

Le droit néerlandais de l'arbitrage

Dr Albert Jan van den BERG*

Avocat à Rotterdam

Ancien secrétaire général de l'Institut néerlandais d'arbitrage

246 1 La nouvelle loi néerlandaise sur l'arbitrage¹, qui est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1988, ne fait pas de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Les dispositions de la nouvelle loi sont considérées avoir une telle flexibilité qu'elles sont aptes à conférer une base solide aux deux types d'arbitrage. En outre, une distinction entre deux régimes légaux pourrait donner lieu à la question de savoir si un arbitrage est interne ou international.

Néanmoins, la loi contient quelques dispositions qu'on a jugé nécessaire d'adapter au bénéfice des arbitrages internationaux siégeant aux Pays-Bas :

- augmentation du délai imparti pour la désignation de l'arbitre si au moins une partie est domiciliée ou a sa résidence de fait en dehors des Pays-Bas (art. 1027, al. 2);
- augmentation du délai imparti pour la récusation d'un arbitre si l'arbitre concerné ou au moins une partie est domiciliée ou a sa résidence de fait en dehors des Pays-Bas (art. 1035, al. 4);
- détermination du droit applicable au fond du litige (art. 1054, al. 2).

* Stibbe, Blaisse & De Jong, Amsterdam.

1. Une traduction française de la nouvelle loi ainsi que des annotations sont publiées dans P. SANDERS et A.J. van den BERG, *The Netherlands Arbitration Act 1986*, Deventer, Kluwer, 1987, qui contient également une traduction anglaise et allemande de la loi. Le présent rapport est en partie basé sur les annotations dans cette édition. La traduction française de la loi est reproduite dans *la Revue de l'arbitrage*, n° 2, 1988, pp. 349-373. Voy. aussi A.J. van den BERG "National Report Netherlands", dans *XII Yearbook Commercial Arbitration* (1987), pp. 3-38, et dans *International Handbook on Commercial Arbitration*; J.C. SCHULTSZ, "Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage", *Rev. arb.*, n° 2, 1988, pp. 209-222.

La loi est basée sur le principe de la territorialité de l'arbitrage. En conséquence, elle est divisée en deux titres : Titre Premier : l'arbitrage aux Pays-Bas (art. 1020 à 1073), et Titre Deux : l'arbitrage en dehors des Pays-Bas (art. 1074 à 1076 relatifs à la convention d'arbitrage en dehors des Pays-Bas et la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales rendues en dehors des Pays-Bas).

Les dispositions du Titre Premier, qui peut être appelé la loi sur l'arbitrage proprement dite, sont applicables si le lieu de l'arbitrage est situé aux Pays-Bas (art. 1073, al. 1). Dès lors, une "sentence nationale" est toute sentence arbitrale rendue dans un arbitrage qui a lieu aux Pays-Bas.

Le Titre Deux prévoit expressément qu'une sentence étrangère est une sentence rendue dans un Etat étranger (art. 1075 et 1706, al. 1).

La notion "sentence internationale" est juridiquement inconnue aux Pays-Bas.

247 2 La nationalité d'une sentence n'est déterminée, aux Pays-Bas, que par référence au lieu de l'arbitrage. Le législateur néerlandais a utilisé ce critère exclusivement puisque celui-ci est clair et, partant, donne une sécurité juridique à l'arbitrage international.

Le lieu de l'arbitrage est fixé par convention entre les parties et, à défaut d'une telle convention, par le tribunal arbitral (art. 1037, al. 1). La loi utilise l'expression "lieu de l'arbitrage" dans son sens juridique. Au sens matériel du terme, le tribunal n'en est pas moins autorisé à tenir des audiences, à entendre les témoins et les experts en tout autre lieu, aux Pays-Bas ou en dehors des Pays-Bas (art. 1037, al. 3). Comme il vient d'être observé, le lieu de l'arbitrage signifie au sens juridique du terme que, s'il est situé aux Pays-Bas, le Titre Premier de la loi est applicable (art. 1073, al. 1).

248 3 La loi prescrit que la preuve de la convention d'arbitrage doit être fournie par écrit (art. 1021, 1^{ère} phrase). A cet effet, il suffit (art. 1021, 2^e phrase) :

- que le document écrit prévoie l'arbitrage et qu'il ait été accepté, expressément ou implicitement, par l'autre partie, ou
- que le document écrit, se référant à des conditions générales prévoyant l'arbitrage, ait été accepté expressément ou implicitement, par l'autre partie.

Toutefois, nonobstant ce qui précède, une convention d'arbitrage est également censée avoir été conclue si les parties comparaissent devant le tribunal arbitral sans invoquer l'absence de convention préalablement à toute défense (art. 1052, al. 2 et 1065, al. 2).

249 4 Il n'existe pas de règles spéciales au sujet de la capacité de compromettre qui est régie par le droit commun. L'Etat peut également conclure une convention d'arbitrage pourvu que quelques formalités soient observées.

La capacité des étrangers pour conclure une convention d'arbitrage est déterminée par la loi qui leur est applicable.

250 5 L'article 1021 prévoit expressément que la convention d'arbitrage soit acceptée "par l'autre partie ou en son nom". L'expression "ou en son nom" est insérée dans l'article 1021 en vue, en particulier, des contrats conclus par intermédiaire.

La question de savoir si une clause d'arbitrage peut valoir également à l'égard de toute autre société faisant partie du même groupe de sociétés que celle qui a souscrit à la clause d'arbitrage, ne s'est pas (encore) posée aux Pays-Bas.

251 6 L'article 1020, al. 3, donne la définition suivante quant à la non-arbitrabilité de l'objet du litige :

"La convention d'arbitrage ne peut avoir d'effet à l'égard de droits dont les conséquences légales ne sont pas à la libre disposition des parties."

Cette définition correspond à celle de "litige n'étant pas susceptible d'arbitrage" (cf. art. 1052, al. 2 *in fine*). Il est exceptionnel qu'une question ne soit pas susceptible d'arbitrage aux Pays-Bas.

252 7 La possibilité pour le tribunal arbitral de statuer en qualité d'amiable compositeur est expressément prévue par la loi (art. 1054, al. 3). Le tribunal est autorisé à agir ainsi si les parties sont convenues de lui conférer cette mission. Cette convention n'est pas soumise à des conditions de forme spécifiques et peut être également conclue au cours de la procédure d'arbitrage. A défaut d'une telle convention, le tribunal doit statuer conformément aux règles de droit (art. 1054, al. 1). La portée de l'amiable composition est controversée dans la doctrine néerlandaise.

Les règlements d'arbitrage existant aux Pays-Bas prévoient généralement l'amiable composition. Le règlement de l'Institut néerlandais d'arbitrage (en vigueur depuis le 1^{er} décembre 1986) la prévoit en matière d'arbitrage entre parties néerlandaises. Toutefois, ce règlement prévoit, en matière d'arbitrage international (l'une des parties est domiciliée ou a sa résidence de fait en dehors des Pays-Bas), que les arbitres doivent statuer selon les règles de droit à moins qu'ils n'aient été autorisés à statuer comme amiables compositeurs.

Une institution proche de l'arbitrage est l'avis liant les parties (*bindend advies*). Cette institution, qui est purement contractuelle et s'inscrit dans le cadre du Code civil, consiste en ce que les parties se soumettent d'avance à l'avis donné par un tiers (*bindend adviseur*). Une décision intervenant dans un avis liant les parties n'a pas la valeur d'une sentence arbitrale qui peut être déclarée exécutoire par une simple décision du président du Tribunal de première instance. Si l'une des parties n'agit pas conformément à l'avis, cela est considéré comme une rupture du contrat. Dans pareil cas, l'autre

partie peut assigner la partie défaillante devant le tribunal en vue d'obtenir l'exécution de la convention.

Alors qu'une sentence arbitrale n'est généralement contrôlée que sur les formes, une décision intervenant dans un avis liant les parties peut également être contrôlée marginalement sur le fond par le tribunal. Une demande tendant à l'exécution de la décision sera rejetée si le tribunal estime que son contenu ou la manière dont elle a été rendue est telle qu'il serait contraire à la bonne foi de considérer la partie condamnée comme liée par la décision.

253 8 L'article 1054, al. 2, prévoit :

"Si les parties ont fait choix d'un droit applicable, le tribunal arbitral statue conformément aux règles de droit retenues par les parties. A défaut d'un tel choix, le tribunal arbitral statue conformément aux règles de droit qu'il juge appropriées à l'espèce."

Cette disposition a été introduite dans la loi en considération des arbitrages internationaux aux Pays-Bas. Le tribunal arbitral rendra sa sentence conformément aux règles de droit choisies par les parties. A défaut d'un tel choix, la deuxième phrase confère au tribunal arbitral le pouvoir d'opérer un choix direct, sans être obligé d'appliquer des règles de conflit de lois.

Le Mémoire explicatif du ministre de la Justice accompagnant le projet de loi mentionne que la disposition citée plus haut autorise également l'application de la "lex mercatoria". Toutefois, la doctrine néerlandaise est assez sceptique à l'égard de l'existence et de l'étendue de la "lex mercatoria". La question de la "lex mercatoria" ne s'est pas (encore) posée dans la jurisprudence néerlandaise.

254 9 En effet, la nouvelle loi est une des rares lois dans le monde qui contient une disposition expresse à ce sujet. L'article 1020, al. 4, prévoit :
"Les parties peuvent également convenir de soumettre à l'arbitrage les questions consistant à :

(...)

"(d) combler les lacunes du rapport de droit visé au paragraphe (1) ou modifier ce rapport de droit."

Le rapport de droit visé au premier paragraphe de l'article 1020 est "un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel".

Le pouvoir de l'arbitre de modifier un contrat comprend l'adaptation du contrat en raison d'un changement essentiel de circonstances. La solution contractuelle prévue au Règlement de la C.C.I. sur l'adaptation des contrats – qui en droit néerlandais serait un avis liant les parties (voy. la réponse à la question n° 7) – peut donc être remplacée aux Pays-Bas par l'arbitrage.

255 10 Comme il est observé dans la réponse aux questions 1 et 2, si le lieu de l'arbitrage est situé aux Pays-Bas, les dispositions du Titre Premier sont applicables (art. 1073, al. 1). D'après la loi néerlandaise, il n'est donc

pas possible de convenir que le lieu de l'arbitrage se situe aux Pays-Bas tandis que cet arbitrage est régi par une loi étrangère sur l'arbitrage.

En ce qui concerne la procédure d'arbitrage, l'article 1036 prévoit : "Sous réserve des dispositions du présent Titre, la procédure arbitrale est conduite de la manière convenue par les parties ou, dans la mesure où les parties n'en sont pas convenues, telle que le tribunal arbitral l'a déterminée."

Dans ce cadre, les parties pourraient en théorie prévoir l'applicabilité d'une loi de procédure étrangère à la procédure d'un arbitrage dont le lieu se situerait aux Pays-Bas. Toutefois, les dispositions de la loi de procédure étrangère sont assujetties aux dispositions de la loi néerlandaise auxquelles il n'est pas permis de déroger (art. 1036 : "Sous réserve des dispositions du présent Titre...").

Il est possible de déroger à une disposition de la loi néerlandaise chaque fois que celle-ci le permet expressément (par exemple, par la phrase "à moins que les parties n'en soient convenues autrement"). Un accord de dérogation résulte notamment d'un règlement d'arbitrage auquel les parties se sont référées dans leur convention d'arbitrage.

Il est à noter que la phrase permettant une dérogation à une disposition légale revient souvent dans la loi. La loi est conçue de telle sorte que si les parties n'ont pas contracté sur un point particulier, elles-mêmes, ainsi que les arbitres, peuvent trouver la solution dans la loi.

Il est permis de s'interroger sur l'intérêt pratique d'une convention sur l'applicabilité d'une loi de procédure autre que celle du lieu de l'arbitrage. Une telle convention peut entraîner des problèmes très complexes. Pour cette raison, il n'est pas surprenant qu'une telle convention soit assez rare dans la pratique. Il ne faut pas oublier que la notion du "lieu d'arbitrage" est plutôt une notion juridique. Au sens matériel du terme, le tribunal arbitral peut tenir ses audiences, délibérer, entendre les témoins et les experts en tout autre lieu qu'il juge approprié.

256 11 Pour ce qui concerne un arbitrage qui se déroule aux Pays-Bas, aucune distinction n'est en principe faite entre règles d'ordre public interne et celles d'ordre public international. Il se peut que la jurisprudence développe quelques règles d'ordre public international pour les arbitrages internationaux dont le lieu se situerait aux Pays-Bas (par exemple, la faculté de ne pas motiver une sentence; selon l'article 1057, al. 4, e, la motivation est obligatoire). Compte tenu de la date récente de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, un tel développement jurisprudentiel n'est pas probable dans le futur proche.

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger, d'ores et déjà les juridictions néerlandaises ont appliqué le critère restrictif d'ordre public international dans un certain nombre de cas. Par exemple, une sentence anglaise sans motivation a été rendue exécutoire aux Pays-Bas considérant que la loi anglaise le permet, même si cela est, selon la loi néerlandaise, contraire à l'ordre public.

257 12 Les parties sont en effet libres de convenir de la langue de l'arbitrage. A défaut d'une telle convention, le tribunal arbitral détermine la langue au cas où les parties (et/ou les arbitres) appartiennent à des groupes linguistiques différents.

Il est à noter que les juges néerlandais adoptent, à cet égard aussi, une attitude assez pratique. Un exemple est la décision du 12 juillet 1984 du président du Tribunal d'Amsterdam dans l'affaire S.P.P. c/ Egypte. Dans cette affaire, la sentence arbitrale (comprenant plus de 80 pages) était rédigée en langue anglaise. L'Egypte opposait à la requête d'exequatur de S.P.P. entre autres le motif qu'une traduction néerlandaise n'avait pas été produite comme il est exigé par l'art. IV, al. 2 de la Convention de New York de 1958. Le président considérait la traduction inutile en disant qu'il était suffisamment capable de comprendre l'anglais.

Si les parties sont convenues d'une langue d'arbitrage déterminée et si les arbitres ne respectent pas cette convention, on pourrait soutenir qu'ils ne se sont pas conformés à leur mission. Cela est un motif d'annulation selon l'article 1065, al. 1, c.

La question devient plus délicate au cas où les parties appartiennent à des groupes linguistiques différents tandis qu'elles ne sont pas convenues de la langue d'arbitrage. Comme il est observé ci-dessus, en pareil cas le tribunal arbitral a le pouvoir de déterminer la langue. Ce faisant, le tribunal doit, à mon avis, observer en tous cas les règles de base pour la procédure arbitrale: les parties sont traitées sur pied d'égalité et le tribunal arbitral donne à chaque partie la possibilité de faire valoir ses droits et de proposer ses moyens (art. 1039, al. 1).

258 13 L'aide des tribunaux étatiques dans un arbitrage aux Pays-Bas est prévue dans les cas suivants:

- art. 1026, al. 2: fixation du nombre d'arbitres;
- art. 1026, al. 4: désignation de l'arbitre additionnel;
- art. 1027, al. 3: désignation des arbitres;
- art. 1028: désignation des arbitres en cas de position privilégiée d'une partie;
- art. 1029, al. 2: révocation de la mission de l'arbitre à sa demande;
- art. 1029, al. 4: révocation de la mission de l'arbitre à la demande d'une partie;
- art. 1031, al. 2: fin de la mission du tribunal arbitral en cas de retard indû;
- art. 1035, al. 2: récusation d'un arbitre;
- art. 1041, al. 2: nomination d'un juge pour l'audition d'un témoin refusant de comparaître;
- art. 1044, al. 1: demandes de renseignements sur le droit étranger;
- art. 1046: jonction de procédures arbitrales.

Dans tous ces cas, l'assistance judiciaire est confiée au président du Tribunal de première instance. Dans le but de ne pas retarder indûment la procédure arbitrale, les décisions du président du tribunal ne sont susceptibles d'aucun recours (art. 1070).

259 14 L'art. 1022, al. 2 dispose que la convention d'arbitrage n'empêche pas une partie de demander à un tribunal étatique d'ordonner des mesures provisoires de sauvegarde ou d'avoir recours au président du Tribunal de première instance statuant en référé. Les mesures provisoires de sauvegarde consistent en pratique dans une saisie conservatoire par le créancier de biens du débiteur ou de dettes des tiers envers le débiteur. Un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'ordonner une saisie. En revanche, les parties peuvent convenir que les requêtes à fin d'injonction soient soumises au tribunal arbitral statuant en référé (art. 1051).

260 15 Les arbitres peuvent prononcer des astreintes. L'article 1056 dispose: "Le tribunal arbitral a le même pouvoir que le tribunal ordinaire à l'effet d'imposer une astreinte. Les articles 611a à 611i s'appliquent de la même façon, encore que, dans les cas visés à l'article 611d, la révocation, suspension ou diminution de l'astreinte soit demandée au président du Tribunal de première instance au greffe duquel l'original de la sentence doit être déposé en vertu de l'article 1058, al. 1".

L'astreinte doit avoir été spécialement demandée dans la procédure d'arbitrage. Les articles 611a à 611i font partie du chapitre du Code de procédure civile où sont traités les cas dans lesquels une juridiction peut ordonner une astreinte. Ces articles prévoient que l'astreinte ne peut pas être accordée à propos d'une condamnation à payer une somme d'argent (art. 611a, al. 1). Elle peut être ordonnée pour contraindre une partie à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose. L'astreinte doit être payée à l'autre partie, quel que soit le droit de cette dernière à des dommages-intérêts. Le président du Tribunal de première instance peut, à la requête d'une partie, suspendre ou réduire l'astreinte en cas d'impossibilité permanente ou temporaire, totale ou partielle, de se conformer à la décision (les cas sont mentionnés à l'art. 611d).

L'article 1039, al. 4 prévoit que "le tribunal arbitral a le pouvoir d'ordonner la production de pièces". Ce pouvoir s'étend aux pièces en possession ou sous contrôle des parties mais non des tiers. Les parties peuvent convenir à leur gré de la manière dont les pièces doivent être produites (par exemple, en suivant la pratique arbitrale en vigueur en Angleterre ou aux Etats-Unis). Lorsque le tribunal arbitral a ordonné la production de certains documents, il peut tirer toutes conclusions de la défaillance d'une partie à se conformer à son injonction.

261 16 Il faut rappeler que les arbitres doivent toujours être en nombre impair (art. 1026). L'article 1057, al. 1 prévoit que lorsque le tribunal arbitral est constitué de plusieurs arbitres, la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix, à moins que les parties n'en soient convenues autrement. Les parties peuvent convenir que les arbitres devront statuer à l'unanimité. Elles peuvent également conférer au président un droit de vote prépondérant dans le cas où aucune majorité ne peut être dégagée (comme il est prévu, par exemple, à l'article 19 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I.). Les parties peuvent aussi conférer au président le pouvoir de statuer seul sur les questions de procédure.

262 17 Les tribunaux étatiques n'ont pas le pouvoir de réformer une sentence arbitrale. En particulier, on ne peut demander la révision par le tribunal des motifs de la sentence sur le fait ou sur le droit.

Une sentence arbitrale rendue aux Pays-Bas ne peut être annulée que pour les motifs qui sont énumérés à l'article 1065, al. 1, soit :

a) *Absence de convention d'arbitrage*

Si une partie a comparu dans la procédure arbitrale et a omis de soulever l'exception d'incompétence du tribunal arbitral pour absence de convention d'arbitrage valable avant de présenter toute autre défense, elle est déchue du droit d'invoquer le motif a de l'article 1065, al. 1, sauf si l'invalidité résulte du caractère non arbitral de la matière qui fait l'objet du litige (art. 1065, al. 2 et 1052, al. 2).

b) *Le tribunal arbitral a été constitué en violation des règles applicables*

Les règles applicables à la constitution du tribunal arbitral sont celles dont les parties sont convenues, y compris par référence à un règlement, ou, en leur absence, celles des articles 1023, 1026 et 1027.

La partie qui a participé à la constitution du tribunal arbitral est déchue du droit d'invoquer ce motif. Il en est de même à l'égard d'une partie qui n'a pas participé à la constitution du tribunal arbitral, mais a comparu dans la procédure d'arbitrage et n'a pas soulevé le moyen de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral *in limine litis* (art. 1065, al. 3 et 1052, al. 3).

c) *Le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission*

La mission du tribunal arbitral peut être analysée tantôt sous l'angle de la procédure et tantôt par rapport au fond. En ce qui concerne la procédure, la mission s'entend du respect par le tribunal arbitral des règles de procédure. En ce qui concerne le fond, cette mission s'applique aux questions que doit résoudre le tribunal arbitral.

sentence, une partie a obtenu des pièces, qui auraient pu être décisives pour la sentence, et qui avaient été retenues par le fait de la partie adverse).

263 18 L'article 1075 concerne l'exécution de sentences étrangères selon des traités. En pratique, le traité en question est la Convention de New York de 1958. Discuter les conditions pour l'exécution de sentences étrangères selon les traités et, en particulier, la Convention de New York, déborderait le cadre du présent rapport.

L'article 1076 vise un régime pour l'exécution de sentences étrangères en l'absence de traités applicables. Ce régime s'applique à une sentence rendue dans n'importe quel pays étranger, sans condition de réciprocité.

Au surplus, l'article 1076 s'applique également si un traité (tel que la Convention de New York de 1958 en son article VII, al. 1) permet à une partie d'invoquer la loi du pays où l'exécution est recherchée. Il peut en effet y avoir intérêt à rechercher l'exécution selon l'article 1076 plutôt que l'article 1075 puisqu'à certains égards, l'article 1076 peut être plus favorable à l'exécution d'une sentence étrangère que la Convention de New York.

Les conditions à remplir par la partie requérant l'exécution selon l'article 1076 sont assez simples. Cette partie ne doit produire que l'original ou une copie certifiée conforme de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale. Une traduction de ces documents n'est pas nécessaire si le juge d'exécution et le défendeur ont une connaissance suffisante de la langue étrangère.

L'exécution doit être accordée par le juge sauf si le défendeur allègue et prouve un des motifs qui sont énumérés de façon limitative dans l'article 1076, al. 1, A. En particulier, ils ne comportent pas la révision de la sentence au fond.

a) Une convention d'arbitrage valable fait défaut en vertu du droit qui lui est applicable

Une partie ne peut invoquer le motif a si elle a comparu dans la procédure arbitrale et si elle n'a pas invoqué l'invalidité de la convention d'arbitrage avant de présenter toute autre défense (art. 1076, § 2).

La validité de la convention d'arbitrage est déterminée d'après la loi qui la régit. Aucune règle particulière de conflit de lois n'est prévue pour déterminer cette loi, cette question pouvant être résolue sur la base des règles ordinaires de conflit de lois.

b) Le tribunal arbitral a été constitué en violation des règles applicables

Les règles applicables à la constitution du tribunal arbitral comprennent les règles convenues par les parties (y compris les règlements d'arbitrage) et/ou les règles de constitution du tribunal arbitral qui résultent de la loi applicable à cet arbitrage.