



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**

RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI
(CLOUT)

Table des matières

	<i>Page</i>
Décisions relatives à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères – Convention de New York	4
Décision 1222: Convention de New York IV; V; V-1 a); V-2 – Australie: Federal Court of Australia, Dampskibsselskabet Norden A/S c. Beach Building & Civil Group Pty Ltd [2012] FCA 696 (29 juin 2012)	4
Décision 1223: CNY V – Australie: Federal Court of Australia, Traxys Europe SA c. Balaji Coke Industry Pvt Ltd (n° 2) [2012] FCA 276 (23 mars 2012)	6
Décision 1224: CNY [IV]; V-1 a) – Australie: Victorian Court of Appeal, IMC Aviation Solutions Pty Ltd c. Altain Khuder LLC [2011] VSCA 248 (22 août 2011)	8
Décision 1225: CNY VI – Australie: Federal Court of Australia, ESCO Corporation c. Bradken Resources Pty Ltd [2011] FCA 905 (9 août 2011)	9
Décision 1226: CNY V – Australie: Federal Court of Australia, Uganda Telecom Ltd c. Hi-Tech Telecom Pty Ltd [2011] FCA 131 (22 février 2011)	11
Décisions relatives à la Convention de New York et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international	12
Décision 1227: CNY II; LTA 8 – Australie: Supreme Court of the Australian Capital Territory, Lightsource Technologies Australia Pty Ltd c. Pointsec Mobile Technologies AB [2011] ACTSC 59 (12 avril 2011)	12
Décision 1228: CNY II-3; LTA 1-3 b) i) – Australie: Supreme Court of Queensland, Re ACN 103 753 484 Pty Ltd (en liquidation) [2011] QSC 64 (4 avril 2011)	13



Décisions relatives à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international .	15
Décision 1229: LTA 1-1; 2 d); 2 e); 8-1; 19 – <i>Australie: Queensland Court of Appeal, Wagners Nouvelle Calédonie Sarl c. Vale Inco Nouvelle Calédonie SAS [2010] QCA 219 (20 août 2010)</i>	15

Introduction

La présente compilation de sommaires de jurisprudence s'inscrit dans le cadre du système de collecte et de diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et les sentences arbitrales concernant les conventions et lois types issues des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). L'objectif est de faciliter l'interprétation uniforme de ces textes juridiques selon des normes internationales, qui s'accordent avec la nature internationale des textes en question, par opposition aux concepts et traditions juridiques strictement internes. On trouvera de plus amples renseignements sur les caractéristiques du système et sur son utilisation dans le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/REV.1). Le recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI peut être consulté sur le site Web de la Commission (www.uncitral.org/clout/showSearchDocument.do).

Chaque numéro du recueil contient, en première page, une table des matières indiquant les références complètes de chaque décision dont il est rendu compte dans les sommaires, ainsi que les différents articles de chaque texte qui sont interprétés ou mentionnés par la juridiction étatique ou le tribunal arbitral. L'adresse Internet (URL) à laquelle on trouvera le texte intégral des décisions en langue originale, de même que les adresses Internet des éventuelles traductions dans une ou plusieurs langues officielles de l'ONU, sont indiquées dans l'en-tête de chaque décision (il est à noter que la mention de sites Web autres que les sites officiels des organismes des Nations Unies ne signifie pas qu'ils ont l'aval de l'ONU ou de la CNUDCI; en outre, les sites Web sont fréquemment modifiés; toutes les adresses Internet indiquées dans le présent document étaient valides à la date de soumission du document). Les sommaires des décisions interprétant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage comprennent des mots clefs correspondant à ceux qui figurent dans le Thésaurus de la CNUDCI pour la Loi type sur l'arbitrage commercial international, élaboré par le secrétariat de la Commission en consultation avec les correspondants nationaux. Les sommaires des décisions interprétant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale comprennent aussi des mots clefs. Il est possible de rechercher des sommaires dans la base de données disponible sur le site Web de la CNUDCI à partir d'un ou de plusieurs des principaux éléments d'identification ci-après: pays, texte législatif, numéro de l'affaire, numéro du recueil ou date de la décision.

Les sommaires sont établis par des correspondants nationaux désignés par leur pays, ou par d'autres personnes à titre individuel; ils peuvent exceptionnellement être établis par le secrétariat de la CNUDCI lui-même. On notera que ni les correspondants nationaux ni quiconque participant directement ou indirectement au fonctionnement du système n'assument de responsabilité en cas d'erreur, d'omission ou d'autre problème.

Copyright © Nations Unies 2013
Imprimé en Autriche

Tous droits réservés. Les demandes de reproduction en tout ou partie du texte de la présente publication seront accueillies favorablement. Elles doivent être adressées au Secrétaire du Comité des publications des Nations Unies, Siège de l'Organisation des Nations Unies, New York, N.Y. 10017 (États-Unis d'Amérique). Les gouvernements et institutions gouvernementales peuvent reproduire en tout ou partie le texte de la présente publication sans autorisation, mais sont priés d'en informer l'Organisation des Nations Unies.

Décisions relatives à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères – Convention de New York

Décision 1222: CNY IV; V; V-1 a); V-2

Federal Court of Australia

Dampskibsselskabet Norden A/S c. Beach Building & Civil Group Pty Ltd [2012]

FCA 696

29 juin 2012

Original en anglais

Publiée à l'adresse www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2012/696.html

Sommaire établi par Luke Nottage et Albert Monichino, correspondants nationaux

Le requérant, un armateur, avait loué un navire à une société australienne par l'intermédiaire d'un courtier australien. Les différends nés de cette charte-partie devaient être soumis à la loi anglaise et tranchés par la voie de l'arbitrage, dont le lieu avait été fixé à Londres. Le requérant avait demandé le versement de surestaries en raison du retard de l'affrèteur dans le transport d'une cargaison de charbon d'Australie vers la Chine. Il avait convenu avec le défendeur du choix d'un arbitre unique. Le requérant avait demandé et obtenu dudit arbitre le prononcé d'une première "sentence arbitrale déclaratoire" constatant que le nom de l'affrèteur tel qu'il figurait dans la charte-partie était incorrect et ordonnant sa rectification, de sorte qu'il soit établi que l'affrèteur était bien le défendeur à la procédure d'arbitrage. L'arbitre avait ensuite rendu une sentence arbitrale définitive à l'encontre du défendeur, le condamnant aux dommages, aux intérêts et aux frais. Le requérant cherchait à obtenir l'exécution de ces deux sentences à l'encontre du défendeur en Australie, en vertu de l'article 8 de la loi intitulée *International Arbitration Act 1974 (Cth)* (loi du Commonwealth de 1974 sur l'arbitrage international) donnant effet à l'article V de la CNY.

La Cour a rejeté la demande d'*exequatur*, au motif que l'article 2 C de la loi sur l'arbitrage international prévoyait que cette dernière était sans incidence sur l'application de la loi de 1991 sur le transport maritime de marchandises (*Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Cth)*). Or, cette dernière disposait qu'"une convention (qu'elle soit conclue en Australie ou ailleurs) est dépourvue d'effet dans la mesure où elle vise" à limiter la compétence des tribunaux australiens pour la résolution de certains différends (art. 11, par. 2), à moins que les parties ne conviennent de soumettre leurs différends "à l'arbitrage... en Australie" (art. 11, par. 3). En vertu du paragraphe premier de l'article 11 de la loi sur le transport maritime de marchandises, les différends visés sont notamment ceux nés au sujet "a) d'un document de transport maritime relatif au transport de marchandises d'un lieu quelconque en Australie à un lieu quelconque situé hors du territoire australien; ou b) d'un instrument non négociable du type de ceux énumérés à l'article 10, par. 1 b) iii) et relatif à un tel transport de marchandises". La Cour a estimé que la charte-partie en cause relevait de la catégorie a), en se fondant sur le libellé et les travaux préparatoires de la loi sur le transport maritime de marchandises (telle que modifiée en 1997), bien qu'elle n'ait pas constitué un "instrument non négociable" au sens du point b). À cet égard, la Cour s'est inscrite en faux contre une brève "décision préjudicielle" rendue récemment en sens contraire par la Cour suprême d'Australie méridionale, par laquelle cette juridiction

avait décidé que l'article 11 de la loi sur le transport maritime de marchandises s'appliquait aux personnes en possession de connaissements ou d'instruments analogues mais non de chartes-parties (*Jebsens International (Australia) Pty Ltd c. Interfert Australia Pty Ltd* [2012] SASC 50). La Cour fédérale a donc estimé qu'en l'espèce la clause compromissoire désignant Londres comme lieu de l'arbitrage était "dépourvue d'effet" et a en conséquence refusé l'exécution des sentences arbitrales.

Elle n'a cependant pas précisé sur quel élément de l'article 8 de la loi sur l'arbitrage international elle s'appuyait pour parvenir à cette conclusion. Elle a observé que le requérant (créancier de la sentence arbitrale) avait fait valoir que le défendeur n'avait pas démontré que la convention d'arbitrage n'était "pas valable en vertu de la loi désignée comme applicable par la convention, ou, si la convention ne désigne pas la loi applicable, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue" (art. 8, par. 5, al. b) de la loi sur l'arbitrage international, correspondant à l'art. V-1 a) de la CNY). Le requérant prétendait en outre que "ce point devait être établi afin de pouvoir appliquer l'alinéa b) du paragraphe 5 de l'article 8 de la loi susvisée, car cette disposition constituait la seule disposition susceptible de motiver en l'espèce un refus d'exécution de la sentence par la Cour". Or, la Cour avait indiqué plus haut dans son arrêt que "la charge d'établir un ou plusieurs motifs sur lesquels fonder le refus d'exécuter la sentence en vertu des paragraphes 5 et 7 de l'article 8 incombe à la partie qui s'oppose à cette exécution". Le paragraphe 7 de l'article 8 de la loi relative à l'arbitrage international correspond à l'article V-2 de la CNY, aux termes duquel l'exécution d'une sentence étrangère pourra être refusée si: a) l'objet du différend n'est pas susceptible de donner lieu à exécution (à savoir s'il n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage) d'après la loi de l'État où l'exécution est demandée (dans le cas présent, l'Australie), ou b) l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de cet État.

Quant à l'approbation de la rectification de la clause compromissoire, la Cour l'a justifiée en soulignant: que l'article 30 de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, à savoir la loi du lieu de l'arbitrage, conférait à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre compétence au fond – y compris sur la validité de la convention d'arbitrage; et que l'alinéa c) du paragraphe 5 de l'article 48 de cette loi conférait aux arbitres les mêmes pouvoirs qu'au tribunal de commerce anglais en vue d'ordonner la rectification de documents. En outre, en vertu de l'article 67 de la même loi, une partie ayant contesté la compétence de l'arbitre devant celui-ci, sans avoir obtenu gain de cause, a la faculté de se pourvoir en appel devant la Cour dans les 28 jours à compter de la décision rendue par cet arbitre. Comme tel n'avait pas été le cas en l'espèce, la Cour a conclu que "la première sentence ne pouvait plus être attaquée sur le fondement du droit anglais et tranchait donc la question litigieuse".

Au surplus, la Cour a présenté un autre argumentaire (plus détaillé) afin de justifier le rejet des arguments du défendeur contre l'exécution, lequel faisait valoir qu'il n'avait à aucun moment été partie à la clause compromissoire initiale. Elle a observé que le paragraphe premier de l'article 9 de la loi sur l'arbitrage international (reprenant en substance l'article IV de la CNY) exigeait du demandeur qu'il fournisse la sentence et la convention d'arbitrage en vertu de laquelle l'arbitrage "est supposé" avoir été rendu (ou une copie certifiée conforme de chacun de ces documents). En outre, aux termes du paragraphe 5 de l'article 9 de ladite loi, un tel document produit conformément au paragraphe premier du même article, "est, dès sa production, recevable par le tribunal en tant que présomption simple pour les

questions sur lesquelles il porte”. La Cour a donc estimé qu’en produisant ces documents le défendeur avait établi sauf preuve contraire: “a) le fait que chacune des sentences avait été rendue comme elle était supposée avoir été rendue; b) l’objet de chacune des sentences; et c) le fait que chaque sentence était supposée avoir été rendue conformément à la clause n° 32 de la charte-partie... l’unique disposition désignée tant par l’arbitre, que par le requérant, comme disposition contenant la clause compromissoire applicable en l’espèce”.

La Cour a relevé que le défendeur n’avait pas tenté d’apporter la preuve qu’il n’était pas le véritable affréteur et estimé que la simple affirmation selon laquelle il n’était pas désigné comme affréteur par la charte-partie ne suffisait pas à surmonter la force probante des documents produits. En conséquence, elle a conclu que le requérant avait établi sauf preuve contraire que chacune des sentences constituait une sentence étrangère au sens du paragraphe premier de l’article 8 de la loi sur l’arbitrage international. Pour s’opposer à son exécution, le défendeur aurait donc dû identifier le motif susceptible de justifier un refus d’exécution au titre des paragraphes 5 ou 7 de l’article 8 – puis “démontrer de façon à convaincre la Cour” que ce motif était applicable en l’espèce. La Cour a néanmoins observé que, si le requérant “était parvenu à réfuter certains des arguments avancés au nom de [défendeur], il n’avait pas réfuté celui qui se fondait sur l’application” à l’espèce de la loi sur le transport maritime de marchandises. Par ce motif, la Cour l’a donc débouté.

Décision 1223: CNY V

Federal Court of Australia

Traxys Europe SA c. Balaji Coke Industry Pvt Ltd (No 2) [2012] FCA 276

23 mars 2012

Original en anglais

Publiée à l’adresse www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2012/276.html

Sommaire établi par Luke Nottage et Albert Monichino, correspondants nationaux

Une société luxembourgeoise avait conclu un contrat avec une société indienne concernant la fourniture de coke par une société égyptienne. Ce contrat était régi par la loi anglaise et prévoyait un règlement des différends par voie d’arbitrage à Londres en vertu du Règlement d’arbitrage de la London Court of International Arbitration. La société indienne a refusé de payer le coke et la société luxembourgeoise a engagé, à bon droit, une procédure d’arbitrage à son encontre conformément aux termes de la convention d’arbitrage. Les arbitres ont rendu une sentence en faveur du requérant, lequel en a demandé et obtenu l’*exequatur* devant la Cour fédérale d’Australie. L’*exequatur* était demandé en Australie, car il semblait que le débiteur de la sentence soit en possession d’actions d’une société australienne. Parallèlement à cette demande d’*exequatur*, le requérant avait demandé le prononcé d’une ordonnance visant à geler les actions dont il requérait la saisie par la voie de l’exécution de la sentence étrangère. Entre temps, la Haute Cour indienne avait rendu une ordonnance supposée avoir annulé la sentence et faisant obstacle à l’engagement de toute mesure par la société luxembourgeoise en vue de l’exécution de ladite sentence. Cette ordonnance avait été prise sous la forme d’une injonction *ex parte* et n’avait été signifiée à la société luxembourgeoise qu’un mois après son prononcé.

Le débiteur de la sentence (la société indienne) avait soulevé différents arguments en vue de s'opposer à son exécution. En premier lieu, il soutenait que la Cour n'était pas compétente pour prononcer une ordonnance en vue de donner effet à la sentence arbitrale et qu'une telle mesure était différente de l'"exécution" de la sentence "comme si elle était une ordonnance émanant de la Cour". Le débiteur de la sentence a admis que la Cour disposait de la compétence nécessaire pour "exécuter" la sentence, mais soutenait qu'elle ne pouvait pas lui donner effet par le biais de la désignation d'administrateurs-séquestres des actions, car cette mesure ne relevait pas de l'"*exequatur*" au sens de la deuxième partie de la loi de 1974 sur l'arbitrage international. Or, étant donné que le créancier de la sentence n'avait pas encore demandé l'*exequatur* sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 8 de ladite loi, la Cour ne pouvait lui donner effet. La Cour n'a pas estimé que la nomination d'administrateurs-séquestres ne pouvait pas être considérée à proprement parler comme relevant de la notion d'"*exequatur*" au sens de la deuxième partie de la loi sur l'arbitrage international (donnant effet à la CNY). Elle a observé que l'article 53 de la loi de 1976 relative à la Cour fédérale d'Australie "ne limite pas la notion d'exécution des décisions de justice à l'exécution forcée... [et] envisage expressément d'autres modes de mise en œuvre".

En deuxième lieu, le débiteur de la sentence soutenait qu'il incombait au créancier de la sentence d'établir que ledit débiteur détenait dans le pays des actifs susceptibles de faire l'objet de mesures d'exécution. La Cour a estimé que "rien dans la loi sur l'arbitrage international... ne fait obstacle, sur le plan juridique, au prononcé d'un jugement ou d'une ordonnance reprenant les termes de la sentence arbitrale en cause, même si [à ce stade] des éléments de preuve montrent... qu'il est probable, voire avéré, qu'il n'existe aucun actif en Australie contre lequel des mesures d'exécution pourraient être prises".

En troisième lieu, le débiteur de la sentence a fait valoir, qu'en vertu de l'article 8 de la loi sur l'arbitrage international [donnant effet à l'article V de la CNY], il était contraire à l'"ordre public" de chercher à obtenir l'exécution d'une sentence alors que le débiteur de la sentence ne disposait peut-être pas d'actifs dans le pays. La Cour a rejeté cet argument.

En quatrième lieu, le débiteur de la sentence a fait valoir que la sentence avait été annulée par un tribunal indien. Il prétendait, qu'en vertu du paragraphe 7 de l'article 8 de la loi sur l'arbitrage international, il était contraire à l'"ordre public" de permettre au créancier de la sentence d'en obtenir l'exécution malgré l'ordonnance rendue par le juge indien. La Cour australienne a estimé qu'aucune violation de l'ordre public ne résultait de ce que le créancier de la sentence demandait son exécution en Australie "du simple fait que le débiteur s'était pourvu en appel en Inde contre une décision rendue à son encontre dans ce pays (décision de rejet de sa demande de suspension de la sentence rendue par l'arbitre londonien) et avait d'une manière ou d'une autre réussi à convaincre la Haute Cour indienne de lui accorder une injonction provisoire *ex parte* contre le créancier en vue d'empêcher ce dernier de 'faire exécuter la sentence'".

La Cour a estimé que l'ordonnance du tribunal indien visant à annuler la sentence rendue dans le cadre d'une procédure d'arbitrage menée en dehors de l'Inde était dépourvue d'effet. De l'avis de la Cour, une sentence rendue en Angleterre, en vertu de la loi anglaise, ne pouvait être annulée que par un tribunal de ce pays.

Rappelant l'opinion exprimée dans la décision *Uganda Telecom Ltd c. Hi-Tech Telecom Pty Ltd* (2011) 277 ALR 415, point 439, et se conformant à la jurisprudence des États-Unis (notamment *MGM Productions Group Inc. c. Aeroflot Russian Airlines* 2004 WL 234871) et de Hong Kong (*Hebei Import and Export Corporation c. Polytek Engineering Co Ltd* [1999] HKCFA 16), la Cour a considéré que:

“... le motif de refus d'exécution fondé sur l'ordre public veut que les règles d'ordre public à appliquer soient celles du pays dans lequel l'exécution est demandée, mais seuls les aspects de cet ordre public touchant à des questions fondamentales, relevant de la morale et de la justice dudit pays, sont susceptibles de donner lieu à l'invocation de cette exception particulière prévue par la loi. L'exception d'ordre public ne vise pas à ménager un large pouvoir d'appréciation au juge de l'exécution et ne devrait pas être considérée comme un moyen de défense général invocable en dernier ressort. Il ne devrait pas y être recouru pour satisfaire aux tendances particularistes et idiosyncratiques des tribunaux de l'État dans lequel l'exécution est demandée”.

Décision 1224: CNY [IV]; V-1 a)

Victorian Court of Appeal

IMC Aviation Solutions Pty Ltd c. Altain Khuder LLC [2011] VSCA 248

22 août 2011

Original en anglais

Publiée à l'adresse www.austlii.edu.au/au/cases/vic/VSCA/2011/248.html

Sommaire établi par Luke Nottage et Albert Monichino, correspondants nationaux

La présente affaire est née à propos d'un contrat d'exploitation minière conclu entre une société mongole et une société enregistrée aux îles Vierges britanniques. Ce contrat comportait une clause renvoyant d'éventuels différends à l'arbitrage en Mongolie. Un différend étant survenu à propos de la fourniture de services d'ingénierie prévue par le contrat, la société mongole a engagé une procédure d'arbitrage en Mongolie.

Le tribunal arbitral a rendu une sentence en faveur du demandeur, condamnant le défendeur au paiement de plus de 6 millions de dollars américains. Il a en outre ordonné à une société australienne de régler lesdits dommages et intérêts pour le compte du défendeur. La société australienne n'était pas signataire de la convention d'arbitrage: elle était liée à la société enregistrée aux îles Vierges britanniques, sans avoir été elle-même partie à la procédure d'arbitrage. Le texte de la sentence ne précisait pas sur quelle base le tribunal arbitral s'était estimé compétent pour rendre une ordonnance contre la société australienne.

Le requérant avait demandé l'exécution de la sentence en Australie contre les deux sociétés concernées. La société défenderesse à la procédure d'arbitrage ne s'était pas présentée lors de la procédure visant à obtenir l'exécution de ladite sentence, en revanche, la société australienne s'était, elle, présentée afin de s'opposer à l'exécution de la sentence à son encontre. Le tribunal avait rejeté les objections du débiteur de la sentence étrangère et ordonné son exécution. Le juge de première instance avait estimé que, puisque le requérant avait produit une copie de la sentence et de la convention d'arbitrage (comme l'exigeait le paragraphe premier de l'article 9 de la loi de 1974 sur l'arbitrage international), il incombait au débiteur de

la sentence d'établir qu'il n'avait pas été partie à la procédure d'arbitrage afin de justifier son opposition à l'exécution de la sentence sur le fondement de l'alinéa b) du paragraphe 5 de l'article 8 de la même loi (correspondant à l'article V-1 a) de la CNY). Le juge a conclu qu'au vu des preuves produites le débiteur de la sentence ne s'était pas acquitté de cette preuve. Il a donc prononcé l'exécution la sentence rendue en Mongolie. La société australienne s'est pourvue en appel contre cette décision.

La Cour suprême de l'État de Victoria (au civil) a infirmé la décision rendue en première instance, les juges ayant adopté deux approches différentes fondées sur l'idée que le débiteur de la sentence n'était pas partie à la convention d'arbitrage. L'un des juges a tout d'abord estimé que, lorsque l'exécution d'une sentence étrangère était demandée à l'encontre d'une partie non signataire de la convention d'arbitrage, c'était au créancier de la sentence qu'il incombait en vertu de la loi de démontrer, dès le stade initial de la procédure d'exécution, que le débiteur de la sentence était bien partie à la convention d'arbitrage.

Les deux autres juges de la formation, suivant en cela la jurisprudence anglaise, ont considéré en revanche que la loi mettait à la charge du débiteur de la sentence de prouver, au second stade de la procédure d'exécution, qu'il n'existait aucun compromis d'arbitrage valable entre lui-même et le créancier de la sentence. Ils ont néanmoins admis également qu'il revenait au créancier de la sentence d'établir *prima facie*, dès la phase initiale de la procédure, qu'il existait une convention d'arbitrage entre le débiteur et lui-même. Autrement dit, ils étaient d'avis que, lorsque l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère était demandée à l'encontre d'une partie non signataire de la convention d'arbitrage, la simple production de la sentence et de la convention d'arbitrage en vertu de laquelle la sentence était supposée avoir été prononcée, ne suffisait pas à s'acquitter du fardeau de la preuve.

Indépendamment de la question de la charge de la preuve, la Cour suprême a estimé (infirmant ainsi le jugement au fond) que le débiteur de la sentence avait, au vu des preuves, suffisamment établi le motif de refus d'exécution de la sentence étrangère prévu par l'alinéa b) du paragraphe 5 de l'article 8 de la loi sur l'arbitrage international, en se fondant sur le fait que la société australienne n'était pas partie à la convention d'arbitrage et qu'en conséquence le tribunal arbitral n'était pas compétent à son égard. La Cour a ainsi considéré qu'elle n'était pas liée par les conclusions du tribunal arbitral relatives à sa compétence.

Décision 1225: CNY VI

Federal Court of Australia

ESCO Corporation c. Bradken Resources Pty Ltd [2011] FCA 905

9 août 2011

Original en anglais

Publiée à l'adresse www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2011/905.html

Sommaire établi par Luke Nottage et Albert Monichino, correspondants nationaux

Une société américaine avait conclu un contrat de fabrication avec une société australienne, lequel prévoyait que les différends seraient tranchés par voie d'arbitrage conformément aux règles de procédure de la Chambre de commerce internationale (CCI). La société australienne avait engagé une procédure d'arbitrage CCI dans l'État de l'Oregon, aux États-Unis. L'arbitre n'avait pas fait droit à sa

demande et il avait adjugé les frais afférents à l'arbitrage en faveur du défendeur, lequel avait demandé l'exécution de cette sentence à un tribunal de district du même État.

Le requérant refusait le paiement d'une partie des frais de justice que l'arbitre estimait avoir été exposés par le défendeur, et qui se montaient à 7,7 millions de dollars américains – plus précisément il refusait d'acquitter les frais afférents aux aspects du litige touchant au droit de la concurrence américain. Il prétendait que cette partie des frais pourrait représenter jusqu'à 6 millions de dollars, qu'à cet égard la sentence "méconnaissait manifestement la loi" et que l'exécution de cet aspect de la sentence serait contraire à l'ordre public. Le tribunal de district américain a donné force exécutoire à la sentence et il a été ordonné au requérant d'acquitter l'intégralité des frais adjugés par l'arbitre, assortis des intérêts après-jugement au taux des intérêts fédéraux américains. Il a immédiatement interjeté appel de cette décision.

Entre-temps, le défendeur avait demandé l'exécution de la sentence en Australie. Dans ce cadre, le requérant avait présenté au tribunal une demande tendant à l'ajournement de la procédure d'exécution jusqu'à ce que la question ait été définitivement tranchée par la cour d'appel saisie en Oregon. Il se fondait sur le paragraphe 8 de l'article 8 de la loi de 1974 sur l'arbitrage international, correspondant à l'article VI de la CNY. Cette disposition confère en effet à une cour supérieure australienne le pouvoir discrétionnaire d'ajourner la procédure d'exécution lorsqu'une demande tendant à l'annulation de la sentence a été présentée à l'autorité compétente (en l'espèce, la cour d'appel de l'Oregon).

La Cour fédérale australienne a fait droit à la demande de la société australienne et ajourné la procédure d'exécution, sous réserve que ladite société fournisse des garanties afin de protéger le défendeur contre toute perte résultant du retard de l'exécution. Le montant de la garantie exigée correspondait à l'intégralité de la somme due au titre de la sentence arbitrale, à l'exclusion des intérêts. La Cour a rejeté la demande du défendeur tendant à obtenir une garantie plus élevée.

En décidant d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'ajourner la procédure d'exécution la Cour a souligné que, lorsqu'il attaquait la sentence devant les tribunaux de l'Oregon, le requérant semblait agir de bonne foi et que:

[le défendeur] n'avait pas demandé l'exécution de la sentence en Australie avant que le tribunal de district américain ait rendu un jugement en sa faveur en mai 2011. Il n'est venu en Australie qu'après avoir échoué à obtenir des intérêts sur le montant des frais accordés par l'arbitre au taux plus élevé prévu par la loi de l'État de l'Oregon. Il aurait pu chercher à faire exécuter la sentence en Australie en juin 2010, mais avait décidé de s'en abstenir à ce moment-là.

La Cour a également observé qu'étant donné que le chiffre d'affaires annuel de la société dépassait le milliard de dollars, il était peu probable que le requérant cherche à dissimuler ses actifs ou se trouve dans l'incapacité de payer les dommages et intérêts à l'issue de la période d'ajournement, et que l'offre du requérant de fournir une garantie était propre à protéger pleinement le défendeur contre toute perte découlant de cet ajournement.

Cependant, bien que la Cour ait en principe fait droit à la demande du requérant, elle a ordonné qu'il prenne en charge ses propres frais. Le motif qu'elle a avancé pour justifier cette décision semblait être que l'ajournement constituait une "mesure de bienveillance de la part de la Cour".

Décision 1226: CNY V

Federal Court of Australia

Uganda Telecom Ltd c. Hi-Tech Telecom Pty Ltd [2011] FCA 131

22 février 2011

Original en anglais

Publiée à l'adresse www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2011/131.html

Sommaire établi par Luke Nottage et Albert Monichino, correspondants nationaux

Une société ougandaise (le requérant) avait conclu un contrat de services avec une société australienne (le défendeur). Ce contrat comportait une clause compromissoire, même si celle-ci ne précisait ni le lieu de l'arbitrage, ni la loi applicable, ni les règles de procédure à suivre. La société ougandaise prétendait que l'autre partie avait contrevenu au contrat en omettant de fournir une garantie ou d'acquitter des factures. Elle a donc engagé une procédure d'arbitrage en Ouganda devant un arbitre unique. La société australienne n'a pas participé à cette procédure et une sentence a été prononcée en faveur du requérant, lequel a présenté une demande auprès de la Cour fédérale d'Australie en vue d'obtenir l'exécution de cette sentence en vertu de l'article 8 de la loi de 1974 sur l'arbitrage international, qui donne effet à l'article V de la CNY. Le défendeur a soulevé plusieurs arguments à l'appui de son opposition à l'exécution de la sentence, qui ont tous été rejetés par la Cour.

En premier lieu, le défendeur a fait valoir que la convention d'arbitrage était nulle à raison de son imprécision, résultant du fait qu'elle n'indiquait pas le lieu de l'arbitrage, le nombre des arbitres, le droit applicable à l'arbitrage ou les règles de procédure devant être appliquées. La Cour a écarté cet argument en observant que le contrat de service avait été conclu en Ouganda, était expressément régi par la loi ougandaise et qu'un dispositif permettant de remédier à l'ensemble des omissions signalées par le défendeur était prévu par la loi intitulée *Ugandan Arbitration and Conciliation Act 2000* (loi ougandaise de 2000 relative à l'arbitrage et à la conciliation, conforme à la LTA, et applicable en l'espèce, car l'Ouganda était le lieu convenu de l'arbitrage).

En second lieu, le défendeur prétendait que la sentence n'était ni une "sentence arbitrale", ni une "sentence étrangère" au sens de la loi sur l'arbitrage international. La Cour a considéré que la sentence en cause correspondait à la définition d'une sentence arbitrale aux termes tant de la loi ougandaise de 2000, que de la loi australienne sur l'arbitrage international et, qu'eu égard au fait qu'elle avait été prononcée en Ouganda, elle constituait clairement une sentence étrangère.

Enfin, le défendeur soutenait que la sentence ne devait pas être exécutée parce qu'elle comportait des erreurs de fait et de droit; en particulier, l'arbitre avait commis une erreur dans le calcul du montant des dommages et intérêts. La Cour a considéré que la loi sur l'arbitrage international ne prévoyait pas ce motif pour justifier de refuser l'exécution. Elle a également rejeté l'argument du défendeur selon lequel les erreurs de fait et de droit étaient susceptibles de relever du motif

touchant à l'ordre public prévu par l'alinéa b) du paragraphe 7 de l'article 8 de la même loi (correspondant à l'article V-2 b) de la CNY). De l'avis de la Cour, un raisonnement juridique erroné ou une application erronée de la loi ne constituaient pas des violations de l'ordre public; au contraire, l'ordre public australien exigeait d'exécuter les sentences arbitrales "dans toute la mesure du possible". Il est important de noter que la Cour a estimé que la loi sur l'arbitrage international (telle que modifiée en 2010) énumérait de manière exhaustive les motifs susceptibles de justifier le refus d'exécuter une sentence étrangère, aux paragraphes 5 et 7 de son article 8, et que la Cour ne disposait d'aucune compétence discrétionnaire résiduelle lui permettant de refuser l'exécution.

Décisions relatives à la Convention de New York et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

Décision 1227: CNY II; LTA 8

Supreme Court of the Australian Capital Territory

Lightsource Technologies Australia Pty Ltd c. Pointsec Mobile Technologies AB [2011] ACTSC 59

12 avril 2011

Original en anglais

Publiée à l'adresse www.austlii.edu.au/au/cases/act/ACTSC/2011/59.html

Sommaire établi par Luke Nottage et Albert Monichino, correspondants nationaux

La présente affaire est née de la conclusion d'un accord de distribution non exclusive entre des sociétés éditrices de logiciels suédoise et australienne en vue de mettre au point des produits destinés au Ministère australien de la défense. Cet accord comprenait une clause compromissoire soumettant les différends à l'arbitrage sous l'empire du Règlement d'arbitrage accéléré de la Chambre de commerce de Stockholm. Il prévoyait que "l'arbitrage a lieu à Stockholm, Suède". La loi suédoise était désignée comme loi du contrat. Ce dernier comportait également la clause de prescription suivante: "Aucune action ni réclamation d'aucune sorte relative au Présent contrat ne peut être intentée ou présentée par [l'une ou l'autre partie] plus de six mois après la date à laquelle [l'autre partie] a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des motifs sur lesquels est fondée ladite action ou réclamation".

La société australienne a engagé une action contre la société suédoise devant la Cour suprême du Territoire de la capitale australienne, alléguant notamment du comportement déraisonnable de la société suédoise, contrairement aux articles 51AA et 51AC de la loi intitulée *Trade Practices Act 1974 (Cth)* (loi du Commonwealth de 1974 sur les pratiques commerciales, renommée en 2010 loi australienne sur la consommation). Le défendeur a demandé au juge la suspension définitive de la procédure judiciaire au profit de l'arbitrage, comme le prévoyait l'accord conclu entre les parties. La Cour a examiné cette demande en mai 2008, mais ne s'est pas prononcée avant avril 2011.

La Cour a admis l'applicabilité de l'article 7 de la loi sur l'arbitrage international, après avoir examiné les quatre conditions auxquelles cette application est soumise (l'article 7 reprend l'article II de la CNY). Cependant, elle a estimé que la suspension de l'action ne devrait pas être prononcée en raison du paragraphe 5 du

même article, lequel interdit de prononcer la suspension lorsque la convention d'arbitrage est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée". Elle s'est basée notamment sur la clause de prescription figurant dans l'accord conclu par les parties. Elle a considéré que le défendeur suédois avait omis d'engager l'action prévue dans les six mois à compter du moment où il avait eu connaissance du différend relatif à l'accord et, qu'en conséquence, la clause de prescription jouait. Eu égard à ces considérations, elle a conclu que la convention d'arbitrage devait être "écartée" en principe et qu'elle était donc "inopérante ou non susceptible d'être appliquée". Plus précisément la Cour a jugé que, correctement interprétée, la clause de prescription faisait obstacle à la procédure d'arbitrage, mais non à la réclamation au fond (ou du moins la cour n'était pas convaincue, à défaut d'arguments plus complets, que la clause de prescription faisait obstacle à la demande au fond). Il en résultait que la convention d'arbitrage était rendue inopérante mais que le plaignant pouvait poursuivre la procédure engagée devant elle.

La Cour a également rejeté un argument distinct du défendeur en faveur d'une suspension de l'action sur le fondement de l'article 8 LTA (auquel l'article 16 de la loi relative à l'arbitrage international donne effet), concluant que les parties avaient décidé de se soustraire à l'application de la LTA. Ce faisant, la Cour a appliqué la décision *Australian Granites Ltd c. Eisenwerk Hensel Bayreuth Dipl-Ing GmbH* (2001) 1 QdR 461, laquelle énonce qu'en convenant de soumettre leurs différends à l'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, les parties s'étaient implicitement soustraites à l'application de la LTA, en vertu de l'article 21 de la loi sur l'arbitrage international (avant sa modification de 2010).

Enfin, la Cour a examiné si la procédure devrait être suspendue en vertu de l'article 53 de la loi de 1986 sur l'arbitrage commercial (*Commercial Arbitration Act 1986*). Elle a rejeté la suspension estimant qu'il y avait un "motif suffisant" aux fins de l'article 53 qui justifiait de ne pas renvoyer la question à l'arbitrage. L'un des arguments sur lesquels elle s'est appuyée à cet égard était qu'il se pouvait qu'une action fondée sur le caractère déraisonnable du comportement de la société suédoise, aux termes de la loi sur les pratiques commerciales, ne puisse être menée en Suède en vertu de la loi suédoise.

Décision 1228: CNY II-3; LTA 1-3 b) i)

Supreme Court of Queensland

Re ACN 103 753 484 Pty Ltd (en liquidation) [2011] QSC 64

4 avril 2011

Original en anglais

Publiée à l'adresse www.austlii.edu.au/au/cases/qld/QSC/2011/64.html

Sommaire établi par Luke Nottage, correspondant national, et Diana Hu

La question principale qui se posait dans cette affaire était celle de savoir si un compromis d'arbitrage conclu entre le plaignant (liquidateurs) et les défendeurs devait être écarté au motif qu'il imposait au premier une charge excessive et injustifiée dans les circonstances de l'espèce. Le plaignant avait commencé par engager une procédure judiciaire et non une procédure d'arbitrage. En réponse, le défendeur à l'action demandait au juge de surseoir à statuer et de renvoyer la question à l'arbitrage.

Le plaignant faisait valoir que le compromis d'arbitrage lui imposait "des obligations financières injustifiées et excessives", car la clause n° 12 dudit compromis exigeait du demandeur (en tant que partie recourant à l'arbitrage) qu'il verse 20 000 dollars à chacun des défendeurs à titre d'"avance de frais" et qu'il avance en outre l'intégralité des honoraires de l'arbitre. Il fixait en outre la Nouvelle-Zélande comme lieu de l'arbitrage auquel les parties devaient soumettre leurs différends (article 1-3 b) i) de la LTA).

La Cour a estimé que l'application du compromis d'arbitrage devait être écartée en vertu de l'article 568, paragraphe 1A, de la section 7A de la loi intitulée *Corporations Act 2001 (Cth)* (loi du Commonwealth de 2001 sur les sociétés), aux termes de laquelle un liquidateur peut demander au juge l'autorisation de renoncer à l'exécution d'un contrat, dégageant ainsi la société de tous les droits et obligations y afférents qui ne sont pas encore nés. En conséquence, la Cour a rejeté la demande des défendeurs tendant à obtenir le sursis à statuer sur le fondement de l'article 7 de la loi sur l'arbitrage international, qui donne effet à l'article II-3 de la CNY, au motif que la convention d'arbitrage était "caduque [et] inopérante" au regard de dispositions législatives autres que la loi sur l'arbitrage international. Le plaignant a donc pu poursuivre son action contre les défendeurs devant elle.

La clause n° 1 du compromis imposait aux parties de soumettre à l'arbitrage "tout différend quelconque survenu ou susceptible de survenir entre elles concernant une relation juridique donnée, qu'elle soit ou non d'origine contractuelle". Sa clause n° 12 imposait en outre à la partie recourant à l'arbitrage (ici, les liquidateurs de la plaignante) de verser 20 000 dollars australiens à chacun des défendeurs et d'avancer les frais d'arbitrage, et elle conférait le pouvoir de nommer l'arbitre unique à une personne déterminée ayant un lien avec le défendeur. Ce renvoi obligatoire à l'arbitrage et les frais qui y étaient associés ont été considérés comme portant inutilement préjudice aux créanciers, car la société plaignante se trouvait en liquidation à la date de la procédure judiciaire.

Les défendeurs soutenaient qu'il n'était pas inhabituel que la partie initiant la procédure d'arbitrage se voit imposer de prendre en charge les frais encourus par les autres parties, ainsi que les frais d'arbitrage. En outre, ils s'appuyaient sur la décision rendue dans l'affaire *Tanning Research Laboratories c. O'Brien* (1990), 169 CLR 332, pour faire valoir qu'une convention internationale d'arbitrage devrait lier le liquidateur d'une société lorsque le différend concernait un grief d'ordre général.

La Cour a néanmoins estimé qu'en l'espèce:

Le compromis d'arbitrage impose aux requérants des charges excessives et injustifiées au détriment des créanciers dans le cadre de la liquidation de la société. Ces charges consistent à exiger de la société qu'elle verse aux défendeurs des sommes prohibitives et qu'elle prenne en charge l'intégralité des frais d'arbitrage. Il existe un lien entre les défendeurs et M. [...], qui dispose du pouvoir exclusif de désigner l'arbitre. S'il est soutenu que l'arbitrage sera moins coûteux qu'une procédure judiciaire, cet argument ne prend pas en considération la circonstance selon laquelle, étant donné qu'il n'y a pas de rapport entre le lieu d'arbitrage prévu et celui de la procédure judiciaire, laquelle se tient uniquement dans l'État du Queensland et [est] régie

par la loi de cet État, il est probable que les frais encourus par les parties seront extrêmement élevés.

La Cour a également observé que les défendeurs n'avaient pas cherché à soumettre le différend à l'arbitrage en vertu du compromis, car cela aurait fait naître à leur charge des obligations financières à l'égard du plaignant, à savoir l'obligation, aux termes dudit compromis, de lui verser 20 000 dollars et celle de prendre en charge les frais d'arbitrage. La Cour a estimé que cette circonstance constituait un élément pertinent l'amenant à conclure qu'elle devrait accorder aux requérants l'autorisation d'écarter le compromis.

Finalement, la Cour a jugé que rien ne suggérait que les activités des parties à la convention avaient à aucun moment comporté d'élément relevant du commerce international. En conséquence, "autoriser les requérants à écarter l'application du compromis d'arbitrage ne serait pas contraire à l'objet ou au but de la loi (sur l'arbitrage international). Cela ne compromettrait pas non plus le commerce international".

En tout état de cause, se fondant apparemment sur les termes du paragraphe 2 de l'article 7 de la loi sur l'arbitrage international autorisant un tribunal à surseoir à statuer "à certaines conditions qu'il jugera (éventuellement) appropriées", la Cour a observé qu'elle n'aurait pu envisager d'accorder le sursis à statuer que si les "défendeurs avaient accepté de renvoyer la procédure à l'arbitrage conformément au compromis, ce qui aurait impliqué qu'ils versent au plaignant les 20 000 dollars exigés par le (...) compromis, et qu'ils prennent en charge les frais d'arbitrage...".

Décisions relatives à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

Décision 1229: LTA 1-1; 2 d); 2 e); 8-1; 19

Queensland Court of Appeal

Wagners Nouvelle Calédonie Sarl c. Vale Inco Nouvelle Calédonie SAS [2010] QCA 219

20 août 2010

Original en anglais

Publiée sous l'adresse www.austlii.edu.au/au/cases/qld/QCA/2010/219.html

Sommaire établi par Luke Nottage et Albert Monichino, correspondants nationaux

La présente affaire est née à propos d'un contrat comportant une clause de résolution des différends prévoyant de soumettre ces derniers à l'arbitrage à Brisbane en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (Règlement de la CNUDCI). Même si la décision ne le mentionne pas expressément, il apparaît clairement que l'une des parties au moins avait son établissement hors d'Australie. En conséquence, l'arbitrage avait un caractère "international" en vertu de l'article 1-1 de la LTA, auquel l'article 16 de la loi australienne sur l'arbitrage international donne effet, donc l'application de cette dernière était en jeu. Le défendeur avait initié une procédure d'arbitrage, mais les parties étaient en désaccord sur la question de savoir si la LTA constituait la loi applicable à cette procédure. Les parties ont convenu de soumettre cette question à la Cour d'appel de l'État du Queensland afin qu'elle statue à titre préjudiciel, conformément à la

règle 483 des règles uniformes de procédure civile du Queensland de 1999 (*Uniform Civil Procedure Rules 1999 (Qld)*).

L'appelant faisait valoir qu'en choisissant le Règlement de la CNUDCI, les parties avaient exclu l'application de la LTA, conformément à l'article 21 de la loi sur l'arbitrage international (avant qu'elle n'ait été modifiée en 2010). Il a relevé que le Règlement de la CNUDCI fournissait un cadre juridique détaillé pour l'arbitrage, allant de la composition du tribunal arbitral à la sentence. Il a invité la Cour à suivre la décision qu'elle avait rendue antérieurement dans l'affaire *Eisenwerk*¹. Dans cette affaire la Cour avait en effet interprété l'article 21 susmentionné, permettant aux parties d'exclure l'application de la LTA (avant que cet article n'ait fait l'objet d'une modification en 2010), comme s'appliquant lorsque les parties choisissaient des règles d'arbitrages (supposées) incompatibles (en l'espèce les parties avaient désigné le Règlement d'arbitrage de la CCI). L'appelant avait en outre souligné les différences apparentes existant entre le Règlement de la CNUDCI et la LTA (même si la décision ne mentionnait aucune différence spécifique).

De son côté, le défendeur soutenait que le règlement d'arbitrage se distinguait sur le plan conceptuel de la législation en matière d'arbitrage, telle que la LTA. Il prétendait également que le Règlement de la CNUDCI n'était pas incompatible avec les dispositions de la LTA, relevant qu'il demeurait silencieux sur certains points importants dont la LTA était la seule à traiter, notamment sur le rôle des tribunaux.

La Cour a répondu par la négative à la question de savoir si, en optant pour le Règlement de la CNUDCI, les parties avaient exclu la LTA: le choix des parties en faveur du Règlement de la CNUDCI ne signifiait pas qu'elles avaient entendu exclure la LTA. La Cour a souligné que la question de la coexistence entre la LTA et le Règlement de la CNUDCI avait fait l'objet "d'innombrables commentaires"; et que les termes de l'une et de l'autre montraient également que cette coexistence était possible. Cependant, il y avait des différences importantes entre le Règlement de la Chambre de commerce internationale (soumis à la Cour dans l'affaire *Eisenwerk*) et le Règlement de la CNUDCI. En conséquence, la Cour a estimé que la décision rendue dans l'affaire *Eisenwerk* se "distinguaient clairement" de la présente espèce. Elle a en outre expressément refusé d'examiner le bien-fondé de cette décision. Elle l'a considérée comme un élément de fait destiné à établir les intentions objectives des parties dans la présente affaire. La Cour a déclaré que le principe *Eisenwerk* n'était "en réalité, aucunement un principe", mais plutôt "une conclusion révélant l'intention contractuelle de certaines parties dans des circonstances données".

¹ *Australian Granites Ltd c. Eisenwerk Hensel bayeruth Dipl-Ing GmbH* (2001) 1 QdR 461.