent le risque de demeurer de simples évolutions «techniques» dépourvues d'une réelle portée. Bien évidemment, l'intensité de ce besoin varie selon les pays considérés. Ainsi, par exemple, le Pérou jouit indéniablement, dans ce domaine, d'une expérience accrue, alors qu'au Costa Rica – pays qui s'est dotée en 2011 d'une loi moderne d'arbitrage – elle fait défaut, la jurisprudence arbitrale n'y ayant pas toujours été favorable à l'arbitrage. 714

Une remarque comparative finale eu égard au droit suisse de l'arbitrage s'impose. Comme nous l'avons vu, le droit suisse de l'arbitrage est de conception libérale. Ainsi, par exemple, il ne contient ni définition de la convention d'arbitrage, ni dispositions relatives à la convention d'arbitrage par référence ou par adhésion. Il ne contient pas non plus de définitions de l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* ou de l'obligation de confidentialité. Ce choix législatif s'explique par la volonté du législateur d'user de notions ou de qualifications larges, de manière à englober des situations, des institutions ou des définitions étrangères au droit suisse. Il va de soi que cette souplesse est la clé du succès du droit suisse dans ce domaine. A cela s'ajoutent bien évidemment la longue tradition arbitrale suisse et l'expérience des praticiens et juges helvétiques qui contribuent, par leur travail de qualité, à faire de l'arbitrage suisse l'un des plus prisés au monde. 715

Même si cela dépasse le champ d'étude de cette thèse, nous nous devons de faire une ultime réflexion sur les challenges qui attendent les pays d'Amérique latine au tournant. Selon nous, le défi le plus important auquel ces pays devront faire face dans les années à venir est en rapport avec l'arbitrage d'investissement. En effet, la région connaît un regain d'hostilité à l'égard de ce type d'arbitrages, hostilité relayée par les pays de l'Alba, en particulier par la Bolivie, par l'Equateur et par le Venezuela. 716

¹²¹³ Pour avoir un panorama comparatif complet cf. les états des lieux dressés par FRUTOS-PETERSON, p. 9 ss; FAUVARQUE-COSSON/WALD, p. 217 ss; FOLLONIER-AYALA 2013, p. 110 ss; FOLLONIER-AYALA, p. 15 ss; CONEJERO ROOS 2005, p. 89 ss; CONEJERO ROOS 2009, p. 57 ss; MANTILLA-SERRANO, p. 561 ss; VASQUEZ PALMA 2009, p. 109 ss; SANTOS BELANDRO 2010, p. 78 ss et VON WOBESER, p. 257 ss.

Thèses

- I. Avec le récent développement du phénomène de constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine, une nouvelle conception sur la nature juridique de l'arbitrage a vu le jour sur ce continent: la **théorie constitutionnelle de l'arbitrage**.
- II. La nature juridique de l'arbitrage est **contractuelle**, car c'est de la volonté des parties que les arbitres tiennent exclusivement leur compétence. Cela étant, l'aspect procédural de l'arbitrage est en réalité un effet du contrat d'arbitre.
- III. En matière arbitrale, il est préférable de parler de «**précédent arbitral de facto**» en lieu et place de jurisprudence arbitrale, car l'aspect organique, l'aspect d'homogénéité et – dans une moindre mesure – , l'aspect publicitaire, propres à la jurisprudence étatique, font défaut à cette dernière. Par conséquent, il est difficile de concevoir les sentences arbitrales comme une source *lato sensu* du droit de l'arbitrage. En outre, le concept de «précédent arbitral de facto» se rapproche de la notion suisse d'«**autorités de droit**», dans la mesure où le juge ne doit pas obligatoirement les appliquer, mais uniquement s'en inspirer.
- IV. La convention d'arbitrage produit en règle générale des **effets matériels**. Elle est donc soumise aux règles contractuelles. Cependant, le **compromis arbitral judiciaire** produit des **effets procéduraux**, parce qu'il intervient en cours de procédure, et parce que par ce biais les parties renoncent à la juridiction étatique.
- V. La convention d'arbitrage peut, selon les circonstances, être tantôt l'**accessoire** du contrat de base, tantôt être un contrat **principal**. Il n'y a aucune contradiction dans la coexistence du caractère accessoire de la convention d'arbitrage et du principe de séparabilité.
- VI. Le terme «**séparabilité**» doit s'employer pour désigner ce que l'on entend généralement par «*autonomie matérielle*» de la convention d'arbitrage, alors que le terme «*autonomie*» doit s'utiliser pour désigner l'«*autonomie juridique*».
- VII. Il y a lieu de distinguer les **effets de la convention d'arbitrage** (positif et négatif) et les **effets du principe de *Kompetenz-Kompetenz*** (positif et négatif). En effet, les premiers trouvent leur fondement dans la volonté des parties, alors que les deuxièmes trouvent leur source dans la loi.
- VIII. Les effets de la convention d'arbitrage – en tant que contrat de droit privé – sont de nature matérielle. Les parties s'y engagent positivement à déférer aux arbitres les litiges visés par la convention, et négativement à ne pas recourir, en ce qui concerne les mêmes litiges, aux juridictions étatiques. En revanche, les **effets du principe de *Kompetenz-Kompetenz*** sont de **nature procédurale**, car son aspect positif autorise le tribunal arbitral à statuer en premier, en cas de contestation, sur sa compétence, sous réserve du contrôle ultérieur du juge étatique, et son aspect négatif interdit au juge étatique saisi au fond du litige, au mépris de l'existence d'une convention d'arbitrage, de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage et la compétence du tribunal arbitral.
- IX. Le tribunal arbitral est **compétent par attraction** pour se prononcer sur les prétentions issues de la violation de la convention d'arbitrage.
- X. L'**exception d'arbitrage** est une **incombance de nature matérielle** en dépit du fait qu'elle est soulevée au sein d'une procédure engagée devant les tribunaux étatiques. En effet, la faculté d'objecter la compétence des tribunaux étatiques est née avec la conclusion de la convention d'arbitrage

INDEX

À défaut d'indication, les numéros renvoient aux pages.

A**Accords**

- Accord de Cartagena, 66
- Accord de libre-échange Nord-Américain (ALENA), 67
- Accord du Mercosur, 63
 - art. 1, 63
 - art. 23, 65, 301
 - art. 25 al. 3, 66, 301
 - art. 3, 64
 - art. 5, 65
 - art. 6 al. 5, 65

Amparo Constitucional. *Voir Recours constitutionnel*

Arbitrabilité

- arbitrabilité objective, 186–98
 - critère de la libre disponibilité, 188
 - critère de la patrimonialité, 189
 - droit applicable, 196
- arbitrabilité subjective, 161–84

Arbitrage

- ad hoc*, 68
- CIRDI, 50
- institutionnel, 68
- interne/international. *Voir Internationalité*
- nature juridique, 99–108
 - théorie autonome, 105
 - théorie constitutionnelle, 106
 - théorie contractuelle, 100
 - théorie juridictionnelle, 101
 - théorie mixte, 104

C**Capacité de l'Etat, 164–72****Clause**

- abusive, 133, 135, 137
- opting-in/opting-out*, 35
- pénale, 270, 279, 317

CNUDCI

- Loi-type CNUDCI, 54–62
 - art. 1 al. 1, 54
 - art. 7, 60
 - but, 54
 - réception directe, 55
 - réception indirecte, 55
 - recommandations, 62

Confidentialité, 271–80**Constitutionnalisation, 12–27**

- fondement, 15, 17
- références directes, 16
- références indirectes, 16

Convention

- de droit international privé de 1928, 39

- de Genève de 1927, 38
- de Montevideo de 1979, 48
- de New York de 1958, 40–43
 - art. I, 41
 - art. II, 40
 - art. II ch. 2, 62
 - art. V, 42, 43
 - art. VII, 62
 - champ d'application, 41
 - réserve de commercialité, 42
 - réserve de réciprocité, 41
- de Panama de 1975, 44–48
 - art. 1, 46
 - art. 2, 46
 - art. 3, 46, 79
 - art. 4, 46
 - art. 5, 47
 - champ d'application, 45
- de Washington de 1965, 50
- européenne de 1961, 43

Convention d'arbitrage

- accord des volontés, 159
- autonomie. *Voir Séparabilité*
- clause compromissoire, 119
- compromis arbitral, 119
- concept, 115–21
- conditions de fond, 156
- conditions de forme, 141–55
- définition selon le droit suisse, 120, 305
- définition selon les droits latino-américains, 121, 306
- détermination du litige, 185
- effets
 - obligation de non faire, 260–70
 - obligations accessoires, 270–86
 - obligations de faire, 249–60
- éléments essentiels, 158–86
- examen *prima facie*, 72, 74, 181, 223, 224, 232, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 261
- extension, 172–84
- extinction, 287–323
- fonction *ad probationem*, 141
- fonction *ad validitatem*, 141
- formation, 139–98
- interprétation, 157
- nature juridique, 122
- par contrat d'adhésion, 130–38
- par oral, 148–54
- par référence, 125–30
 - renvoi global, 125, 177
 - renvoi spécifique, 125
- partie faible, 120
- parties. *Voir Arbitrabilité subjective*
- pathologique, 157
- qualification, 112

Culpa in contrahendo, 156**D****Doctrine CALVO, 14**

Droit

de la concurrence, 180, 191, 193, 194, 197
 de la consommation, 130, 131, 134, 136, 259
 de la propriété intellectuelle, 191, 192, 195, 197, 312

Droit applicable

à la convention d'arbitrage, 166, 196, 264, 266
 au contrat principal, 37
 au fond, 43, 52, 158, 175, 264, 266
 aux pouvoirs du représentant, 159

I**Institutions arbitrales**

Association américaine d'arbitrage (AAA), 76
 Câmara de arbitragem empresarial (CAMARB), 88
 Câmara de mediação e arbitragem do Centro das indústrias do Estado de São Paulo, 88
 Centre d'Arbitrage de la Chambre de commerce américaine au Pérou (AMCHAM Pérou), 90
 Centre d'arbitrage du Mexique (CAM), 90
 Centre d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de commerce de Bogotá (CAC), 89
 Centre d'arbitrage et de médiation commerciale pour les Amériques (CAMCA), 80
 Centre d'arbitrage et médiation de Santiago (CAM Santiago), 89
 Centre de conciliation et arbitrage national et international de la Chambre de commerce de Lima (CCANI), 89
 Centre de médiation et d'arbitrage commercial de la Chambre argentine de commerce (CEMARC), 88
 Centre de médiation et d'arbitrage commercial de la Chambre nationale de commerce de la Ville de Mexique (CANACO), 90
 Centro empresarial de mediación y arbitraje (CEMA), 88
 Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), 78
 Conselho Nacional das instituições de mediação e arbitragem (CONIMA), 88
 Cour internationale d'arbitrage (CCI), 70

Internationalité, 199–208**J****Jurisprudence arbitrale. Voir Précédent arbitral****K****Kompetenz-Kompetenz**

effet négatif, 232–44
 effet positif, 220–32

M**Mandato de segurança. Voir Recours constitutionnel****O****Ordonnance**

de procédure, 258, 274, 318
ex parte, 84, 86
 préliminaire. *Voir ex parte*

Ordre public, 27, 33, 43, 44, 50, 187, 192, 193, 196, 197, 213, 226, 230, 272, 298**P****Précédent arbitral, 91**

aspect d'homogénéité, 92, 94
 aspect organique, 92, 93
 aspect publicitaire, 92, 96
 élément institutionnel, 92
 élément normatif, 92
 jurisprudence *de facto*, 97
 jurisprudence *de iure*, 97
loi d'imitation, 92
 loi de continuité, 92
 reproductibilité, 94
stare decisis, 95

Principe

confidentialité. *Voir Confidentialité*
 d'autonomie procédurale, 46
 d'économie de la procédure, 161
 d'efficacité maximale, 47, 48, 62, 151, *Voir*
 d'utilité de la procédure, 161
 de *Kompetenz-Kompetenz*. *Voir Kompetenz-Kompetenz*
 de l'autonomie de la volonté, 131, 245, 266
 de l'efficacité de la convention d'arbitrage, 115
 de l'inséparabilité du pouvoir judiciaire, 21
 de l'intégralité de l'arbitrage, 17
 de l'*estoppel*, 164, 178
 de la bonne foi, 85, 126, 135, 157, 182, 245, 281, 311
 de la liberté contractuelle, 14, 20
 de la séparabilité. *Voir Séparabilité*
 de souveraineté, 165
 de subsidiarité, 50
 du consensualisme, 114
 du juste équilibre des prestations, 135
 du système d'immunité relative, 171
exceptio est strictissimae interpretationis, 157
favor arbitralis, 237
in dubio contra stipulatorem, 136
in favor arbitrandum, 157, 258, 269, 317
in favor negotii, 157
in favorem validitatis, 65, 144
lex posterior derogat priori, 47
locus regit actum, 65
locus regit actum, 265
non concedit venire contra factum proprium, 164
pacta sunt servanda, 100, 122, 131, 245, 249, 259, 263, 306, 316
res inter alios acta, 122, 140, 172, 175, 184, 245, 248, 274, 307, 311

Protocoles

de Genève de 1923, 38
 Protocole d'Ouro Preto de 1994, 63
 Protocole de Cochabamba, 66

R**Recours**

constitutionnel, 17–27, 26
 en annulation, 18, 24, 27, 43, 59, 60, 92, 104, 165, 196,
 198, 231, 269, 278, 288, 297, 304, 317

Règlement suisse d'arbitrage international

art. 1 al. 4, 86
 art. 43, 86

Règlements d'arbitrage**Règlement CCI**

art. 1 al. 1, 73
 art. 1 al. 2, 70, 75
 art. 10, 74
 art. 14 al. 4, 73
 art. 14 al. 4 let. a, 75
 art. 23 al. 1, 72
 art. 24 al. 2, 72
 art. 29, 73, 75
 art. 31 al. 2, 72
 art. 33, 72
 art. 4, 71, 74
 art. 6 al. 3, 72, 73
 art. 7, 72
 art. 7 al. 1, 74
 art. 7 al. 2, 74
 art. 8, 73, 74
 art. 9, 73, 74

Règlement CNUDCI, 80**Règlement suisse d'arbitrage international**

art. 1, 83
 art. 11, 83
 art. 12, 83
 art. 13 al. 2, 83
 art. 13 al. 2 let. b, 83
 art. 15 al. 3, 84
 art. 15 al. 7, 84, 85
 art. 16, 83
 art. 16 al. 4, 84
 art. 26 al. 3, 84

art. 3 al. 1, 84
 art. 3 al. 7, 84
 art. 4, 84
 art. 4 al. 1, 83
 art. 4 al. 2, 85
 art. 42, 84
 art. 43, 84
 art. 5 al. 3, 83
 art. 6 al. 4, 84

S**Sentence**

de procédure, 258
extra petita, 27, 42, 72, 267, 268
extra potestatem, 267, 268
 finale, 231
 incidente, 231
infra petita, 27, 72

Séparabilité, 211–19**Sources**

d'origine communautaire, 62–68
 Accord de libre-échange Nord-Américain, 67
 Communauté andine des nations, 66
 Marché commun du Sud, 62
 d'origine étatique, 12–37
 constitutionnelles, 12–27
 législatives, 28–37
 formes législatives, 30
 système dualiste, 33
 système moniste, 33
 d'origine internationale, 38–62
 d'origine privée, 68–98

T

Tutela Constitucional. Voir Recours constitutionnel

TABLE DES PRINCIPALES DÉCISIONS CITÉES

À défaut d'indication, les numéros renvoient aux pages.

A

Arbitrabilité objective

Brésil

Décision du Tribunal Supérieur de Justice, RESP n° 778154/BA de 2005, 98

Colombie

Décision de la Cour Constitutionnelle, C-098 du 2001, du 31 janvier 2001, 98

Décision de la Cour Constitutionnelle du 20 février 1995, T-057/1995, 96

Suisse

ATF 118 II 193, 95, 97, 157

ATF 118 II 353, 95, 97, 99

ATF 136 III 583 c. 2.1, p. 585, 97

TF 4A_654/2011 du 23 mai 2012, 97, 99, 157

Arbitrage

nature juridique

théorie contractuelle

Suisse

ATF 130 III 66 c. 3.1, p. 70, 51

théorie juridictionnelle

Argentine

Décision de la Cour Suprême de la Nation
Rocca, J. C./Consultara, SA, du 31 mai 1999, 52

Chili

Décision de la Cour d'Appel de Santiago, *Cárter Holt Harvey/Inversiones Socoroma*, du 25 juillet 1995, 52

Colombie

Décision de la Cour Suprême de Justice n° 42 du 21 mars 1991, 52

Costa Rica

Décision de la Salle Constitutionnelle de Cour Suprême de Justice, n° 10352, *Agencia Arias Hermanos, SA/Productos Roche Interamericana*, du 22 novembre 2000, 52

Panama

Décision de la Cour Suprême de Justice, 4^e Salle des affaires générales, *Greenhow Associates Ltd./Refinería Panamá SA*, du 14 février 2005, 52

Pérou

Décision du Tribunal Constitutionnel du 28 de février 2006, *Fernando Cantuarias Salaverry*, Exp. n° 6167-2005-PHC/TC, 52

Venezuela

Décision de la Cour Suprême de Justice, *Gaceta Forence*, 3^e etapa, n° 140, vol. II, p. 1017, du 17 avril 1988, 53

Décision de la Cour Suprême de Justice, Salle Politico-Administrative, TSJ/SPA/n° 01670, du 18 juillet 2000, 53

théorie mixte

Costa Rica

Décision de la Cour Suprême de Justice du Costa Rica, Salle 1^e, n° 316-F-02 de 16:00h du 17 avril 2002, 54

B

Bonne foi

effets

Suède

Décision de la Cour d'Appel, *AI Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd*, du 30 mars 2000, 142

Suisse

ATF 108 Ia 197 c. 3, p. 201, 44, 142

ATF 111 Ia 259 c. 2b, p. 262, 44, 142

C

Convention d'arbitrage

accessoriété

Suisse

ATF 120 II 155 c. 3b/bb p. 163, 58

ATF 129 III 727 c. 5.3.1, p. 735, 58

conditions de fond

Suisse

ATF 129 III 675, 80

ATF 130 III 66 c. 3.1, p. 71, 80

TF 4A.103/2011 du 20 septembre 2011, c. 3.2.1, 80

Uruguay

Décision de la Cour Suprême de Justice n° 85/2008, 75

conditions de forme

Mexique

Décision du Tribunal de *Primer Circuito*, n° 442/2004- Tesis I.30.C.475 C., *Conproca, S.A. de C.V. y otra*, du 14 décembre 2004, 75

Suisse

ATF 111 Ib 253, 72

ATF 121 III 38, 72, 73, 78

ATF 129 III 727, c. 5.3.1, p. 734, 77

effets

Angleterre

Décision de la Cour d'Appel anglaise *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* (1998) 2 All ER 136 (A.A), 140

Décision de la Cour d'Appel anglaise *Michael Wilson Partners Ltd v John Forster Emmott* [2008] EWCA Civ 184, 140

Décision *Oxford Shipping Co Ltd v. Nippon Yusen Kaisha (The Eastern Saga)* (1984) 3 All ER 835 p. 379, 137, 138

Australie

Esso Australia Resources Ltda. and Others v. The Honourable Sidney James Plowman and Others, 7 avril 1995, in: Rev. arb. 1996, p. 539 [542], 137

Chili

- Décision de la Cour d'Appel de Santiago, *Procter & Gamble Inc./Agencia Almadena, S.A.*, du 2 juin 1999, 124
- Etats-Unis**
Décision de la *Federal District Court of Delaware, United States v. Panhandle Eastern Corp. et al.*, 118 F.R.D 346 (1988, Del.), de 1988, 137
- France**
Décision de la Cour d'Appel de Paris, *Aïta c/ Ojeh*, du 18 février 1986, 138
- Mexique**
Décision du troisième Tribunal collégial en matière civile du 1^e arrondissement, thèse I.30.C.475 C, in *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI*, avril 2005, Novena época, p. 1341, 133
Décision du troisième Tribunal collégial en matière civile du 1^e arrondissement, thèse I.30.C.566 C *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, mars 2007, Novena época, p. 1730, 133
- Suède**
Décision de la Cour Suprême, *AI Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd*, du 27 octobre 2000, 137
Décision de la Stockholm City Court, *AI Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.*, de 1998, 140
- Suisse**
ATF 116 II 639 c. 3a, p. 642, 135
ATF 120 II 155 c. 3 b, p. 164 ss, 130
ATF 127 III 300 c. 5b, p. 304 s., 131
ATF 129 III 727 c. 5.3.2, p. 736, 133
TF 4A_73/2011 du 2 mai 2002, c. 4, 131
TF 4P.114/2001 du 19 décembre 2001, c. 2a, 135
TF 4P.74/2006 du 19 juin 2006, 139
- Uruguay**
Décision de la Cour Suprême de Justice n° 43 du 24 mars 2006, 134
- extension**
- Colombie**
Décision de la Cour Suprême de Justice, Salle de Cassation Civile, Exp. n° 183-01, *Duran, L.A./Bancolombia, S.A.*, du 11 mai 2001, 94
- Etats-Unis**
Décision de la US Court of Appeal for the Second Circuit, *Thomson- CSF SA. c/ Evans & Sutherland Computer Corporation*, 64 E.3rd 773, 776 (2d Cir. 1995), 93
- France**
Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. C), *Société Glencore Grain Rotterdam c/ Société Afric*, du 23 novembre 1999, 90
Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. suppl.), *Société Freyssinet international c/ Renardet et autres*, du 28 février 1992, 90
Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. suppl.), *Société Ofer Brothers c/ The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd et autres*, du 14 février 1989, 90
Décision de la Cour d'Appel de Paris (1^e Ch. urg), *Société Kornas Marma c/ Société Durand-Auzias*, du 30 novembre 1988, 90
- Décision de la Cour de Cassation (Ch. commerciale), *Pepratx c/ Fichou*, du 5 mars 1991, 90
- Décision de la Cour de Cassation civile, 1^e chambre civile, du 20 septembre 2006, 90
- Décision du 21 octobre 1983 de la Cour d'Appel de Paris, 88
- Décision du Tribunal de Commerce de Bobigny, *Société Sofremines c/ Société Samin*, du 29 mars 1990, 90
- Mexique**
Décision du Tribunal de *Primer Circuito*, n° 442/2004– Tesis I.30.C.475 C., *Conproca, S.A. de C.V. y otra*, du 14 décembre 2004, 88, 94, 157
- Suisse**
arrêt du Tribunal fédéral du 8 avril 1999, in: SJ 2001 I 165, 89
ATF 120 II 155 c. 6 c/bb ss., p. 171 s, 89
ATF 129 III 727, 89
ATF 134 III 565, 89
ATF 134 III 565 c. 3, p. 567 ss, 88
TF 4A_376/2008 du 5 décembre 2008, c. 8.5.2, 88
TF 4A_44/2011 du 19 avril 2011, c. 2.4.1, 89
TF 4P.48/2005 du 20 septembre 2005, c. 3.4.1, 89
- Uruguay**
Décision n° 3652/2004, Tribunal de première instance en matière civile, 92
- notion**
- Suisse**
ATF 130 III 66 c. 3.1, p. 70, 62, 154
- par contrat d'adhésion**
- Argentine**
Décision de la Chambre d'Appel en matière civile et commerciale de Mar del Plata, 1^e Salle, *Maria E. González c/Persa S.A.*, du 2 avril 1997, 68
Décision de la Chambre d'Appel en matière civile et commerciale de Tucumán, 1^e Salle, *Rafael Rolando Rodríguez c/Citibank N.A.*, du 2 octobre 1997, 68
Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle D, *Bear Service S.A. c/Cervecería Modelo S.A.*, c. 2b ii, du 22 février 2002, 68
- Colombie**
Décision de la Cour Constitutionnelle de 1997, T-307/1997, 69
Décision de la Cour Constitutionnelle de 1997, T-375/1997, 69
Décision de la Cour Constitutionnelle de 1998 SU-039/1998, 69
Décision de la Cour Constitutionnelle, SU-174/2007, du 14 mars 2007, 67, 69
- Equateur**
Décision de la Cour Suprême de Justice, 1^e Salle civile et commerciale, *José Luis Orellana Salcedo v. Bolívar Compañía de Seguros S.A.* Résolution 261-2003, 69
- Panama**
Décision Cour Suprême de Justice, *Pysca Panamá, S.A.*, du 13 de décembre de 2001, 70
Décision de la Cour Suprême de Justice, *C. Fernie & Co., S.A. c./Universal compañía de seguros y reaseguros S.A.*, du 29 octobre 1992, 70

Décision du Troisième Tribunal Supérieur de Justice du 1^e district judiciaire du 27 novembre 2007, 70

Uruguay

Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 43, du 24 mars 2006, 70

par référence

Argentine

Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle C, *Atuel Fideicomisos S.A. c/Fondo solidario para empleados asociación civil*, ED 201-212, du 18 août 2002, 66

Suisse

ATF 129 III 727 c. 5.3.1, 66, 155
TF 4P.126/2001 du 18.12.2001, c. 2c et 2e/bb, 66, 155

renvoi spécifique/renvoi global

Suisse

ATF 110 II 54 c. 3 c/bb, p. 59, 64, 65
TF 4P.230/2000 du 07.02.2001, c. 2, 64

Convention de New York

Angleterre

Décision de la Cour d'Appel, *Zambia Steel & Buiing Supplies Ltd. V. James Clark & Eaton Ltd.* [1986] 2 Lloyd's Rep. 225, CA (Civ. Div), du 16 mai 1986, 21

Autriche

Décision de Cour Suprême, *Redenska c/ Kajo*, in: Rév. arb. 1998, p. 419, 23

Norvège

Décision du Tribunal d'Appel de Halogaland du 16 août 1999, 21

Suisse

ATF 121 III 38, 21

E

Eléments essentiels

accord des volontés

Colombie

Décision du Conseil d'Etat, n° 18063, du 16 février 2001, 82

Costa Rica

Décision du *Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda*, n° 132 – 15:45h du 30 avril 2004, 82

Mexique

Décision du Tribunal de *Primer Circuito* (première instance fédérale), n° 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C. *Conproca, S.A. de C.V. y otra*, du 14 décembre 2004, 82

Suisse

ATF 128 III 50 c. 2c/aa, p. 58, 82
ATF 129 III 675, 82
ATF 138 III 29 c. 2.3.2, p. 37 ss, 82
TF 4A_279/2010 du 25 octobre 2010, 81
TF 4A.103/2011 du 20 septembre 2011, c. 3.2.1, 82

Venezuela

Décision de la Salle Politico-Administrative du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SPA/n° 187, *Guzberg, C.A. c/Unidad de Gestión del Plan de*

desarrollo socioeconómico de la región sur del Estado Monagas, du 1^e février 2006, 82

Décision du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SPA/n° 855, *Elettronica Industriale S.P.A. c/ Venezolana de Televisión C.A.*, du 5 avril 2006, 81

détermination des parties

Colombie

Décision de la Cour Constitutionnelle C-1436 de 2000 du 25 octobre 2000, 86
Décision de la Cour Constitutionnelle, SU-174 de 2007, *Departamento del Valle c/ Concesiones de infraestructura S.A.*, du 14 mars 2007
Décision SU-174 de 2007, 86
Décision du Conseil d'Etat n° 34302 du 15 octobre 2008, 86
Décision du Tribunal Supérieur de Justice, RESP n° 612.439/RS du 25 octobre 2005, DT. 14 novembre 2006, 87

Suisse

ATF 121 III 38, 83
ATF 122 III 139, 83
TF 4A_279/2010 du 25 octobre 2010, c. 2, 83

Venezuela

Décision du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SC/n° 09-573, du 3 novembre 2010, 87
Décision du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SC/n° 123, *Fermín Toro Jiménez y otros*, du 11 février 2009, 87
Décision du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SC/n° 1541 du 17 octobre 2008, 87
Décision du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SPA/n° 855, *Elettronica Industriale S.P.A. c/ Venezolana de Televisión C.A.*, du 5 avril 2006, 87

détermination du litige

Colombie

Décision de la Cour Constitutionnelle, C-330 de 2000, du 22 mars 2000, 95

Suisse

Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 8 février 1996, in: Bull. ASA 1998, p. 142 ss., 95

I

Internationalité

Brésil

Décision du Tribunal Supérieur de Justice, 3^e Chambre, *Nuovo Pignone SpA v. Petromec Inc.*, du 24 mai 2011, 105

Suisse

ATF 118 II 508 c. 1, 102
TF 4P.115/2003 du 16 octobre 2003, c. 2.1, 102
TF 4P.54/2002 du 24 juin 2002, c. 3, in: Bull. ASA 2003, p. 131, 102

K

Kompetenz-Kompetenz

effet négatif

Argentine

- Décision de la Chambre d'Appel en matière commerciale, Salle D, *Amadori, Luis A./Pirovano de Badariotti, Raquel F., y otro*, du 8 mars 2003, 122
- Décision de la Chambre d'Appel en matière commerciale, Salle D, *Reef Exploration Inc. v. Cía. General de Combustibles SA*, LL 2003-E-937 du 5 novembre 2002, 122
- Décision de la Cour Suprême de Justice, *Basf Argentina S.A. c. Capdevielle Kay y Cía. S.A.*, du 11 mai 2004, 122
- Décision de la Cour Suprême de Justice, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*, LL 2005-D, du 5 avril 2005, 122
- Brésil**
- Décision de la Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul, *TFL Italia v. Coraquim Industria de Produtos Quimicos e Representações LTDA*, du 12 novembre 2008, 122
- Décision de la Cour d'Appel de l'Etat São Paulo du 12 avril 2012, 122
- Décision du Tribunal Supérieur de Justice, *America v. Compushopping Informatica Ltda. Y otros*, du 11 avril 2003, 122
- Décision du Tribunal Supérieur de Justice, *Samarco Mineração S/A v. Jerson Valadares Da Cruz*, du 21 mai 2013, 122
- Chili**
- Décision de la Cour Suprême de Justice, 1^e Salle, *Torres González, Germán/Ponce Jerez, Eduardo Alfonso*, du 21 mars 2005, 118
- Décision de la Cour Suprême de Justice, *Jorge Filiador Fernández Serrano/Sociedad Forestal Vildósola Ltda*, du 26 avril 2001, 122
- Suisse**
- ATF 121 III 38 c. 2b, p. 42, 119
- ATF 122 III 139, 119
- Uruguay**
- Décision de la Cour Suprême de Justice n° 10298, *Acosta, Nelson y otra v. Prudential Equity Group inc. y otro*, du 24 mars 2006, 123
- Décision du Tribunal d'Appel en matière civile n° 363, *Sagast Ltda c/ Cooperativa de viviendas de Galicia iv (coviga iv) y otro*, du 12 décembre 2007, 123
- Venezuela**
- Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice TSJ/SC/n° 09-573 du 3 novembre 2010, 119
- effet positif**
- Argentine**
- Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle B, *Cía. General de Combustibles SA*, JA 2001-III-53, du 23 septembre 1999, 114
- Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle D, *Reef Exploration Inc. v. Cía. General de Combustibles SA*, LL 2003-E-937, du 5 novembre 2002, 114
- Décision de la Cour Suprême de Justice, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*, LL 2005-D, du 5 avril 2005, 114
- Décision de la Cour Suprême de Justice, *La Nación SA v. La Razón SA*, du 1^e novembre 1988, 114
- Décision de la Cour Suprême de Justice, *SA Energomachexport v. Establecimientos Miron SAICIFA*, du 11 juillet 1997, 114
- Brésil**
- Décision de la Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE v. Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe*, du 12 juin 2013, 114
- Décision de la Cour d'Appel de l'Etat de Rio Grande do Sul, *TFL Italia v. Coraquim Industria de Produtos Quimicos e Representações LTDA*, du 12 novembre 2008, 115
- Mexique**
- Décision de la Cour Suprême de Justice n° 51/2005 du 11 janvier 2006, 112
- Décision du 10^e Tribunal Collégial du 1^e arrondissement sur recours en révision n° 31/2005 du 1^e mars 2005, 112
- Décision du 6^e Tribunal Collégial du 1^e arrondissement sur recours en révision n° 3836/2004 du 11 novembre 2004, 112
- Suisse**
- ATF 122 III 139, 113
- Uruguay**
- Décision du Tribunal d'Appel en matière civile n°6, in: HARGAIN/MIHALI, p. 711, 115
- Venezuela**
- Décision de la Salle de Cassation civile, *Operaciones F.F.C.A*, n° RC.01314, du 19 août 2004, 116
- Décision de la Salle Politico-Administrative CSJ, *Hotel Doral CA c. Corporación L'Hoteles CA*, Expet. 2000-0775, n° 01209, du 20 juin 2001, 116
- Décision de la Salle Politico-Administrative CSJ, *Hyunday de Venezuela CA v. Hyunday Motor Company*, du 21 octobre 1999, 116
- Décision du Tribunal Suprême de Justice, Salle de Cassation civile, *Hanover PGN Compresor CA c. Consorcio COSACONVECA*, Expte. 2000-000532, du 8 février 2002, 116
- Décision du Tribunal Suprême de Justice, Salle de Cassation civile, *Promotora EP., 1697 CA c. Asociación civil El Carrao*, Expte. 04-574, n° 874, du 13 août 2004, 116
- Décision du Tribunal Suprême de Justice, Salle de Cassation civile, TSJ/SC/n° 1541 du 17, octobre 2008, 116
- L**
- Loi-type CNUDCI**
- Colombie**
- Décision de la Cour Constitutionnelle, C-1436 de 2000, du 25 octobre 2000, 30
- Décision de la Cour Constitutionnelle, C-378 de 2008, du 23 avril 2008, 30
- Décision de la Cour Constitutionnelle, C-431 de 1995, du 28 septembre 1995, 30

S

Séparabilité

Argentine

Décision de la Chambre Nationale d'Appel en matière commerciale, Salle A, *Enrique C. Welbers S.A.I.C.A.S. c. Extraktionstechnik Gesellschaft für Anlasenbav M.B.V.*, du 26 septembre 1988, 110

Décision de la Cour Suprême de Justice de la Nation, *Provincia de Buenos Aires c. Otto Franke y Compañía*, n° 128: 402 du 19 décembre 1918, 110

Bolivie

Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 060, du 29 août 2003, 110, 158

Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 27/2005, du 11 février 2005, 110, 158

Décision du Tribunal Constitutionnel, n° 017/2001, du 19 mars 2001, 110

Chili

Décision de la Cour d'Appel de Santiago, *Calzados La Florida Limitada/Calzados Crillón limitada*, du 20 mai 1980, 110

Décision de la Cour d'appel de Santiago, *Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos SACI/Distribuidora Chilectra Metropolitana, SA*, du 5 avril 1994, 110

Décision de la Cour Suprême du Chili, *Millas Navarrete Patricio*, du 26 mars 1996, 110

Colombie

Décision de la Cour Constitutionnelle, C-248, du 21 avril 1999, 109

Décision de la Cour Constitutionnelle, T-136/2003, dossier n° T-603018, du 20 février 2003, 109

Etats-Unis

Décision de la US Supreme Court, *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 US 395, du 12 juin 1967, 108

France

Décision de la Cour d'Appel de Paris, 1^e Ch. G, *Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation*, 10 septembre 2003, 107

Décision de la Cour d'Appel de Paris, 1^{er} Ch. G, *Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation*, 10 septembre 2003, 107

Décision de la Cour de Cassation civile, 1^e section, *Comité populaire de la municipalité de Khoms vs. Société Dalico Contractors*, du 20 décembre 1993, 108

Décision de la Cour de Cassation civile, 1^e section, *Hecht vs. Buisman's*, du 04 juillet 1972, 108

Décision de la Cour de Cassation civile, 1^e section, *Société Gatoil vs. National Iranian Oil Company*, du 17 décembre 1993, 108

Décision de la Cour de Cassation, 1^e Salle Civile, *Gosset c. Carapelli*, du 7 mai 1963, 108

Pérou

Décision du Tribunal Constitutionnel du 28 de février 2006, *Fernando Cantuarias Salaverry*, Exp. n° 6167-2005-PHC/TC, 109

Suisse

ATF 119 III 380 c. 4, p. 384, 109

ATF 120 II 155 c. 3b/bb p. 163, 107

ATF 128 III 50 c. 2a/bb, 107, 158

ATF 129 III 727 c. 5.3.1, p. 735, 107

ATF 134 III 565 c. 3.2, p. 568 ss, 107

ATF 59 I 177, 109

Venezuela

Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice TSJ/SC/n° 09-573 du 3 novembre 2010, 111

Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice TSJ/SC/n° 123, *Fermín Toro Jiménez y otros*, du 11 février 2009, 111

Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice TSJ/SC/n° 1541 du 17 octobre 2008, interprétation de l'art. 258 Cst.Ve, 111

Décision de la Salle Politico-Administrative TSJ/SPA/n° 2831 *Tanning Research Laboratories, Inc.*, du 12 décembre 2006, 110

Sources constitutionnelles

Brésil

Décision de la Cour Suprême Fédérale, STF-SE-5.206 du 12 décembre 2001, 11

Colombie

Décision de la Cour Constitutionnelle du 28 novembre 2002, C-1038 de 2002, 9

Décision de la Cour Constitutionnelle du 28 septembre 1995, C-431 de 1995, 9

Décision de la Cour Constitutionnelle du 6 juillet 1995, C-294 de 1995, 9

Décision de la Cour Constitutionnelle, SU-174 de 2007, *Departamento del Valle c/Concesiones de infraestructura S.A.*, du 14 mars 2007, 13

Décision de la Cour Constitutionnelle, SU-174 de 2007, *Departamento del Valle c/Concesiones de infraestructura S.A.*, du 14 mars 2007, 13

Décision de la Cour Constitutionnelle, T-466, du 9 juin 2011, 13

Décision de la Cour Constitutionnelle, T-466, du 9 juin 2011, 13

Décision de la Cour Constitutionnelle, T-481 du 11 mai 2005, 12, 14

Décision de la Cour Suprême de Justice du 21 mars 1991, 9

Décision du Conseil d'Etat, n° 16973, du 8 juin 2000, 13

Costa Rica

Décision de la Cour Suprême de Justice du Costa Rica, SC, n° 12215 de 14:45h du 5 août 2009, 10

Espagne

Décision du Tribunal Constitutionnel, STC 009/2005 du 17, 7

Mexique

Décision de la Cour Suprême de Justice, Recours en révision 237/2004 du 28 avril 2004, 10

Panama

Décision de la Cour Suprême de Justice, n° 579-1999, du 11 juin 2003, 11

Décision de la Cour Suprême de Justice, *Pysca Panamá, S.A.*, du 13 de décembre de 2001, 11

Pérou

Décision du Tribunal Constitutionnel du 28 de février 2006, *Fernando Cantuarias Salaverry*, Exp. n° 6167-2005-PHC/TC, 9, 13, 14, 54

Venezuela

Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, n° 192 du 28 février 2008, *Bernardo Weiniger y otros c/Ley de protection al consumidor y al usuario*, 9

Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SCO/n° 174, *Corporación Todosabor C.A. c/ Hagggen Dazs International Shoppe Company, Inc.*, 14 février 2006, 12

Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SCO/n° 1981, *Venezolana de Televisión, C.A. c/Electronica Industrial S.P.A.*, du 16 octobre 2001, 12

Décision de la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, TSJ/SCO/n° 2.635, *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, SA.*, du 19 novembre 2004, 12

Décision du Sixième Tribunal Supérieur, *Corporación Todosabor, C.A. c/ Hagggen Dazs International Shoppe Company, Inc.*, du 9 juin 2006, 12

Décision du Tribunal Suprême de Justice du Venezuela, TSJ/SCO/n° 827, *Grupo inmensa, C.A. y otros c/ Soficredito banco de inversión, C.A.*, du 23 mai 2001, 13

Sources privées

France

Décision de la Cour de Cassation civile, 1^e section, *Cubic*, du
20 février 2001, in: Rév. arb. 2001, n° 3, p. 511 ss, n.
Thomas Clay, 36

T

Tribunal arbitral

compétence

Suisse

TF 4A.103/2011 du 20 septembre 2011, c. 3.1.1,
57

BIBLIOGRAPHIE

- ABANTO TORRES JAIME DAVID, *El arbitraje en las sentencias del tribunal constitucional y la procedencia del recurso de amparo contra los laudos arbitrales*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 3, Lima 2006, p. 147 ss. (cité: ABANTO TORRES).
- AGUILAR FERNANDO, *La autonomía del acuerdo arbitral*, in: Tratado de arbitraje, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 45 ss (cité: AGUILAR 2011).
- AGUILAR FERNANDO, *Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 201 ss (cité: AGUILAR).
- ÁLVAREZ ÁVILA GABRIELA, *Las características del arbitraje del CIADI*, in: Anuario Mexicano de derecho internacional, Ciudad de México 2002, vol. II, p. 205 ss (cité: ÁLVAREZ ÁVILA).
- AMIGO ROMÁN CARLOS, *El sistema arbitral brasileño: la nueva ley de arbitraje (Ley 9307/1996)*, in: Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, vol. 12, n° 2, San Sebastián 2000, p. 271-286 (cité: AMIGO ROMÁN 2000).
- AMIGO ROMÁN CARLOS, *La nueva ley de arbitraje de Brasil (Ley 9307/1996)*, in: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, n° 13, Madrid 1998, p. 331 ss (cité: AMIGO ROMÁN).
- AMPRIMO PLÁ NATALE, *El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la Convención de Nueva York y la novísima Ley Peruana de arbitraje: aciertos que fortalecen el arbitraje*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 705 ss (cité: AMPRIMO PLÁ).
- AMPRIMO PLÁ NATALE, *Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc*, in: Revista Peruana de Arbitraje, n° 8, Lima 2009, p. 43 ss (cité: AMPRIMO PLÁ 2009).
- AMPRIMO PLÁ NATALE, *Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario*, in: Revista Peruana de Arbitraje, n° 6, Lima 2008, p. 101 ss (cité: AMPRIMO PLÁ 2008).
- ANZOLA ETCHEVERS JOSÉ ELOY, *Luces desde Venezuela: La administración de la justicia no es monopolio exclusivo del Estado*, Revista del Club Español de Arbitraje, vol. n° 4, Madrid 2009, p. 61 ss. (cité: ANZOLA ETCHEVERS).
- ANNICHIARICO JOSÉ/CERVIÑO ALEJANDRA, *Comentarios al régimen jurídico aplicable al arbitraje comercial internacional en Venezuela*, in: Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, primera parte, Lima 2010, p. 237 ss (cité: ANNICHIARICO/CERVIÑO).
- ARAQUE BENZO LUIS ALFREDO/ALMÁNDOZ MONTEROLA ALFREDO/ELÍAZ ANTONIO JOSÉ, *El arbitraje comercial internacional en Venezuela: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 723 ss (cité: ARAQUE BENZO/ALMÁNDOZ MONTEROLA/ALMÁNDOZ MONTEROLA).
- ARAÚZ RAMOS JUAN CARLOS, *La porfiada reforma del arbitraje en Panamá*, in: Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. VII, 2014 (n° 1), Madrid 2014, p. 143 ss (cité: ARAÚZ RAMOS).
- ARRIGHI PAUL F., *El arbitraje comercial en el derecho uruguayo*, in: The impact of Uniform Law on national Law: limits and possibilities/L'incidence du droit uniforme sur le droit national: limites et possibilités, Ciudad de México 2010, p. 240 ss. (cité: ARRIGHI).
- ARROYO MANUEL, *Arbitration in Switzerland: the practitioner's guide*, Alphen aan den Rijn, 2013 (cité: ARROYO).
- ARTACHO MARTÍN-LAGOS MARTA, *La controvertida firmeza del laudo*, in: Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, Madrid 2008, p. 191 ss (cité: ARTACHO MARTÍN-LAGOS).
- AUDIT BERNARND, *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etas/Transnational arbitration and State contracts*, Dordrecht/Boston/ Lancaster 1988 (cité: AUDIT).

- AUER ANDRES/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droit fondamentaux*, Berne 2000 (cit : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER).
- AYN S LAURENT, *Séparabilité de clause compromissoire et transaction par accessoire*, note sous Paris, 1  Ch. G, 10 septembre 2003, in: Rev. arb., 2004, n  3, p. 623 (cit : AYN S).
- BANIFATEMI YAS, *La regla de prioridad:  una prioridad en América Latina?*, in: Cuestiones claves del arbitraje internacional, Bogotá 2013, p. 81 ss (cit : BANIFATEMI).
- BAÑUELOS RIZO VICENTE, *Arbitraje comercial internacional, comentarios a la Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre derecho comercial internacional: adoptada por México, Chile, España, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Perú*, México 2011 (cit : BAÑUELOS RIZO).
- BARCHI VELAOCHAGA LUCIANO, *Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral en el Decreto legislativo n  1071*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 681 ss (cit : BARCHI VELAOCHAGA).
- BARRAGÁN ARANGO LUIS ALFREDO/RIVERA RAMÍREZ IRMA ISABEL, *Arbitraje comercial internacional en Colombia: Marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 199 ss (cit : BARRAGÁN ARANGO/RIVERA RAMÍREZ).
- BARRAL OLIVEIRA WELBER/SILVA MAILLART ADRIANA, *Brasil*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 183 ss (cit : BARRAL OLIVEIRA/SILVA MAILLART).
- BRAVO PERALTA MARTÍN VIRGILIO, *México*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 531 ss (cit : BRAVO PERALTA).
- BENETTI SALGAR JULIO J., *Arbitraje y derecho de sociedades*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 417 ss (cit : BENETTI SALGAR, *Arbitraje y derecho de sociedades*).
- BENETTI SALGAR JULIO J., *El arbitraje en el derecho colombiano*, Bogotá 2009 (cit : BENETTI SALGAR).
- BÉRAUDO JEAN-PAUL, *La confidentialité et le d lib r *, in: Les arbitres internationaux, Paris 2005, p. 101 ss (cité: BÉRAUDO).
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Berne/Vienne 2006 (cité: BERGER/KELLERHALS).
- BERSHEDA TETIANA, *Les clauses d’arbitrage statutaires en droit suisse*, in: Bull. ASA 4/2009, p. 691 ss, (cité: BERSHEDA).
- BESSON SÉBASTIEN, *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux)*, in: Bull. ASA 2007, vol. 25, né 1, p. 2 ss (cité: BESSON 2007).
- BIGGS GONZALO, *La institucionalidad Chilena y el arbitraje internacional*, in: estudios de arbitraje, libro homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago de Chile 2007, p. 351 ss (cité: BIGGS GONZALO).
- BOSCO LEE JO O, *L’arbitrage commercial international dans le Mercosur: l’Accord de Buenos Aires de 1998*, in: Revue de l’arbitrage 2004, né 3, Paris 2004, p. 565 ss (cité: BOSCO LEE).
- BOSCO LEE JO O 1997, *Le nouveau régime de l’arbitrage au Brésil*, in: Revue de l’arbitrage 1997, né 2, Paris 1997, p. 199 ss (cité: BOSCO LEE 1997).
- BOSCO LEE JO O/DE MELLO VALENCIA FILHO CLAVIO, *Commentaire de la décision “MBV Commercial and Export Management Establishment c. Resil Indústria e Comércio Ltda*, in: Revue de l’arbitrage 2003, n  2, Paris 2003, p. 529 ss (cit : BOSCO LEE/DE MELLO VALENCIA FILHO).
- BOSCO LEE JOÃO/WENDPAP ELIS, *La confirmation du critère territorial pour déterminer la nationalité d’une sentence arbitrale au Brésil*, in: Les cahiers de l’arbitrage, vol. IV, Paris 2012, p. 973 ss (cit : BOSCO LEE/WENDPAP).

- BOTERO SANCLEMENTE ANA MARÍA/CORREA HENAO NÉSTOR RAÚL, *Arbitraje internacional*, 2^o éd., Bogotá 2004 (cité: BOTERO SANCLEMENTE/CORREA HENAO).
- BOUTIN I. GILBERTO, *Del convenio arbitral a la luz del derecho interno e internacional privado panameño*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 589 ss (cité: BOUTIN I.).
- BOUTIN I. GILBERTO, *Sobre el principio de arbitrabilidad en el derecho comercial internacional y la jurisprudencia panameña*, in: Revista latinoamericana de medición y arbitraje, Ciudad de México 2007, vol. VII, n^o 1, p. 19 ss (cité: BOUTIN I. 2007).
- BREUER LUIS A./ZAVALA DIEGO M., *Paraguay*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 611 ss (cité: BREUER/ZAVALA).
- BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, *Droit international privé*, 2e éd., Bâle/Genève/Munich 2004 (cité: BUCHER/BONOMI).
- BUENO SILVIA/DE ALMEIDA LISE, *La evolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el poder judicial*, in: Revista Peruana de Arbitraje, n^o 3, Lima 2006, p. 289 ss (cité: BUENO/DE ALMEIDA).
- BULLARD GONZÁLEZ ALFREDO, *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley arbitraje peruana*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 709 ss (cité: BULLARD GONZÁLEZ).
- CHÁVEZ BARDALES ENRIQUE, *Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional*, in: Revista Lima Arbitration, n^o 3, Lima 2008/2009, p. 239 ss (cité: CHÁVEZ BARDALES).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene*, in: Revista de Derecho Privado de la Universidad Nacional Autónoma de México, Edición especial 2012, Ciudad de México 2012, p. 3 ss (cité: CAIVANO ROQUE 2012).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *La obsolescencia de la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente*, in: Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, n^o 70, Buenos Aires 2010, p. 63 ss (cité: CAIVANO ROQUE 2010).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo*, 2010/2011, Lima 2010, p. 119 ss (cité: CAIVANO ROQUE, *El deber de confidencialidad*).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *La Convención de Nueva York y la ejecución de las medidas cautelares*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjerías, Lima 2009, p. 25 ss (cité: CAIVANO ROQUE 2009).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *La cláusula arbitral, evolución histórica y comparada*, Bogotá 2008 (cité: CAIVANO ROQUE 2008).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *Retos del arbitraje frente a la administración de justicia*, in: Ponencias del congreso internacional de arbitraje 2007, primera parte, vol. 5, Lima 2007, p. 34 ss (CAIVANO ROQUE 2007).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *Arbitraje y grupos. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*, in: Revista Lima Arbitration, n^o 1, Lima 2006, p. 121 ss (cité: CAIVANO ROQUE 2006).
- CAIVANO ROQUE JERÓNIMO, *Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje*, in: Revista Peruana de Arbitraje, n^o 2, Lima 2006, p. 107 ss (cité: CAIVANO ROQUE, *Planteos de inconstitucionalidad*).
- CAMPOS L. JOSEFINA/OSSA G. FELIPE, *El acuerdo de arbitraje: la experiencia chilena*, in: Tratado de arbitraje, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 299 ss (cité: CAMPOS L./OSSA G.).
- CAMPOS MEDINA ALEXANDER, *La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos*, in: Revista Peruana de Arbitraje, n^o 3, Lima 2008, p. 307 ss (cité: CAMPOS MEDINA).
- CANTUARIAS SALAVERRY FERNANDO, *Breve descripción de la situación del arbitraje internacional en América latina*, in: Laudo, n^o 3, Lima 2004 (cité: CANTUARIAS SALAVERRY).

- CANTUARIAS SALAVERRY FERNANDO, *Convención de Nueva York Vs Convención de Panamá sobre reconocimiento e ejecución de Laudos Arbitrales*, in: Laudo, n°4, Lima 2004 (cité: CANTUARIAS SALAVERRY 2004).
- CANTUARIAS SALAVERRY FERNANDO, *El ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 717 ss (cité: CANTUARIAS SALAVERRY 2009).
- CANTUARIAS SALAVERRY FERNANDO, *Perú*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 643 ss (cité: CANTUARIAS SALAVERRY 2010).
- CANTUARIAS SALAVERRY FERNANDO/ CAIVANO ROQUE J., *La nueva ley arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad*, in: Revista Peruana de Arbitraje, n° 7, Lima 2008, p. 43 ss (cité: CANTUARIAS SALAVERRY/ CAIVANO ROQUE).
- CÁRDENAS MEJÍA JUAN PABLO, *El acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 375 ss (cité: CÁRDENAS MEJÍA).
- CÁRDENAS MEJÍA JUAN PABLO, *El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 79 ss (cité: CÁRDENAS MEJÍA 2005).
- CÁRDENAS MEJÍA JUAN PABLO, *El recurso de anulación en el arbitraje internacional*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 513 ss (cité: CÁRDENAS MEJÍA 2013).
- CASTELLANOS HOWELL ÁLVARO, *El acuerdo arbitral*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 457 ss (cité: CASTELLANOS HOWELL).
- CASTELLANOS HOWELL ÁLVARO, *El arbitraje comercial internacional en Guatemala: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 413 ss (cité: CASTELLANOS HOWELL 2009).
- CASTELLANOS HOWELL ÁLVARO/PANIAGUA DE ROHRMOSER ELENA, *Guatemala*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 471 ss (cité: CASTELLANOS HOWELL/ PANIAGUA DE ROHRMOSER).
- CASTILLO FREYRE MARIO, *Arbitraje – Derecho internacional económico y de las inversiones*, vol. 9, Lima 2009 (cité: CASTILLO FREYRE).
- CASTILLO FREYRE MARIO, *La confidencialidad en el arbitraje*, in: Ponencias del segundo congreso internacional de arbitraje, vol. 8, Lima 2009, p. 287 ss (cité: CASTILLO FREYRE 2009).
- CASTILLO FREYRE MARIO/VÁSQUEZ KUNZE RICARDO, *Arbitraje – El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*, vol. 1, Lima 2006 (cité: CASTILLO FREYRE/VÁSQUEZ KUNZE).
- CASTRO DE CIFUENTES MARCELA, *La cláusula compromisoria por “referencia”*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 173 ss (cité: CASTRO DE CIFUENTES).
- CASTRILLÓN Y LUNA VÍCTOR MANUEL, *El contrato de arbitraje*, in: Revista de derecho privado, nueva serie, Universidad Nacional Autónoma de México, año VII, n° 21-22, Ciudad de México 2009, septiembre 2008 - abril 2009, p. 3 ss (cité: CASTRILLÓN Y LUNA).
- CAVALIEROS PHILIPPE, *La confidentialité de l’arbitrage*, in: Les cahiers de l’arbitrage, vol. III, Paris 2006, p. 56 ss (cité: CAVALIEROS).
- CHUQUIMIA ZEBALLOS MANUEL JESÚS, *Bolivia*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 149 ss (cité: CHUQUIMIA ZEBALLOS).
- CIENTFUEGOS MATEO MANUEL/JOVTIS IGNACIO, *Procesos de integración regional en América latina y el Caribe*, in: Arbitraje – Derecho internacional económico y de las inversiones, vol. 9, Lima 2009, p. 375 ss (cité: CIENTFUEGOS/JOVTIS).
- CLAY THOMAS, *La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?*, in: Arbitraje internacional – tensiones actuales, Bogotá 2007, p. 190 ss (cité: CLAY 2007).

CLAY THOMAS, *L'arbitre*, Paris 2001 (cité: CLAY).

CONEJERO ROOS CRISTIÁN, *National constitutions and international arbitration in Latin America: a dangerous liaison*, in: *The arbitration review of Americas 2010* (cité: CONEJERO ROOS) (publié dans: <http://globalarbitrationreview.com/reviews/21/the-arbitration-review-americas-2010> [10.03.2014]).

CONEJERO ROOS CRISTIÁN, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general*, in: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 57 ss (cité: CONEJERO ROOS 2009).

CONEJERO ROOS CRISTIÁN, *La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América latina: un análisis comparativo*, in: *Revista chilena de derecho*, vol. 32, n° 1, Santiago de Chile 2005, p. 89 ss (cité: CONEJERO ROOS 2005).

CONEJERO ROOS CRISTIÁN, *El impacto de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América latina: un análisis comparativo*, in: *Revista de la Corte española de arbitraje*, n° 2004, Madrid 2004, p. 255 ss (cité: CONEJERO ROOS 2004).

CONEJERO ROOS CRISTIÁN/HIERRO HERNÁNDEZ-MORA ANTONIO/MACCHIA VALERIA/SOTO COAGUILA CARLOS, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009 (cité: CONEJERO ROOS/HIERRO HERNÁNDEZ-MORA/MACCHIA/SOTO COAGUILA).

CORREA DELCASSO JEAN PAUL, *L'extension de la convention d'arbitrage aux parties non signataires: Analyse de la doctrine de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI au regard de la jurisprudence française et espagnole*, in: *Civil Procedure Review*, vol. 2, n° 2, mai-août 2011, p. 3 ss (cité: CORREA DELCASSO).

CREMADES M. BERNARDO, *The good faith in international arbitration*, in: *American University International Law Review*, 2012, vol. 27, n° 4, p. 761 ss (cité: CREMADES M. 2012).

CREMADES M. BERNARDO, *La buena fe en el arbitraje internacional*, in: *Revista internacional de arbitraje*, n° 15, 2011, Bogotá, p. 13 ss (cité: CREMADES M. 2011, *La buena fe*).

CREMADES M. BERNARDO, *Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral*, in: *Tratado de arbitraje, el convenio arbitral*, tomo I, Bogotá 2011, p. 659 ss (cité: CREMADES M. 2011).

CREMADES M. BERNARDO, *El arbitraje en la doctrina constitucional española*, in: *Revista Lima Arbitration*, n° 1, Lima 2006, p. 185 ss (cité: CREMADES M. 2006).

CREMADES M. BERNARDO, *Resurgence of the Calvo doctrine in Latin America*, in: *Business law international*, publication de l'International Bar Association, vol. 7, n° 1, 2006, p. 53 ss (cité: CREMADES M., *Resurgence of the Calvo doctrine*).

CREMADES M. BERNARDO, *Disputes arising out of foreign investment in Latin America. A new look at the Calvo doctrine and other jurisdictional issues* in: *Dispute resolution journal*, 2004, p. 78 ss (cité: CREMADES M. 2004).

CREMADES M. BERNARDO, *El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional*, in: *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*, Lima 1989, p. 295 ss (cité: CREMADES M. 1989).

DÁVALOS FERNÁNDEZ RODOLFO, *Arbitraje comercial internacional en Cuba: marco legal y jurisprudencial*, in: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 259 ss (cité: DÁVALOS FERNÁNDEZ).

DE BOURNONVILLE PHILIPPE, *Droit judiciaire – l'arbitrage*, Bruxelles 2000 (cité: DE BOURNONVILLE)

DE CHAZAL P. JOSÉ ANTONIO, *Arbitraje comercial internacional en el Mercosur*, Santa Cruz 2006 (cité: DE CHAZAL P.).

DEGOS LOUIS, *La CNUDCI abandonne l'exigence de l'écrit pour la convention d'arbitrage*, in: *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, Paris 2008, p. 21 ss (cité: DEGOS).

- DE JESÚS O. ALFREDO, *La autonomía del arbitraje internacional a la hora de la constitucionalización en América Latina*, in: Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Bogotá 2008, p. 213 ss (cité: DE JESÚS O. 2008).
- DE JESÚS O. ALFREDO, *Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela*, in : L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle, aspects de droit comparé, Paris 2008, p. 243 ss (cité: DE JESÚS O. 2008, *Le traitement constitutionnel de l'arbitrage*).
- DE JESÚS O. ALFREDO, *El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico*, in: Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino americanos, Bogotá 2007, p. 391 ss (cité: DE JESÚS O. 2007).
- DE JESÚS O. ALFREDO, *La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 3, Lima 2006, p. 63 ss (cité: DE JESÚS O. 2006).
- DE JESÚS O. ALFREDO, *El acuerdo de arbitraje y la cláusula de resolución unilateral en el derecho venezolano*, in: Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá 2006, n° 5, p. 225 ss (cité: DE JESÚS O.).
- DE JESÚS O. ALFREDO, *Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano*, in: Arbitraje comercial interno e internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas, Caracas 2005, p. 56 ss (cité: DE JESÚS O. 2005).
- DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO PAOLO, *Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?*, in: Revista Peruana de Arbitraje, n° 1, Lima 2005, p. 235 ss (cité: DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO).
- DELAUME GEORGE, *L'arbitrage CIRDI, arbitrage international. 60 ans après regard sur l'avenir*, Cour d'arbitrage de la CCI, 60^e anniversaire, 1984, p. 139-248 (cité: DELAUME).
- DERAINS YVES/REGIDOR STHÉPHANIE, *El alcance de la autonomía del acuerdo arbitral en derecho francés*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 425 ss (cité: DERAINS/REGIDOR).
- DERAINS YVES/SCHWARTZ ERIC A., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2^e éd., La Haye 2005 (cite: DERAINS/SCHWARTZ).
- DESSEMONTET FRANÇOIS, *Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence – Perspective suisse*, in: Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes, Bâle 1994, p. 55 ss (cité: DESSEMONTET).
- DESSEMONTET FRANÇOIS, *Arbitrage et confidentialité*, in: Le droit en action, Lausanne 1996, p. 61 ss (cité: DESSEMONTET 1996).
- DESSEMONTET FRANÇOIS, *L'instance arbitrale et la transaction*, in: Etude de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p. 367 ss (cité: DESSEMONTET 1999).
- DE TRAZEGNIES GRANDA FERNANDO, *Arbitrando la inversión*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 783 ss (cité: DE TRAZEGNIES GRANDA).
- DE TRAZEGNIES GRANDA FERNANDO, *El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje*, in: Revista Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 29, Lima 2004, p. 12 (cité: DE TRAZEGNIES GRANDA 2004).
- DEVAUD PASCAL, *La convention d'arbitrage signée par le représentant sans pouvoirs*, in: Bull. ASA 2005, vol. 23, n° 1, p. 2 ss (cité: DEVAUD).
- DI PIETRO DOMENICO, *Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference*, in: Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Award – The New York Convention in Practice, Londres 2008, p. 355 ss (cité: DI PIETRO).
- DÍAZ RAMÍREZ ENRIQUE, *La extinción del contrato de arbitraje*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 757 ss (cité: DÍAZ RAMÍREZ).

- DÍAZ SOLEDAD/ROTHSCHILD JULIE/RUANOVIA MARIELA, *El acuerdo de arbitraje comercial internacional del Mercosur*, in: Revista de derecho, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, n° 11, año VI, Montevideo 2007 (cité: DÍAZ/ROTHSCHILD/RUANOVIA).
- DIMOLITSA ANTONIAS, *La "extensión" de la cláusula compromisoria a los no signatarios*, in: Cuestiones claves del arbitraje internacional, Bogotá 2013, p. 55 ss (cité: DIMOLITSA 2013).
- DIMOLITSA ANTONIAS, *Autonomie et «Kompetenz-Kompetenz»*, in: Rev. arb., 1998, n° 2, p. 305 ss (cité: DIMOLITSA).
- DOS SANTOS OLGA, *Los contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas 2000 (cité: DOS SANTOS).
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^o éd., Berne 1997 (cité: ENGEL)
- ESGUERRA PORTOCARRERO JUAN CARLOS, *La nueva Ley en Colombia de Arbitraje Nacional e Internacional: ¿Por qué y para qué? ¿De dónde y hacia dónde?*, in: Revista internacional de arbitraje, n° 17, Bogotá 2012, p. 15 ss (cité: ESGUERRA PORTOCARRERO).
- ETCHEVERRY RAÚL ANÍBAL, *El acuerdo arbitral y el sistema argentino*, in: Tratado de derecho arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 105 ss (cité: ETCHEVERRY).
- FADLALLAH IBRAHIM, *Les principes généraux en matière d'arbitrage international*, in: Les principes généraux du droit: droit français, droit des pays arabes, droit musulman (dénominateurs communs), Bruxelles 2005, p. 331 ss (cité: FADLALLAH).
- FAUVARQUE-COSSON BENEDICTE/WALD ARNOLDO, *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI^e siècle, aspects de droit comparé*, Paris 2008 (cité: FAUVARQUE-COSSON/WALD).
- FAVRE-BULLE XAVIER, *50 Years of the New York Convention on Enforcement of Awards: Wisdom and Recent Developments*, in: New Developments in International Commercial Arbitration – journées CEMAJ 2008, Neuchâtel 2008, p. 61 ss (cité: FAVRE-BULLE).
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS SARA LIDIA/MEDINA FLAVIA ANDREA/RODRÍGUEZ MÓNICA SOFÍA/SCOTTI LUCIANA BEATRIZ, *Seguros internacionales y arbitraje comercial: la influencia de los nuevos medios electrónicos de contratación*, in: Contratación electrónica internacional, una mirada desde el derecho internacional privado (éd. électronique), 2008, p. 136 ss (cité: FELDSTEIN DE CÁRDENAS/MEDINA/RODRÍGUEZ/SCOTTI) (Publié dans: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-contratacion-electronica-internacional-una-mirada-desde-el-derecho-internacional-privado.pdf> [10.03.2014])
- FERNÁNDEZ ARROYO DIEGO P., *Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral*, in: Cuestiones claves del arbitraje internacional, Bogotá 2013, p. 225 ss (cité: FERNÁNDEZ ARROYO).
- FERNÁNDEZ ARROYO DIEGO P./CAROLINE KLEINER, *La reparación de los daños causado por violación del acuerdo arbitral*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 131 ss (cité: FERNÁNDEZ ARROYO/KLEINER).
- FERNÁNDEZ MASIÁ ENRIQUE, *La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 59 ss (cité: FERNÁNDEZ MASIÁ).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ ALBERTO, *Derecho arbitral jurisprudencial*, San José 2009 (cité: FERNÁNDEZ LÓPEZ).
- FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS, *América latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?*, in: Revista de la corte española de arbitraje, vol. XXXIV, Madrid 2009, p. 17 ss (cité: FERNÁNDEZ ROZAS 2009).
- FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid 2008 (cité: FERNÁNDEZ ROZAS 2008).

- FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS, *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 2, Lima 2007, p. 25 ss (cité: FERNÁNDEZ ROZAS 2007).
- FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS, *La constitución mexicana y el arbitraje comercial*, in: Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional, n° 16 enero-junio, México 2007, p. 159 ss (cité: FERNÁNDEZ ROZAS, La constitución mexicana y el arbitraje comercial).
- FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS, *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*, in: Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago de Chile 2007, p. 697 ss (cité: FERNÁNDEZ ROZAS, *El convenio arbitral*).
- FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS, *El arbitraje internacional y sus dualidades*, in: Anuario argentino de derecho internacional, vol. XV, Córdoba 2006, p. 1 ss (cité: FERNÁNDEZ ROZAS 2006).
- FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS, *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, in: Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, RCADI 2001, tome 290, La Haye 2001, p. 9 ss (cité: FERNÁNDEZ ROZAS 2001).
- FERNÁNDEZ RUIZ GONZALO, *Arbitraje comercial internacional en Chile: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 287 ss (cité: FERNÁNDEZ RUIZ 2009).
- FERNÁNDEZ RUIZ GONZALO, *El acuerdo arbitral en la ley chilena: su naturaleza, requisitos y efectos*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 313 ss (cité: FERNÁNDEZ RUIZ).
- FERNÁNDEZ RUIZ GONZALO/JIMÉNEZ FIGUERES DYALÁ, *La evolución de las normas de exequátur de laudos extranjeros en Chile*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 117 ss (cité: FERNÁNDEZ RUIZ/JIMÉNEZ FIGUERES).
- FIEZZONI SILVIA KARINA, *The challenge of UNASUR member countries replace ICSID arbitration*, in: Beijing Law Review, vol. 2, n°3, 2011 p. 134 ss (cité: FIEZZONI) (Publié dans: <http://www.scirp.org/Journal/blr> [10.03.2014]).
- FOLLONIER-AYALA ALEJANDRO, *La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza*, in: Revista Lima Arbitration, n° 5 -2012/2013, Lima 2013, p. 110 ss (cité: FOLLONIER-AYALA 2013).
- FOLLONIER-AYALA ALEJANDRO, *La Convention d'arbitrage: notion et modalités, étude comparative des régimes latino-américains et suisse*, in: Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, vol. XII, n° 1, Nuevo León 2012, p. 15 ss (cité: FOLLONIER-AYALA)
- FOUCHARD PHILIPPE, *La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, in: Revue de l'arbitrage 1977, Paris 1977, p. 203 ss (cité: FOUCHARD).
- FOUCHARD PHILIPPE, *La nullité manifeste de la clause compromissoire, limite à la compétence-compétence de l'arbitre*, in: Revue de l'arbitrage 2000, n° 1, Paris 2000, p. 96 ss (cité: FOUCHARD 2000).
- FOUCHARD PHILIPPE, *La loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial*, in: JDI 1987, p. 861 ss (cité: FOUCHARD 1987).
- FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996 (cité: FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN).
- FRUTOS-PETERSON CLAUDIA, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine: l'efficacité du droit*, Paris 2003 (cité: FRUTOS-PETERSON).
- FRUTOS-PETERSON CLAUDIA, *El reconocimiento del arbitraje comercial internacional en América Latina: Sobre la necesidad de efectuar un siguiente paso*, in: Revista de derecho privado, Universidad autónoma de México, n° 28, México 1999, p. 53 ss (cité: FRUTOS-PETERSON 1999).
- FURRER ANDREAS, *The duty of confidentiality in international arbitration*, in: Mélanges en honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, p. 801 ss (cité: FURRER).

- GAILLARD EMMANUEL, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Mexique 2012 (cité: GAILLARD 2012).
- GAILLARD EMMANUEL, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, in: Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Paris 2005, p. 311 ss (cité: GAILLARD 2005).
- GAILLARD EMMANUEL, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in: Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p. 387 ss (cité: GAILLARD 1999).
- GAILLARD EMMANUEL, *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine*, in: Journal du droit international, n° 3, Paris 1998, p. 645 ss (cité: GAILLARD 1998).
- GAILLARD EMMANUEL, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, in: Etudes offertes à Pierre Bellet, Paris 1991, p. 203 ss (cité: GAILLARD 1991).
- GAILLARD EMMANUEL, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, in: Rev. Arb. 1990, p. 759 ss (cité: GAILLARD).
- GALÁN BARRERA DIEGO RICARDO, *El arbitraje comercial internacional en América Latina*, in: Revista Precedente, Universidad ICECI, Cali 2007, p. 185 ss (cité: GALÁN BARRERA).
- GARCÍA-CUÉLLAR SANTA CRUZ SAMUEL/ROCHA ROMERO MIGUEL ÁNGEL, *Arbitraje comercial internacional en México: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 475 ss (cité: GARCÍA-CUÉLLAR SANTA CRUZ/ROCHA ROMERO).
- GAVIRIA JUAN ANTONIO, *The New Colombian legal rules on international arbitration*, in: The Arbitration Brief, vol. 3, n° 1, 2013, p. 65 ss (cité: GAVIRIA).
- GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International arbitration in Switzerland*, 2^e éd., Zürich/Bâle/Genève 2012 (cité: GIRSBERGER/VOSER).
- GIL ECHEVERRY JORGE HERNÁN, *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 3^e éd., Bogotá 2004 (cité: GIL ECHEVERRY).
- GODOY FEDERICO/SONODA JUAN, *El artículo II (2) de la Convención de Nueva York es ahora un problema*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 147 ss (cité: GODOY/SONODA).
- GÓMEZ-PALACIO Y GUTIÉRREZ ZAMORA IGNACIO, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional TLCAN, América Latina, CIADI*, México 2006 (cité: GÓMEZ-PALACIO).
- GONZÁLEZ ARROCHA KATHERINE/SÁNCHEZ ORTEGA LILIANA, *Arbitraje comercial internacional en Panamá: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 537 ss (cité: GONZÁLEZ ARROCHA/SÁNCHEZ ORTEGA).
- GONZÁLEZ DE COSSÍO FRANCISCO, *Arbitraje*, México 2011, 3^e éd. (cité: GONZÁLEZ DE COSSÍO 2011).
- GONZÁLEZ DE COSSÍO FRANCISCO, *La Ironía de compétence-compétence*, in: Revista Lima Arbitration, n° 3, 2008/2009, Lima 2009, p. 194 ss (cité: GONZÁLEZ DE COSSÍO 2009).
- GONZÁLEZ DE COSSÍO FRANCISCO, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 209 ss (cité: GONZÁLEZ DE COSSÍO 2008).
- GONZÁLEZ DE COSSÍO FRANCISCO, *Orden público y arbitabilidad: dúo-dinámico del arbitraje*, in: Revista de investigaciones jurídicas, Escuela libre de derecho, Puebla 2008, n° 32, p. 361 ss (cité: GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Orden público y arbitabilidad*).
- GONZÁLEZ DE COSSÍO FRANCISCO, *Arbitraje*, México 2004, 1^e éd. (cité: GONZÁLEZ DE COSSÍO).
- GONZÁLEZ SANDRA/GÓMEZ FERNANDO, *El acuerdo arbitral en Uruguay: tendencias jurisprudenciales*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 799 ss (cité: GONZÁLEZ/GÓMEZ 2011).

- GONZÁLEZ SANDRA/GÓMEZ FERNANDO, *Arbitraje comercial internacional en Uruguay: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 689 ss (cité: GONZÁLEZ/GÓMEZ).
- GONZÁLO QUIROGA MARTA, *Arbitraje y derecho de la competencia*, in: El arbitraje en las distintas áreas del derecho, vol. 3, Lima 2007, p. 311 ss (cité: GONZÁLO QUIROGA).
- GOUBEAUX GILLES, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris 1969 (cité: GOUBEAUX).
- GRAHAM JAMES A, *Prolegómeno – El décimo aniversario de la Revista latinoamericana de medición y arbitraje: unas breves observaciones sobre el pasado, el presente y el futuro del arbitraje en América latina*, in: Revista Latinoamericana de Medición y Arbitraje, Nuevo León 2010, vol. X, n° 1, p. 7 ss (cité: GRAHAM JAMES 2010).
- GRAHAM JAMES A, *La falsa extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 7, Lima 2008, p. 173 ss (cité: GRAHAM JAMES 2008).
- GRAHAM JAMES A, *La figura mexicana del amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales*, in: Revista Brasileira de Arbitragem, n° 4, São Paulo 2005, p. 100 ss (cité: GRAHAM JAMES, *La figura mexicana del amparo*).
- GRAHAM JAMES A/PEREZNIETO CASTRO LEONEL, *El artículo VII de la Convención de Nueva York y la ejecución de laudos en el Estado del lugar sede del arbitraje*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 585 ss (cité: GRAHAM JAMES/PEREZNIETO CASTRO).
- GRAHAM TAPIA LUIS ENRIQUE, *La cláusula arbitral: in enfoque práctico*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 543 ss (cité: GRAHAM TAPIA).
- GUEVARA RAMIRO/INCHAUSTE JORGE LUIS, *Arbitraje comercial internacional en Bolivia: Marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 143 ss (cité: GUEVARA/INCHAUSTE).
- HAMILTON JONATHAN C., *¿Se acabó el arbitraje en América latina? La evolución del arbitraje en el Perú y en América latina*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 650 ss (cité: HAMILTON).
- HARGAIN DANIEL/MIHALI GABRIEL, *Uruguay*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 703 ss (cité: HARGAIN/MIHALI).
- HERNÁNDEZ-BRETÓN EUGENIO, *El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano*, in: Revista Lima Arbitration, Lima 2008, p. 42 ss (cité: HERNÁNDEZ-BRETÓN).
- HERNÁNDEZ-BRETÓN EUGENIO, *Constitución y arbitraje: el arbitraje como derecho fundamental*, in: Arbitraje comercial interno e internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas, Caracas 2005, p. 23 ss (cité: HERNÁNDEZ-BRETÓN 2005).
- HERNÁNDEZ-BRETÓN EUGENIO/ESIS V. IVETTE, *Venezuela*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 719 ss (cité: HERNÁNDEZ-BRETÓN/ESIS V.).
- HOHL FABIENNE, *Procédure civile, tome I, Introduction et théorie générale*, Berne 2001 (cité: HOHL).
- IBAÑEZ NAJAR JORGE ENRIQUE, *La acción de tutela contra los laudos arbitrales*, Bogotá 2009 (cité: IBAÑEZ NAJAR).
- INCHAUSTE JORGE LUIS, *¿Constitucionalidad de los arbitrajes como resultado de los acuerdos de promoción y protección a las inversiones?*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 831 ss (cité: INCHAUSTE).
- JACQUET JEAN-MICHEL, *Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale?*, in: Revue de l'arbitrage 2010, n° 3, Paris 2010, p. 445 ss (cité: JACQUET).
- JAIME RAMÍREZ MARGIE-LYS, *De la actualidad y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a los arbitrajes transnacionales en materia de inversiones internacionales*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 603 ss (cité: JAIME RAMÍREZ).

- JEQUIER LEHUEDÉ EDUARDO, *Chili*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 211 ss (cité: JEQUIER LEHUEDÉ).
- JIMÉNEZ FIGUERES DYALÁ, *El sistema de arbitraje de la corte internacional de arbitraje de la cámara de comercio internacional*, in: Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago de Chile 2007, p. 519 ss (cité: JIMÉNEZ FIGUERES).
- JIMÉNEZ FIGUERES DYALÁ/ARMER RÍOS ANGIE, *Notas sobre la nueva ley chilena de arbitraje comercial internacional*, in: Revista chilena de derecho privado Fernando Fueyo Laneri, vol. 4, juin 2005, Santiago de Chile 2005, p. 307 ss (cité: JIMÉNEZ FIGUERES/ARMER RÍOS).
- KAHN PHILIPPE, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, in: Journal de droit international, vol. 116 (1989), n° 2, p. 305 ss (cité: KAHN).
- KARRER PIERRE A., *La convention d'arbitrage en droit suisse. Forme, validité, portée*, in: Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Neuchâtel 2005, p. 177 ss (cité: KARRER).
- KASSIS ANTOINE, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris 2005 (cité: KASSIS).
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *Arbitrage International, droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2° éd., Berne 2010 (cité: KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI).
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *Arbitrage international, droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 1° éd., Berne 2006 (cité: KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI 2006).
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *When is a Swiss arbitration international? Comments on a Swiss Federal Tribunal decision of June 24, 2002 (4P.54/2002)*, in: Jusletter du 7 octobre 2002 (cite: KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI 2002) (publié dans: http://jusletter.weblaw.ch/_200?lang=fr [10.03.2014]).
- KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE, *Jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international*, in: RSDIE 1991-2012 (cité: KNOEPFLER/SCHWEIZER, Chronique RSDIE [année]).
- KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, *Droit international privé suisse*, Berne 2005 (cité: KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD).
- KUONEN NICOLAS, *Le contrat de négociation: Un aperçu de ses principales clauses et de leur sanction*, in: Jusletter du 7 juillet 2008 (cite: KUONEN) (publié dans: http://jusletter.weblaw.ch/article/fr/_6620?lang=fr [10.03.2014]).
- LACLÉ ZÚÑIGA ROLANDO/FERNÁNDEZ FAITH FABIÁN, *Arbitraje internacional en Costa Rica: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 227 ss (cité: LACLÉ ZÚÑIGA/FERNÁNDEZ FAITH).
- LALIVE PIERRE, *Un faux problème: Monisme ou dualisme dans la législation arbitrale*, in: Mélanges en honneur de François Dessemontet, Lausanne 2003, p. 255-263 (cité: LALIVE).
- LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989 (cité: LALIVE/POUDRET/REYMOND).
- LARROUMET CHRISTIAN, *A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y su autonomía*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 13 ss (cité: LARROUMET).
- LEDESMA NARVÁEZ MARIANELLA, *Jurisdicción y arbitraje*, Lima 2009 (cité: LEDESMA NARVÁEZ).
- LENGGENHAGGER FRADI, *Chapter 4, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 33: Scrutiny of the Award by the Court*, in: Arbitration in Switzerland: The Practitioners's Guide, p. 854 s (cité: LENGGENHAGGER).
- LEPERVANICHE MICHELENA CARLOS, *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y su aplicación a los grupos económicos*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 873 ss (cité: LEPERVANICHE MICHELANA).

- LEPERVANICHE MICHELENA CARLOS, *Anotaciones históricas y procedimentales de la Convención de Nueva York en Venezuela*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 781 ss (cité: LEPERVANICHE MICHELENA 2009).
- LE ROY YVES/SCHOENENBERGER MARIE-BERNADETTE, *Introduction au droit suisse*, Genève 2002 (cité: LE ROY/SCHOENBERGER).
- LÉVY LAURENT/STUCKI BLAISE, *L'extension de la portée subjective de la clause arbitrale en droit suisse – note sous Tribunal fédéral suisse, 16 octobre 2003, X. Sal Y. Sal et A. c/ Z. SARL*, in: Revue de l'arbitrage 2004, n° 3, Paris 2004, p. 695 ss (cité: LÉVY/ STUCKI).
- LLOPIS-LLOMBART MARCO DE BENITO, *El convenio arbitral, su eficacia obligatoria*, Cizur Menor 2010 (cité: LLOPIS-LLOMBART).
- LLOPIS-LLOMBART MARCO DE BENITO, *Asimetría, separabilidad, sinalagma*, in: Spain Arbitration Review, 2009, n° 5, p. 141 ss (cité: LLOPIS-LLOMBART 2009).
- LORCA NAVARRETE ANTONIO MARÍA, *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, San Sebastián 2010 (cité: LORCA NAVARRETE 2010).
- LORCA NAVARETE ANTONIO MARÍA, *La naturaleza jurídica del arbitraje*, in: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, Lima 2006 (cité: LORCA NAVARRETE) (publié dans: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php [10.03.2014]).
- MACCHIA VALERIA/ZAPIOLA IGNACIO, *Arbitraje internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 111 ss (cité: MACCHIA/ZAPIOLA).
- MANCIAUX SÉBASTIEN, *La Bolivie se retire du CIRDI*, in: Revue de l'arbitrage 2007, n° 2, Paris 2007, p. 351 ss (cité: MANCIAUX).
- MANIRABONA AMISSI, *Extension de la convention d'arbitrage aux non signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupement*, in: Revue de droit de la faculté de droit de Sherbrooke, vol. 38, n° 2, Sherbrooke 2008, p. 541 ss (cité: MANIRABONA).
- MANTILLA ESPINOSA FABRICIO, *Los limites al consentimiento en el pacto arbitral*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 237 ss (cité: MANTILLA ESPINOSA).
- MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *Los principios de autonomía y competencia-competencia en el nuevo Estatuto arbitral colombiano*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 391 ss (cité: MANTILLA-SERRANO 2013).
- MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 6, Lima 2008, p. 205 (cité: MANTILLA-SERRANO 2008).
- MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *Arbitraje internacional – tensiones actuales*, Bogotá 2007 (cité: MANTILLA-SERRANO 2007).
- MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *Ley de arbitraje una perspectiva internacional*, Madrid 2005 (cité: MANTILLA-SERRANO 2005).
- MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes)*, in: Revue de l'arbitrage 2005, n° 3, Paris 2005, p. 561 ss (cité: MANTILLA-SERRANO).
- MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage*, in: Revue de l'arbitrage 1992, n° 1, Paris 1992, p. 41 ss (cité: MANTILLA-SERRANO 1992).
- MARCHÁN JUAN MANUEL/XAVIER ANDRADE CADENA, *Arbitraje comercial internacional en Ecuador: Marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Madrid 2009, p. 319 ss (cité: MARCHÁN/ANDRADE CADENA).

- MARÍN GÁMEZ JOSÉ ÁNGEL, *Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje*, in: Revista de derecho privado y constitución, n°16, Madrid 2002, p. 223 ss (cité: MARÍN GÁMEZ).
- MARÍN GONZÁLEZ JUAN CARLOS/GARCÍA MIRÓN ROLANDO, *El concepto de orden público como causal de nulidad de in laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional*, in: Revista de Derecho, vol. XXIV, n° 1, Valdivia 2011, p. 117 ss (cité: MARÍN GONZÁLEZ/GARCÍA MIRÓN).
- MARZORATI J. OSVALDO, *Ejecución de laudos extranjeros en la República Argentina. Colisión de Convenciones aplicables en el Cono Sur y la Convención de Nueva York*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 61 ss (cité: MARZORATI J).
- MARZORATI J. OSVALDO, *Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 1, 2005 Lima, p. 71 ss (cité: MARZORATI J. 2005).
- MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Introducción al derecho de arbitraje*, Lima 2006 (cité: MATHEUS LÓPEZ).
- MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano*, in: Vuniversitas, Revista de ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2004, n° 108, p. 627 ss (cité: MATHEUS LÓPEZ 2004).
- MATHEUS LÓPEZ CARLOS ALBERTO, *Introducción propedéutica al tratamiento del convenio arbitral en derecho peruano*, in: Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, vol. IV, n° 1, Nuevo León 2004, p. 35 ss (cité: MATHEUS LÓPEZ, *Introducción propedéutica*).
- MAYER PIERRE, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, in: Revue de l'arbitrage 1998, n° 3, p. 358 ss. (cité: MAYER).
- MAYER PIERRE, *Le principe de la bonne foi devant les arbitres du commerce international*, in: Festschrift Pierre Lalive, Basel/Frankfurt a.M. 1993, p. 543 ss (MAYER 1993).
- MAYER PIERRE/SILVA ROMERO EDUARDO, *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)*, in: Revue de l'arbitrage 2011, n° 4, p. 897 ss (cité: MAYER/SILVA ROMERO).
- MAYORCA ESCOBAR CARLOS, *Clases de arbitraje en la nueva Ley de arbitraje*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 1 ss (cité: MAYORCA ESCOBAR).
- MENDONÇA DE MENEZES MAURICIO MOREIRA, *Panorama de l'arbitrage international au Brésil*, in: L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle, aspects de droit comparé, Paris 2008, p. 375 ss (cité: MENDONÇA DE MENEZES).
- MENDOZA RAMÍREZ ÁLVARO, *Arbitrabilidad objetiva*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 311 ss (cité: MENDOZA RAMÍREZ).
- MEREMINSKAYA ELINA, *Derecho nacional en la interpretación del acuerdo de arbitraje internacional: aportes desde la jurisprudenci arbitral del CAM Santiago*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 357 ss (cité: MEREMINSKAYA).
- MERINO MERCHÁN JOSÉ FERNANDO, *La Constitución de 1812 y el arbitraje*, in: Revista del Club Español del Arbitraje, vol. 14, Madrid 2012, p. 33 ss (cité: MERINO MERCHÁN, *La Constitución de 1812*).
- MERINO MERCHÁN JOSÉ FERNANDO, *Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de arbitraje (Ley 60/2003, 23 de diciembre)*, in: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, n° 10, Madrid 2004, p. 157 ss (cité: MERINO MERCHÁN).
- MERINO MERCHÁN JOSÉ FERNANDO/CHILLÓN MEDINA JOSÉ MARÍA, *Tratado de derecho arbitral*, 3^e éd., Cizur Menor 2006 (cité: MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA).
- MERINO MERCHÁN JOSÉ FERNANDO/CHILLÓN MEDINA JOSÉ MARÍA, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid 1991 (cité: MERINO MERCHÁN/CHILLÓN MEDINA 1991).

- MEZGRAVIS ANDRÉS A., *El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: Especial referencia a Venezuela y otros países de América latina*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 797 ss (cité: MEZGRAVIS).
- MOLINA CABALLERO MARÍA JESÚS, *Terminación de las actuaciones arbitrales*, in: Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, Madrid 2008, p. 131 ss (cité: MOLINA CABALLERO)
- MOLINA CARLOS MARIO, *Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 53 ss (cité: MOLINA).
- MONTES REYES AMALIA, *Convenio arbitral*, in: Estudios sobre arbitraje: los temas claves, Madrid 2008, p. 25 ss (cité: MONTES REYES).
- MONTOYA ALBERTI ULISES, *La Comisión interamericana de arbitraje comercial (CIAC)*, in: Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago de Chile 2007, p. 451 ss (cité: MONTOYA ALBERTI).
- MORALES MARÍA CRISTINA, *Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 697 ss (cité: MORALES).
- MORENO RODRÍGUEZ JOSÉ ANTONIO, *La Convención más trascendente de la historia del derecho privado*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 649 ss (cité: MORENO RODRÍGUEZ 2009).
- MORENO RODRÍGUEZ JOSÉ ANTONIO, *Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 711 ss (cité: MORENO RODRÍGUEZ).
- MORENO RODRÍGUEZ-ALCALA ROBERTO, *El problema de la deslocalización, la Convención de Nueva York y la Ley de arbitraje del Paraguay*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 681 ss (cité: MORENO RODRÍGUEZ-ALCALA).
- MUÑOZ ESQUIVEL OLIVER, *Naturaleza jurídica de la función de los árbitros*, in: Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje 2002, n° 2, Nuevo León 2002, p. 10 ss (cité: MUÑOZ ESQUIVEL).
- MÜLLER CHRISTOPH, *Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 178 – Arbitration agreement*, in: Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, p. 55 ss (cité: MÜLLER, *Article 178 – Arbitration agreement*).
- MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité: MÜLLER 2013).
- MÜLLER CHRISTOPH, *Convention d'arbitrage et contrat d'arbitre*, in: Contrats de droit suisse, Berne 2012, p. 720 ss (cité: MÜLLER).
- MÜLLER CHRISTOPH, *Développements futurs de l'arbitrage*, in: Arbitrage interne et international, Genève 2010, p. 141 ss (cité: MÜLLER 2010).
- MÜLLER CHRISTOPH, *La confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l'œil?*, in: Bull. ASA 2005, vol. 23, n° 2, p. 216 ss (cité: MÜLLER 2005).
- MÜLLER CHRISTOPH/FOLLONIER-AYALA ALEJANDRO, *Bail à loyer*, Contrats de droit suisse, Berne 2012, p. 119 ss (cité: MÜLLER/FOLLONIER-AYALA).
- MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVIER, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention en droit suisse et français/Arbitration agreement by letter of intent under swiss and french law*, in: Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal, n° 3, Londres 2013, p. 191 ss (cité: MÜLLER/RISKE).
- NAHID CUOMO MARÍA DE LOS ÁNGELES/RODRÍGUEZ GIAVARINI MERCEDES, *El arbitraje comercial internacional en Argentina*, in: Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, primera parte, Lima 2010, p. 25 ss (cité: NAHID CUOMO/RODRÍGUEZ GIAVARINI).

- NEIRA ORELLANA EDGAR, *Arbitrabilidad, Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y legislación ecuatoriana*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 151 ss (cité: NEIRA ORELLANA 2009).
- NEIRA ORELLANA EDGAR, *El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 421 ss (cité: NEIRA ORELLANA).
- NIETO NAVIA RAFAEL, *La paradoja del auge del arbitraje de inversión: ¿están los Estados reconsiderando su apoyo al arbitraje? El caso argentino*, in: Arbitraje internacional – tensiones actuales, Bogotá 2007, p. 35 ss (cité: NIETO NAVIA).
- NOODT TEQUELA MARÍA BLANCA/CÓRDOBA JULIO CÉSAR, *La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de UNCITRAL de 2006*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 199 ss (cité: NOODT TEQUELA/CÓRDOBA).
- NOODT TEQUELA MARÍA BLANCA/CÓRDOBA JULIO CÉSAR, *¿En qué medida se ha eliminado la forma escrita del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York de 1958?* in: Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, vol. VIII, Nuevo León 2008, p. 32 ss (cité: NOODT TEQUELA/CÓRDOBA 2008).
- OPPETIT BRUNO, *Teoría del arbitraje*, Bogotá 2006 (cité: OPPETIT 2006).
- ORREGO VICUÑA FRANCISCO, *La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: realidades económicas y ficciones jurídicas*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 507 ss (cité: ORREGO VICUÑA).
- PALAO MORENO GUILLERMO, *Líneas generales del arbitraje comercial internacional en las últimas reformas normativas en Latinoamérica*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 15 ss (cité: PALAO MORENO).
- PALLARÉS BEATRIZ/ALBORNOZ JORGE R, *Argentina*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 85 ss (cité: PALLARÉS/ALBORNOZ).
- PELLERIN JACQUES, *Monisme ou dualisme de l'arbitrage, le point de vue français*, in: Les cahiers de l'arbitrage, vol. IV, Paris 2008, p. 133 ss (cité: PELLERIN).
- PEÑA CASTRILLÓN GILBERTO, *La función de los árbitros en el arbitraje colombiano*, in: Revista de derecho público n° 17, mayo 2004, Universidad de los Andes, Bogotá 2004, p. 111 ss (cité: PEÑA CASTRILLÓN).
- PERALES VISCASILLAS MARÍA DEL PILAR, *¿Forma escrita del convenio arbitral? nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL*, in: Revista Derecho de los negocios, año 18, n° 197, 2007, p. 5 ss (cité: PERALES VISCASILLAS).
- PERALES VISCASILLAS MARÍA DEL PILAR, *Arbitrabilidad y Convenio arbitral: Ley n° 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Arazandi 2005 (cité: PERALES VISCASILLAS 2005).
- PERALES VISCASILLAS MARÍA DEL PILAR, *La globalización normativa del arbitraje comercial internacional: la labor de la CNUDMI/UNCITRAL*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 695 ss (cité: PERALES VISCASILLAS 2008).
- PEREZ ORDOÑES DIEGO, *El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo I, Bogotá 2011, p. 507 ss (cité: PEREZ ORDOÑES 2011).
- PEREZ ORDOÑES DIEGO/MARCHÁN JUAN MANUEL, *El arbitraje comercial internacional en Ecuador*, in: Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, primera parte, Lima 2010, p. 187 ss (cité: PEREZ ORDOÑES/MARCHÁN).
- PEREZNIETO CASTRO LEONEL/GRAHAM JAMES A., *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, 2^o éd., Ciudad de México 2013 (cité: PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES 2013).
- PEREZNIETO CASTRO LEONEL/GRAHAM JAMES A., *El arbitraje comercial internacional, en busca de una doctrina propia*, in: Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. IV, 2011 (n° 2), Madrid 2011, p. 455 ss (cité: PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES).

- PEREZNIETO CASTRO LEONEL/GRAHAM JAMES A., *El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana*, in: Revista Lima Arbitration, n° 2, 2007, Lima 2007, p. 240 ss (cité: PEREZNIETO CASTRO/GRAHAM JAMES 2007).
- PÉREZ PACHECO YARITZA, *Los aportes de la conferencia interamericana sobre derecho internacional privado en materia de arbitraje internacional*, in: Boletín mexicano de derecho comparado, enero-abril, año/vol. XLI, n° 121, Distrito Federal, México 2008, p. 357 ss (cité: PÉREZ PACHECO).
- PÉREZ SILVEIRA MAELIA ESTHER/MENDOSA DÍAZ JUAN, *Cuba*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 335 ss (cité: PÉREZ SILVEIRA/MENDOSA DÍAZ).
- PERRET FRANÇOIS, *Arbitrage interne/arbitrage international ou arbitrage tout court: dualisme ou monisme. La situation en Suisse*, in: Les cahiers de l'arbitrage, vol. IV, Paris 2008, p. 141 ss (cité: PERRET).
- PICAND ALBÓNICO EDUARDO, *Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral*, in: Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago de Chile 2007, p. 193 ss (cité: PICAND ALBÓNICO).
- PICAND ALBÓNICO EDUARDO, *Arbitraje comercial internacional*, tomo I, Santiago de Chile, Chile 2005 (cité: PICAND ALBÓNICO 2005).
- PINNA ANDREA, *Chronique de jurisprudence en matière d'arbitrage sportif – le concept de jurisprudence arbitrale et son application à la matière arbitrale*, in: Les cahiers de l'arbitrage, vol. IV, Paris 2008, p. 489 ss (cité: PINNA).
- PITTÍ ULISES, *Panamá*, in: El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro, Bogotá 2010, p. 581 ss (cité: PITTÍ).
- POSSE VELÁSQUEZ DANIEL, *El exequátur en Colombia a la luz de la Convención de Nueva York. ¿Son ejecutables únicamente los laudos arbitrales finales o definitivos, o lo son también aquellos parciales o interlocutorios?*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 145 ss (cité: POSSE VELÁSQUEZ 2009).
- POSSE VELÁSQUEZ DANIEL, *Restricciones a las entidades estatales colombianas para acudir al arbitraje internacional*, in: Arbitraje internacional – tensiones actuales, Bogotá 2007, p. 101 ss (cité: POSSE VELÁSQUEZ).
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, *Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage*, in: Bull. ASA 2004, vol. 23, n° 3, p. 401 ss (cité: POUDRET 2005).
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, *Un statut privilégié pour l'extension de l'arbitrage aux tiers?, note à l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 octobre 2003 dans la cause X.Y.A. c. Y., 4P.115/2003*, in: Bull. ASA 2004, vol. 22, n° 2, p. 390 ss (cité: POUDRET 2004).
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, *Arbitrage interne*, in: *Unification de la procédure civile: présentation et critique de l'Avant-projet de loi fédérale de procédure civile suisse: journée en l'honneur du Professeur François Perret*, Genève 2004, p. 153 ss (cité: POUDRET).
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, *Critères d'extranéité de l'arbitrage international et droit communautaire*, in: Bull. ASA 1998, vol. 16, n° 1, p. 22 ss (cité: POUDRET 1998).
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, *A propos de la validité d'une clause arbitrale: un arrêt pouvant prêter à confusion*, in: JdT 1995 I 354 (cité: POUDRET 1995).
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, in: Journal de droit international 1995, p. 893 ss. (cité: POUDRET 2005, *L'extension de la clause d'arbitrage*).
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Zürich, Bâle, Genève 2002 (cité: POUDRET/BESSON).

- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE/WURZBURGER ALAIN, *L'application du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois (dix ans de jurisprudence)*, in: JdT 1981 III 66 (cité: POUDRET/REYMOND/WURZBURGER).
- PUCCI ADRIANA NOEMI, *La Convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: Su interpretación y aplicación en Brasil*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 97 ss (cité: PUCI).
- RADJAI NORADÈLE, *Confidentiality of Arbitration in Switzerland*, in: *Arbitration in Switzerland: the practitioner's guide*, p. 1341 ss (cité: RADJAI).
- RAMBAUD PATRICK, *Note sur l'extension du système CIRDI*, in: *Annuaire français de droit international*, vol. 29, Paris 1983, p. 290 ss. (cité: RAMBAUD).
- REDFERN ALAN/HUNTER MARTIN/SMITH MURRAY, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2^e éd., Paris 1994 (cité: REDFERN/HUNTER/SMITH).
- REDFERN ALAN/HUNTER MARTÍN/BLACKBY NIGEL/PARTASIDES CONSTANTINE, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4^e éd., Cizur Menor (Navarra-España) 2006 (cité: REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES).
- RENGIFO GARCÍA ERNESTO, *El arbitraje y la propiedad intelectual*, in: *El contrato de arbitraje*, Bogotá 2005, p. 427 ss (cité: RENGIFO GARCÍA).
- REY VALLEJO PABLO, *El Arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización/Arbitration and legal systems in Latin America: a study on formalisation and judicialisation*, in: *Vuniversitas, Revista de ciencias jurídicas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2013, n° 126, p. 199 ss (cité: REY VALLEJO).
- RIGOZZI ANTONIO, *L'arbitrabilité des litiges sportifs*, in: *Bull. ASA* 2009, vol. 3, n° 3, p. 501 ss, (cité: RIGOZZI).
- RIVERA JULIO CÉSAR, *La aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras por parte de los tribunales de América Latina*, in: *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, tome 73, n° 2, Buenos Aires 2013, p. 41 ss (cité: RIVERA 2013).
- RIVERA JULIO CÉSAR, *Interpretación restrictiva de la cláusula arbitral en la jurisprudencia argentina*, in: *Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral*, tomo I, Bogotá 2011, p. 273 ss (cité: RIVERA 2011).
- RIVERA JULIO CÉSAR, *El orden público en el arbitraje*, in: *Revista de Latinoamericana de Derecho*, año V, n° 9-10, México 2008, p. 261 ss (cité: RIVERA 2008).
- RIVERA JULIO CÉSAR, *Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto*, in: *El arbitraje en el Perú y en el mundo*, Lima 2008, p. 249 ss (cité: RIVERA 2008, *la ley aplicable al fondo del asunto*).
- RIVERA JULIO CÉSAR, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Buenos Aires 2007 (cité: RIVERA 2007).
- RIVERA JULIO CÉSAR, *El arbitraje en Argentina*, in: *Revista de derecho comparado* n° 11, Santa fe 2005, p. 157 ss (cité: RIVERA 2005).
- RIVERA NEUTZE ANTONIO GUILLERMO/GORDILLO RODRÍGUEZ RAINER ARMANDO, *Curso práctico de arbitraje comercial internacional, modelos, doctrina, legislación y procedimientos*, 1^e éd., Guatemala 2001 (cité: RIVERA NEUTZE/GORDILLO RODRÍGUEZ).
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ SONIA, *El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización*, in: *Arbitraje en materia de inversiones*, Ciudad de México 2010, p. 191 ss (cité: RODRÍGUEZ JIMÉNEZ).
- ROMERO DÍAZ ÁNGEL, *Anulación del laudo arbitral*, Lima 2010 (cité: ROMERO DÍAZ).
- ROMERO SEGUEL ALEJANDRO, *La convención de arbitraje en Chile*, in: *Tratado de arbitraje, el convenio arbitral*, tomo I, Bogotá 2011, p. 385 ss (cité: ROMERO SEGUEL).

- ROMERO SEGUEL ALEJANDRO, *El arbitraje comercial en Chile y la Convención de Nueva York de 1958*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 125 ss (cité: ROMERO SEGUEL 2009).
- RUBIO GUERRERO ROGER, *El principio Competence-Competence en la nueva Ley peruana de arbitraje*, in: Revista Lima Arbitration, n° 4, 2010/2011, Lima 2010, p. 101 ss (cité: RUBIO GUERRERO).
- RUSKA MAGUIÑA CARLOS, *Arbitraje ad hoc o arbitraje administrativo. El rol de las instituciones arbitrales en el Perú*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 91 ss (cité: RUSKA MAGUIÑA).
- SACHS KLAUS, *La protection de la partie faible en arbitrage*, in: Les cahiers de l'arbitrage, vol. IV, Paris 2008, p. 72 ss (cité: SACHS).
- SÁENZ MARINERO HUMBERTO, *Comentarios a las reformas a la ley de mediación, conciliación y arbitraje de el Salvador*, in: Revista del Club Español del Arbitraje, vol. 10, Madrid 2011, p. 37 ss (cité: SÁENZ MARINERO).
- SALCEDO CASTRO MYRIAM, *La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 113 ss (cité: SALCEDO CASTRO).
- SALERNO URBANO MARCELO, *L'actualité de l'arbitrage international en Argentine*, in: L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle, aspects de droit comparé, Paris 2008, p. 233 ss (cité: SALERNO URBANO).
- SANABRIA GÓMEZ ARTURO, *La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje. Oferta y aceptación*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 153 ss (cité: SANABRIA GÓMEZ).
- SANABRIA SANTOS HENRY, *Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 235 ss (cité: SANABRIA SANTOS).
- SANDOVAL LÓPEZ RICARDO, *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional, análisis de la ley n° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional*, Santiago de Chile 2005 (cité: SANDOVAL LÓPEZ).
- SÁNQUIZ PALENCIA SHIRLEY, *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Caracas 2005 (cité: SÁNQUIZ PALENCIA).
- SANTISTEVAN DE NORIEGA JORGE, *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 8, Lima 2009, p. 17 ss (cité: SANTISTEVAN DE NORIEGA 2009).
- SANTISTEVAN DE NORIEGA JORGE, *Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 7, Lima 2008, p. 85 ss (cité: SANTISTEVAN DE NORIEGA 2008).
- SANTISTEVAN DE NORIEGA JORGE, *Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 4, Lima 2007, p. 42 ss (cité: SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Tribunal Constitucional y arbitraje*).
- SANTISTEVAN DE NORIEGA JORGE, *Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú*, in: Revista Peruana de Arbitraje, vol. 2, Lima 2006, p. 15 ss (cité: SANTISTEVAN DE NORIEGA).
- SANTOS BELANDRO RUBEN, *Del arbitraje en América Latina: un estudio comparativo*, in: Revista latinoamericana de mediación y arbitraje, vol. X, n° 1, Ciudad de México 2010, p. 78 ss (cité: SANTOS BELANDRO 2010).
- SANTOS BELANDRO RUBEN, *La formalidad del acuerdo de arbitraje en los derechos latinoamericanos*, in: Revista Mexicana de derecho internacional privado, n° 15, Ciudad de México 2004, p. 81 s. (cité: SANTOS BELANDRO).
- SATELER RICARDO, *Historia de la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*, in: Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago de Chile 2007, p. 377 ss (cité: SATELER).
- SCHÄFER ERIK/VERBIST HERMAN/IMHOOS CHRISTOPH, *L'Arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) en pratique*, Berne 2002. (cité: SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS).

- SENÉS MONTILLA CARMEN, *Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales*, in: Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, Madrid 2008, p. 283 ss (cité: SENÉS MONTILLA).
- SERAGLINI CHRISTOPHE, *Les parties faibles face à l'arbitrage international: à la recherche de l'équilibre*, in: Les cahiers de l'arbitrage, vol. IV, Paris 2008, p. 49 (cité: SERAGLINI).
- SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO, *La justicia arbitral ante la Constitución*, in: Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago de Chile 2006, p. 103 ss (cité: SILVA BASCUÑÁN).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *De la calificación del arbitraje internacional en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 345 ss (cité: SILVA ROMERO 2013).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas*, in: Cuestiones claves del arbitraje internacional, Bogotá 2013, p. 165 ss (cité: SILVA ROMERO 2013, *De la confidencialidad*).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *La nouvelle Loi costariécienne sur l'arbitrage commercial international du 25 mai 2011*, in: Revue de l'arbitrage 2011, n° 3, Paris 2011, p. 843 ss (cité: SILVA ROMERO 2011).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad*, in: Revista Lima Arbitration, n° 4, 2010/2011, Lima 2010, p. 53 ss (cité: SILVA ROMERO 2010).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage international en Amérique latine*, in: L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle, aspects de droit comparé, Paris 2008, p. 269 ss (cité: SILVA ROMERO 2008).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *Introducción. El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. XV ss (cité: SILVA ROMERO 2005).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *Una obligación de hacer: someter el litigio al arbitraje*, El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 525 ss (cité: SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de hacer*).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *Una obligación de no hacer: no someter los litigios a la jurisdicción estatal*, El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 695 ss (cité: SILVA ROMERO 2005, *Una obligación de no hacer*).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *Transmisión y extinción del contrato de arbitraje*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 755 ss (cité: SILVA ROMERO 2005, *Transmisión*).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *Breves observaciones sobre el principio "Kompetenz-Kompetenz"*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 579 ss (cité: SILVA ROMERO 2005, *El principio de Kompetenz-Kompetenz*).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *El consentimiento en relación con el contrato de arbitraje, Introducción*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 149 ss (cité: SILVA ROMERO 2005, *El consentimiento*).
- SILVA ROMERO EDUARDO, *Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje "internacional"*, in: El contrato de arbitraje, Bogotá 2005, p. 41 ss (cité: SILVA ROMERO 2005, *contrato de arbitraje internacional*).
- SIQUEIROS JOSÉ LUIS, *La CNUDCI modifica su ley modelo sobre arbitraje comercial internacional*, in: Revista de derecho privado, nueva serie, Universidad Nacional Autónoma de México, año VII, n° 21-22, septiembre 2008-abril 2009 México 2009, p. 3 ss (cité: SIQUEIROS).
- SOARES MACIEL PEDRO/DE LIMA VERONA CARLO, *Brazil*, in: The Arbitration Review of the Americas 2013, Section 3: Country Chapters (cite: SOARES MACIEL/ DE LIMA VERONA) (publié dans: <http://globalarbitrationreview.com/reviews/48/sections/167/chapters/1866/brazil> [10.03.2014]).
- SOTO COAGUILA CARLOS ALBERTO, *El convenio arbitral en la ley peruana de arbitraje de 2008*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 617 ss (cité: SOTO COAGUILA 2011).
- SOTO COAGUILA CARLOS ALBERTO, *Arbitraje comercial internacional en el Perú: Marco legal y jurisprudencial*, in: El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Madrid 2009, p. 603 ss (cité: SOTO COAGUILA).

- SOTO COAGUILA CARLOS ALBERTO/MENDOZA MURGADO KATTY, *El arbitraje en el Perú y en el mundo*, Lima 2010. (cité: SOTO COAGUILA/MENDOZA MURGADO).
- TALERO RUEDA SANTIAGO, *Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva Ley peruana de arbitraje*, in: Revista Lima Arbitration, n° 4, 2010/2011, Lima 2010, p. 71 ss (cité: TALERO RUEDA 2010).
- TALERO RUEDA SANTIAGO, *La evolución jurisprudencial de la arbitrabilidad*, in: El arbitraje en el Perú y en el mundo, Lima 2008, p. 225 ss (cité: TALERO RUEDA 2008).
- TALERO RUEDA SANTIAGO, *Arbitraje comercial internacional, instituciones básicas y derecho aplicable*, Bogotá 2008 (cité: TALERO RUEDA).
- TAMBURINI FRANCESCO, *Historia y destino de la doctrina Calvo: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?*, in: Revista de estudios histórico-jurídicos, n° 24, Valparaíso 2002, p. 81 ss (cité: TAMBURINI).
- TARUFFO MICHELE, *Precedente e giurisprudenza*, in: La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo V, Juez y sentencia constitucional, Ville de Mexique 2008, p. 795 ss (cité: TARUFFO).
- TERCERO ZAMORA JOSÉ ROBERTO, *El arbitraje comercial internacional en El Salvador: marco legal y jurisprudencial*, in: el arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 351 ss (cité: TERCERO ZAMORA).
- TERCIER PIERRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zürich, Bâle, Genève 2009 (cité: TERCIER/FAVRE).
- TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 2^e éd. Zürich, 1999 (cité: TERCIER 1999).
- TERCIER PIERRE/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zürich, Bâle, Genève 2003 (cité: TERCIER).
- TREVIÑO MEIXUEIRO JULIÁN, *Notas sobre la coexistencia de las Convenciones de Nueva York y Panamá en materia de arbitraje comercial internacional*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 595 ss (cité: TREVIÑO MEIXUEIRO).
- TRIGO RITA/JEANDIN NICOLAS, *Unification de la procédure civile: présentation et critique de l'Avant-projet de loi fédérale de procédure civile suisse: journée en l'honneur du Professeur François Perret*, Genève 2004 (cité: TRIGO/JEANDIN).
- VALENCIA FRANCK, *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage*, in: Revue de l'arbitrage 2007, n° 1, Paris 2007, p. 45 ss (cité: VALENCIA).
- VAN DEN BERG ALBERT JAN, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*, Arb.Int'l 1989, vol. III, p. 214 ss (cité: VAN DEN BERG 1989).
- VAN DEN BERG ALBERT JAN, *The New York arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, La Haye 1981 (cité: VAN DEN BERG).
- VASQUEZ PALMA MARIA FERNANDA, *Arbitraje institucional en Latinoamérica: su importancia en la elección de la sedes arbitrales y los elementos más relevantes que deben considerarse en su regulación*, in: Revista internacional de arbitraje, n° 16, Bogotá 2012, p. 97 ss (VASQUEZ PALMA 2012).
- VASQUEZ PALMA MARIA FERNANDA, *¿Están preparados los pases latinoamericanos para ser sedes de arbitraje?*, in: Revista internacional de arbitraje, n° 10, Bogotá 2009, p. 109 ss (VASQUEZ PALMA 2009).
- VASQUEZ PALMA MARIA FERNANDA, *L'arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno*, in: Revista Ius et Praxis, vol. 12, n° 1, Talca 2006, p. 181 ss (cité: VASQUEZ PALMA).
- VASQUEZ PALMA MARIA FERNANDA, *La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española*, in: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° XXVI, Valparaíso 2005, p. 533 ss (cité: VASQUEZ PALMA 2005).

- VELILLA MORENO MARCO ANTONIO, *El debido proceso en el arbitraje comercial colombiano*, in: Arbitraje – Ponencias del congreso internacional de arbitraje 2007, vol. 6, segunda parte, Lima 2007, p. 188 (cit : VELILLA MORENO).
- VERDERA SERVER RAFAEL, *El convenio arbitral*, Cizur Menor 2009 (cit : VERDERA SERVER).
- VILLALBA CUÉLLAR JUAN CARLOS/MOSCOSO VALDERRAMA RODRIGO ANDRÉS, *Orig nes y panorama actual del arbitraje*, in: Revista Prolog menos. Derecho y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, vol. XI, n  22, Bogotá 2008, p. 141 ss (cit : VILLALBA CUÉLLAR/MOSCOSO VALDERRAMA).
- VILLEGAS-CARRASQUILLA LORENZO, *La acción de tutela  un nuevo mecanismo de revisión de laudos arbitrales en Colombia? Comentarios a la sentencia T-920 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana*, in: Revista de Arbitragem e Media o, n  7, São Paulo 2005, p. 324 ss (cit : VILLEGAS-CARRASQUILLA, *La acción de tutela*).
- VIRGÓS SORIANO MIGUEL, *Arbitraje comercial internacional y la Convención de Nueva York de 1958*, in: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Lima 2009, p. 483 ss (cit : VIRGÓS SORIANO).
- VON WOBESER CLAUS, *El acuerdo arbitral contratos coaligados*, in: Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral, tomo II, Bogotá 2011, p. 575 ss (cit : VON WOBESER CLAUS 2011).
- VON WOBESER CLAUS, *Arbitrage international en Amérique latine où en sommes-nous et vers où allons-nous?*, in: L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI  siècle, aspects de droit comparé, Paris 2008, p. 257 ss (cité: VON WOBESER).
- WALD ARNOLDO, *La résolution, par l'arbitrage, des conflits entre l'administration publique et les entreprises privées en droit brésilien*, in: Les cahiers de l'arbitrage, vol. IV, Paris 2008, p. 175 ss (cité: WALD 2008).
- WALD ARNOLDO/SHELLENBERG PATRICK, *L'efficacité de la clause compromissoire au Brésil*, in: Revue de l'arbitrage 2000, né 3, Paris 2000, p. 329 ss (cité: WALD/SHELLENBERG).
- WAGNER GERHARD, *Proze vertr ge, Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998 (cite: WAGNER).
- WIDDEROWITZ NETO WALTER/CARVALHO ELIANE CRISTINA/AZEVEDO CORR A LEONARDO/MARTINS DE OLIVEIRA RENATA, *El arbitraje comercial internacional en Brasil: marco legal y jurisprudencial*, in: el arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial, Madrid 2009, p. 167 ss (cit : WIDDEROWITZ NETO/CARVALHO/AZEVEDO CORR A/MARTINS DE OLIVEIRA).
- WITKER JORGE, *Mecanismos arbitrales en el TLCAN: la experiencia mexicana*, in: Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Az car, Santiago de Chile 2007, p. 637 ss (cit : WITKER).
- ZAPATA DE ARBELÁEZ ADRIANA/BARONA VILAR SILVIA/ESPLUGES MOTA CARLOS, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010 (cit : ZAPATA DE ARBELÁEZ/BARONA VILAR/ESPLUGES MOTA).
- ZAPATA DE ARBELÁEZ ADRIANA, *La norma sustancial aplicable al arbitramiento internacional*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 417 ss (cit : ZAPATA DE ARBELÁEZ 2013).
- ZAPATA DE ARBELÁEZ ADRIANA, *Colombia*, in: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 255 ss (cit : ZAPATA DE ARBELÁEZ).
- ZULETA LONDOÑO ALBERTO, *La protección constitucional del arbitraje*, in: Arbitraje internacional – tensiones actuales, Bogotá 2007, p. 65 ss (cit : ZULETA LONDOÑO).
- ZULETA JARAMILLO EDUARDO, *El nuevo Estatuto Colombiano de Arbitraje Nacional e Internacional*, in: Revista internacional de arbitraje, n  17, Bogotá 2012, p. 27 ss (cit : ZULETA JARAMILLO 2012).
- ZULETA JARAMILLO EDUARDO, * El regreso a la cañoneras y Calvo?: hacia donde va el arbitraje entre inversionistas y Estados*, in: Revista internacional de arbitraje, n  2, Bogotá 2005, p. 48 ss (cit : ZULETA JARAMILLO).

ZÜBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIP, *Swiss Rules of International Arbitration – Commentary*, 2^e éd., Zürich/Bâle/Genève 2013 (cité: ZÜBERBÜHLER/ MÜLLER/ HABEGGER).