

REVUE DE L'ARBITRAGE

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

2017 - N° 4

LA VISION AMÉRICAINE DES SENTENCES ANNULÉES AU SIÈGE

(Observations sur les arrêts *Pemex*
et *Thai-Lao Lignite* de la Cour d'appel fédérale
du 2^e circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)

par

Emmanuel GAILLARD

*Visiting Professor à Yale Law School
Professeur émérite à l'Ecole de droit de Sciences Po
Associé responsable du département Arbitrage international,
Shearman & Sterling*

RÉSUMÉ

Dans certaines circonstances, le juge américain, peut, comme le juge français, donner effet à une sentence annulée au siège de l'arbitrage. La méthode suivie pour y parvenir est en revanche très différente de part et d'autre de l'Atlantique, le juge américain faisant porter son contrôle sur la décision d'annulation, tandis que le juge français concentre le sien sur la sentence. Le présent article montre en quoi la jurisprudence américaine méconnaît l'esprit de la Convention de New York, conduit à des résultats inopportuns et tourne le dos à la courtoisie internationale sur laquelle elle prétend se fonder.

SUMMARY

Depending on the circumstances, an American court may, like a French court, give effect to an award set aside at the seat of the arbitration. The methodology, however, is very different on either side of the Atlantic. The American judge directs its control to the setting aside decision while the French judge controls the award itself. This article shows that the American case law betrays the spirit of the New York Convention, leads to inappropriate results and ignores the notion of international comity on which it purports to be based.

INTRODUCTION

1. La jurisprudence américaine sur la question du sort susceptible d'être réservé, aux Etats-Unis, aux sentences annulées par les juridictions du siège de l'arbitrage est aujourd'hui relativement bien fixée. Elle l'est, en tout cas, autant que peut l'être une jurisprudence aux Etats-Unis tant que la Cour Suprême ne s'est pas prononcée sur le sujet, et la transaction intervenue en avril 2017 dans l'affaire *Pemex* l'a privée de cette occasion (1).

L'une des juridictions fédérales d'appel parmi les plus importantes, puisqu'elle englobe New York et connaît d'un contentieux abondant, la Cour d'appel du 2^e Circuit, s'est en effet prononcée les 2 août 2016 et 20 juillet 2017 dans les affaires *Pemex* (2) et *Thai-Lao Lignite* (3) par deux décisions emblématiques de ce qu'est aujourd'hui la jurisprudence américaine à ce sujet.

Dans la plus pure logique localisatrice qui conçoit la juridicité de l'arbitrage exclusivement à travers l'ordre juridique du siège (4), les juridictions américaines se déclarent prêtes à donner effet à la décision d'annulation à moins que celle-ci soit elle-même insusceptible de reconnaissance dans l'ordre juridique américain en application des règles ordinaires de reconnaissance des décisions de justice étrangères. C'est donc sur la décision des juridictions du siège relative à la sentence et non sur la sentence que raisonne le juge américain pour les besoins de l'exécution de la sentence.

2. Bien qu'elle conduise parfois à donner effet à la sentence annulée au siège — lorsque la décision d'annulation n'est pas

(1) *Petition for a Writ of Certiorari* soumis à la Cour suprême des Etats-Unis le 30 janvier 2017.

(2) *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y producción*, 2 août 2016, 832 F. 3d 92 (2d Cir. 2016). V. aussi *Cah. arb.*, 2016.969, note E. Silva Romero ; L. Silberman et N. Yaffe, « The US approach to recognition and enforcement of awards after set-asides : the impact of the Pemex decision », *Fordham Int'l L. J.*, 2017.799.

(3) *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. et al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, 20 juillet 2017, 864 F. 3d 172 (2d Cir. 2017).

(4) Sur cette vision, que certains jugeront datée, et les conceptions concurrentes de l'arbitrage, v. spéc. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, n° 11 et s. ; « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *JDI*, 2007.1163.

digne de reconnaissance aux Etats-Unis — la solution américaine est en parfait contraste avec celle qui a été consacrée en France et que l'on décrit souvent sous le nom de jurisprudence *Hilmarton — Putrabali*. Celle-ci fait porter le contrôle du juge français sur la sentence elle-même et non sur les décisions de justice intervenues à l'étranger à propos de la sentence (5).

3. Dans un souci de clarté, on présentera d'abord la jurisprudence américaine et ses prémisses conceptuelles (I) avant de porter sur elle, et sur la jurisprudence française à laquelle elle s'oppose, une appréciation critique (II).

I. – LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE ET SES PRÉMISSES CONCEPTUELLES

4. Les arrêts rendus en 2016 et 2017 par la Cour d'appel du 2^e circuit (A) ne font que creuser le sillon tracé par les décisions précédentes (B) et procèdent de la même philosophie (C).

A) Les décisions *Pemex* et *Thai-Lao Lignite*

1^o) *L'affaire Pemex*

5. L'affaire *Pemex* opposait Commisa, filiale mexicaine de la société américaine KBR, et la société nationale pétrolière mexicaine, Pemex, au sujet de deux contrats de construction de plateformes pétrolières offshore conclus en octobre 1997 et mai 2003. A la suite de difficultés d'exécution de ces contrats, Commisa a introduit en décembre 2004 une procédure d'arbitrage CCI en application des clauses compromissoires qu'ils contenaient, l'arbitrage devant avoir lieu à Mexico. Deux semaines plus tard, Pemex a notifié à Commisa la résiliation administrative des contrats en application des clauses contractuelles prévues à cet effet.

Le tribunal arbitral, composé de MM. Alvarez, Oscós Coria et Suescún Melo, Président, s'est reconnu compétent par une sentence partielle du 20 novembre 2006, puis a condamné Pemex au paiement d'un montant de l'ordre de 300 millions de

(5) V. *infra*, n° 10.

dollars de dommages et intérêts par une sentence finale du 16 décembre 2009. Le 2 novembre 2010, à la demande de Commisa, le Tribunal de district du District Sud de New York a accepté de donner effet à cette sentence aux Etats-Unis.

Entretiens, la société Pemex avait demandé l'annulation des sentences au Mexique, au motif que le litige n'était pas arbitrable. Le 25 août 2011 une juridiction fédérale mexicaine a accueilli les prétentions de la société Pemex et a prononcé l'annulation des sentences au motif que les questions relatives à la résiliation administrative de contrats, comme celle à laquelle avait procédé Pemex, n'étaient pas susceptibles d'être tranchées par voie d'arbitrage (6). Le juge mexicain s'est notamment fondé, à titre d'autorité non contraignante, sur une loi entrée en vigueur le 28 mai 2009, alors que l'arbitrage était en cours et que le tribunal arbitral s'était déjà prononcé sur sa compétence. Cette loi déclarait expressément non arbitrables les questions de résiliation administrative de contrats (7).

Le 16 février 2012, la Cour d'appel du 2^e Circuit a infirmé, à la demande de Pemex, la décision de reconnaissance de la sentence du 2 novembre 2010 et renvoyé l'affaire au Tribunal de district afin que celui-ci détermine si la reconnaissance de la sentence devait être refusée compte tenu de son annulation au siège de l'arbitrage. Le 27 août 2013, le Tribunal de district a décidé que la sentence devait être reconnue en dépit de son annulation au Mexique (8). Le Tribunal a relevé qu'il devrait en principe donner effet à la décision d'annulation mexicaine, mais a décidé qu'en l'occurrence, cette décision était contraire aux exigences de justice procédurale américaine, l'annulation étant fondée sur l'application rétroactive d'une loi en méconnaissance de l'attente légitime des parties et laissant la demanderesse à l'arbitrage dans l'impossibilité de faire trancher par un juge le litige l'opposant à son cocontractant (9).

(6) Onzième tribunal collégial en matière civile du premier Circuit, *Amparo en Revisión 358/2010*, 25 août 2011. Sur les différentes formes de recours par voie d'*amparo* qui existent au Mexique, v. par ex. B. Zagaris, « The Amparo Process in Mexico », *U.S.-Mex. L. J.*, 1998.64.

(7) Article 98 de la loi mexicaine sur les travaux publics et services annexes.

(8) *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y producción*, 27 août 2013, 962 F. Supp. 2d 642 (SDNY 2013) ; *Rev. arb.*, 2015.183, obs. C. Darrigade ; L. Radicati di Brozolo, « The Enforcement of Annulled Awards : an Important Step in the Right Direction », *Cah. arb.*, 2013.1027.

(9) *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y producción*, 27 août 2013, préc., spéc. pp. 657-661.

Par arrêt en date du 2 août 2016, la Cour d'appel fédérale du 2^e Circuit confirme la décision du Tribunal de district. Elle précise d'emblée qu'en l'espèce elle doit « *concilier deux principes établis qui conduisent à des résultats opposés : le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de district de confirmer une sentence arbitrale et le principe de courtoisie internationale due à la décision d'une juridiction étrangère sur la validité d'une sentence arbitrale rendue dans le pays en question* » (10). Elle note ensuite que le premier principe, le pouvoir discrétionnaire du juge américain, est limité par le principe de courtoisie internationale, qualifié de « *crucial* » (11). Ainsi, selon la Cour d'appel fédérale, le juge américain est en principe tenu de reconnaître le jugement d'annulation étranger et, par voie de conséquence, de ne pas reconnaître la sentence. Il n'en va différemment que si la reconnaissance de la décision d'annulation étrangère est contraire à l'ordre public américain. Après avoir examiné les faits de l'espèce, la Cour d'appel conclut que la décision d'annulation est en effet contraire à l'ordre public américain. Elle avance quatre motifs, qualifiés de « *déterminants* » (12), qui font obstacle à la reconnaissance de l'annulation mexicaine aux Etats-Unis : la renonciation par la société Pemex à toute immunité de juridiction ; le fait que l'annulation de la sentence prononcée par les juridictions mexicaines repose sur une application rétroactive de la loi mexicaine ; le fait que la société Commisa serait privée de toute juridiction pour faire valoir ses droits de nature contractuelle si la sentence arbitrale n'était pas reconnue ; enfin, l'existence d'une expropriation sans indemnité résultant de l'application du droit mexicain (13). La Cour d'appel fédérale refuse en conséquence de reconnaître l'annulation prononcée par le juge mexicain et confirme le jugement du Tribunal du District Sud de New York reconnaissant la sentence annulée au Mexique.

2°) *L'affaire Thai-Lao Lignite*

6. La Cour d'appel fédérale du 2^e Circuit a suivi un raisonnement analogue dans l'affaire *Thai-Lao Lignite* qui a donné lieu à sa décision du 20 juillet 2017. L'Etat du Laos avait conclu en 1992-1993 des contrats de concession minière autorisant

(10) *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y producción*, 2 août 2016, 832 F. 3d 92 (2d Cir. 2016), p. 97.

(11) *Id.*, spéc. p. 106.

(12) *Id.*, spéc. p. 107.

(13) *Id.*, spéc. pp. 107-110.

des travaux d'exploration et d'exploitation avec la société de droit thaïlandais Thai-Lao Lignite. En application de ces contrats, une entreprise commune de droit laotien, Hongsa Lignite Lao, détenue à 75 % par le partenaire étranger et à 25 % par l'Etat, a été créée. En 1994, Thai-Lao Lignite conclut avec l'Etat un contrat de concession pour la construction d'une centrale électrique au lignite et son exploitation pendant 31 ans. Le contrat contenait une clause compromissoire selon laquelle tout litige serait réglé en application du règlement de la CNUDCI par un tribunal arbitral siégeant à Kuala Lumpur (Malaisie). La construction de la centrale étant retardée par le manque de financement causé par la crise financière ayant affecté la Thaïlande en 1997-2000, le Laos a résilié le contrat en 2006. Estimant la résiliation injustifiée, les sociétés Thai-Lao Lignite et l'entreprise commune Hongsa Lignite ont formé une demande d'arbitrage. Le 4 novembre 2009, le tribunal arbitral, composé de MM. Carter, Conway et Millson, Président, a rendu une sentence condamnant le Laos au paiement de près de 60 millions de dollars à titre de dommages et intérêts. Le Tribunal fédéral du district Sud de New York a reconnu cette sentence par une décision du 3 août 2011, cette décision étant ensuite confirmée en appel.

Cependant, le 27 décembre 2012, près d'un an et demi après la reconnaissance de la sentence aux Etats-Unis, un tribunal malaisien a annulé la sentence à la demande du Laos, motif pris de l'incompétence des arbitres pour connaître du contrat de concession minière de 1992 et des demandes de l'entreprise commune non signataire du contrat de 1994. Cette annulation a été confirmée en appel par la Cour d'appel de Malaisie le 24 janvier 2014. Peu après l'annulation de la sentence en première instance en Malaisie, le Laos a demandé au juge américain d'annuler la reconnaissance de la sentence aux Etats-Unis sur le fondement de la Règle 60(b)(5) des Règles fédérales de procédure civile selon laquelle un juge peut libérer une partie de ses obligations résultant d'une décision de justice lorsque cette décision est fondée sur un jugement annulé (14). Le 6 février 2014, le Tribunal fédéral du district Sud de New York a fait droit à cette demande (15). Après avoir rappelé la jurisprudence

(14) *Federal Rules of Civil Procedure, Rule 60. Relief from a Judgment or Order.*

(15) *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. et al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, 6 février 2014, 997 F. Supp. 2d 214 (SDNY 2014). V. aussi L. Radicati di Brozolo, « The Enforcement of Annulled Awards : Further Reflections in Light of *Thai-Lao Lignite* », *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2014.47.

portant sur les sentences annulées au siège, le Tribunal a déclaré qu'il « *n'écartera pas les considérations de courtoisie internationale pour refuser de reconnaître les décisions des juridictions malaisiennes, à moins que les demandeurs ne démontrent que la procédure devant les juridictions malaisiennes a "violé des principes de justice élémentaires"* » (16). Estimant que les demandeurs n'ont pas démontré une telle violation, le Tribunal a annulé sa décision de reconnaissance de la sentence.

Par arrêt du 20 juillet 2017, la Cour d'appel du 2^e Circuit confirme la décision du Tribunal de district. La Cour relève d'abord que la Règle 60(b)(5) des Règles fédérales de procédure civile est applicable aux décisions de reconnaissance de sentences arbitrales (17). Elle rappelle ensuite que le juge américain est de manière générale disposé à faire droit au recours sur le fondement de la Règle 60(b)(5) à l'encontre d'une décision de justice lorsque cette décision trouve son fondement dans une décision qui a elle-même été annulée (18). Elle considère enfin qu'il est aisé d'articuler avec cette position générale les considérations « *de courtoisie internationale et le standard élevé exigé pour renverser la présomption attachée à l'annulation dans le pays disposant de la compétence primaire, tels qu'exprimés dans l'arrêt Pemex* » (19). Si la Cour d'appel retient que d'autres considérations doivent être prises en compte pour l'examen d'une demande sur le fondement de la Règle 60(b)(5), celles-ci lui paraissent secondaires par rapport à l'annulation de la sentence. Il en va ainsi notamment de l'intérêt de préserver le caractère définitif des décisions de justice, écarté au motif que la procédure d'annulation était déjà en cours au moment où la sentence arbitrale a été reconnue aux Etats-Unis (20).

Les décisions dans les affaires *Pemex* et *Thai-Lao Lignite* s'inscrivent dans le droit fil de la jurisprudence américaine antérieure.

(16) *Id.*, spéc. p. 223.

(17) *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. et al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, 20 juillet 2017, 864 F.3d 172 (2d Cir. 2017), pp. 185-186.

(18) *Id.*, p. 186.

(19) *Id.*, p. 186.

(20) *Id.*, pp. 188-189. L'affaire a donné lieu à un contentieux de l'exécution en Angleterre et en France, la Cour d'appel de Paris s'étant prononcée à ce sujet par arrêt du 19 février 2013. V. Paris, 19 février 2013, *République Démocratique Populaire Lao c/ société Thai Lao lignite et autre*, en somm. in *Rev. arb.*, 2013.229, et la note D. Bensaude in « Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 183, p. 18.

B) La jurisprudence américaine antérieure

7. La première décision rendue aux Etats-Unis sur le sujet des sentences annulées reposait sur une logique différente. Le Tribunal fédéral du district de Columbia avait en effet rendu, dans l'affaire *Chromalloy*, une décision proche de la solution française. Confrontée à l'annulation par les juridictions égyptiennes d'une sentence rendue au Caire à l'encontre de l'Etat égyptien au motif que le tribunal n'avait pas fait application du droit administratif égyptien dont aucune partie ne s'était prévaluée dans l'arbitrage, le Tribunal fédéral a décidé, le 31 juillet 1996, de donner effet à la sentence qu'elle estimait « régulière au regard de la loi américaine » (21). Pour parvenir à cette solution, la décision vise l'article VII de la Convention de New York, comme l'aurait fait un juge français. C'est ce qui avait permis à Philippe Fouchard de constater l'existence d'une « jurisprudence franco-américaine » et d'en défendre le bien-fondé (22).

8. L'espoir suscité par l'affaire *Chromalloy* (23) a vite été déçu, les décisions ultérieures se plaçant dans une logique beaucoup plus conservatrice de reconnaissance des jugements étrangers rendus à propos de la sentence. Cela a été le cas de la décision rendue le 12 août 1999 par la Cour d'appel du 2^e Circuit dans l'affaire *Baker Marine*, à propos d'une sentence annulée au Nigeria (24), puis de la décision rendue le 22 octobre 1999 par le Tribunal fédéral du District Sud de New York dans l'affaire *Spier* à propos d'une sentence annulée en Italie (25).

(21) *Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt*, 31 juillet 1996, 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) ; *Rev. arb.*, 1997.439.

(22) Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997.329. En sens contraire, v. Eric Schwartz, « A comment on *Chromalloy, Hilmarion* à l'américaine », *J. Int'l. Arb.* 1997(2), pp. 125-136.

(23) La sentence a également donné lieu à une décision de reconnaissance en France, v. Paris, 14 janvier 1997, *République arabe d'Egypte c/ société Chromalloy Aero Services*, *Rev. arb.*, 1997.395, note Ph. Fouchard ; *JDI*, 1998.750, note E. Gaillard.

(24) *Baker Marine (Nig.) Ltd v. Chevron (Nig.) Ltd*, 12 août 1999, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999) ; *Rev. arb.*, 2000.135, note E. Gaillard. La Cour d'appel distingue la décision de celle rendue dans l'affaire *Chromalloy*, en observant que, dans cette dernière, l'Etat égyptien avait expressément renoncé à tout recours contre la sentence.

(25) *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 22 octobre 1999, 71 F. Supp. 2d 279 (SDNY 1999) ; *Bull. ASA*, 2000.144.

De même, dans l'affaire *TermoRio*, le Tribunal de district du District de Columbia a refusé de donner effet à une sentence rendue en Colombie et annulée dans cet Etat au motif que « *les demandeurs ne peuvent valablement [en] demander l'exécution [...], sauf dans l'hypothèse où les décisions des juridictions colombiennes violeraient l'ordre public américain* » (26). Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel du District de Columbia qui raisonne également sur la décision colombienne d'annuler la sentence et non sur la sentence elle-même, qu'elle considère inexistante en raison de son annulation par les juridictions du siège (27).

C) La philosophie sous-jacente

9. La jurisprudence américaine qui s'est dégagée sur le sujet des sentences annulées au siège repose sur l'idée que, même en matière internationale, une sentence puise sa force obligatoire dans l'ordre juridique du siège de l'arbitrage. Si les juridictions du siège l'annulent, la sentence n'a plus d'existence juridique. Contrairement à ce qu'en dit la jurisprudence française, qui voit dans l'arbitre un juge international, pour le droit américain, un tribunal arbitral siégeant dans un État donné n'est au mieux qu'une sorte de juge local dont la décision est subordonnée à tous les recours susceptibles d'exister dans le droit du siège (28).

Au soutien de sa vision territorialiste, la jurisprudence américaine n'hésite pas à se prévaloir de l'autorité de la Convention de New York. Elle prétend lire dans la Convention une division des compétences entre ce que le juge américain appelle la ou les juridictions « primaires » et les « juridictions secondaires » qui devraient s'en remettre, sauf exception, à la décision de la ou des « juridictions primaires » sur la validité de la sentence (29).

(26) *TermoRio S.A.E.S.P. et al. v. Electrificadora del Atlantico S.A.E.S.P. et al.*, 17 mars 2006, 421 F. Supp. 2d 87 (DDC 2006) ; *Rev. arb.*, 2006.786, note J. Paulsson.

(27) *TermoRio S.A.E.S.P., et. al v. Electranta S.P. et al.*, 25 mai 2007, 487 F. 3d 928 (DC Cir. 2007) ; *Rev. arb.*, 2007.552, note J. Paulsson.

(28) V. à ce sujet, E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., n° 128.

(29) V. par ex. les arrêts de la Cour d'appel du 2^e Circuit du 20 juillet 2017 dans l'affaire *Thai-Lao Lignite* et du 25 mai 2007 dans l'affaire *TermoRio*, préc.

La « juridiction primaire » inclut celle du siège. Cependant, la Convention de New York mettant sur le même pied l'Etat du siège et l'Etat « d'après la loi duquel » la sentence a été rendue, pour ne pas imposer aux juridictions du ou des lieux d'exécution de reconnaître une sentence annulée dans l'un ou l'autre de ces Etats, force est de reconnaître la pluralité des juridictions « primaires ». Cette distinction entre « juridictions primaires » et « juridictions secondaires » est une pure invention de la jurisprudence américaine, étrangère tant à la lettre qu'à l'esprit de la Convention de New York (30). Elle a vu le jour dans l'arrêt *Karaha Bodas* de la Cour d'appel du 5^e Circuit du 18 juin 2003 (31) et a souvent été répétée depuis. Dans son commentaire de l'arrêt d'appel dans l'affaire *TermoRio* (32), Jan Paulsson observait déjà que « ces mots figurent à chaque tournant de l'arrêt comme un leitmotiv indiscutable » alors qu'ils ne figurent pas dans la Convention et qu'ils ne correspondent nullement à son esprit (33). Les arrêts *Pemex* et surtout *Thai-Lao Lignite* donnent exactement la même impression.

C'est de cette jurisprudence que l'on s'efforcera à présent d'apprécier la valeur.

II. – APPRÉCIATION CRITIQUE

10. Porter un jugement sur la jurisprudence américaine revient à se prononcer, en creux, sur la jurisprudence française rendue sur le même sujet. Cette jurisprudence est trop connue des lecteurs de la *Revue* pour que l'on s'attarde à la décrire. Il suffit de rappeler qu'elle consiste à concentrer le contrôle du juge de l'exequatur sur la sentence elle-même, indépendamment des décisions susceptibles d'être rendues à propos de la sentence dans un Etat quelconque, y compris au siège de l'arbitrage. Le contrôle consiste à apprécier la valeur de la sentence au regard des chefs de contrôle qui figurent aujourd'hui à l'article 1520 du Code de procédure civile. La jurisprudence qui consacre cette solution est

(30) V. *infra*, n° 12.

(31) *Karaha Bodas Co v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F. 3d 357 (5th Cir. 2003).

(32) *TermoRio S.A.E.S.P., et. al v. Electranta S.P. et al.*, 25 mai 2007, préc.

(33) Note préc., p. 561.

constante depuis l'arrêt *Norsolor* du 9 octobre 1984 (34) et la réforme du droit de l'arbitrage intervenue en 2011 n'a pas entendu la remettre en cause (35). Elle a donné lieu à de très nombreuses décisions (36) et s'applique aussi bien aux arbitrages internes (37) qu'aux arbitrages internationaux. Elle explique également que l'existence d'une procédure d'annulation en cours à l'étranger ne puisse pas justifier un sursis à statuer dans la procédure d'exequatur se déroulant en France, la décision étrangère à intervenir n'étant pas susceptible d'avoir une incidence quelconque sur celle que le juge français est appelé à rendre de son côté sur la sentence (38).

11. La jurisprudence américaine et la jurisprudence française ont quelques points communs. Le principal est de considérer que la Convention de New York n'impose en aucune manière au juge de l'exequatur de refuser de reconnaître une sentence annulée

(34) Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1984, *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi c/ société Norsolor*, *Bull. civ. I*, n° 248 ; *Rev. arb.*, 1985.431, note B. Goldman ; *JDI*, 1985.679, note Ph. Kahn ; *Rev. crit. DIP*, 1985.551, note B. Dutoit ; *D.*, 1985.101, note J. Robert.

(35) Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF*, 14 janvier 2011, texte 8 ; E. Gaillard et P. de Lapasse, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2011.263, spéc. p. 329 ; E. Gaillard, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage* (dir. Th. Clay), Lextenso, éd. 2011, spéc. pp. 60-62 ; Ch. Jarrosson et J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011.5, spéc. pp. 55-56 ; P. Mayer, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *D.*, 2011, n° 203, p. 34 ; Y. Fortier et F. Bachand, « La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vues d'Outre-Atlantique », *Cah. arb.*, 2013.9, spéc. p. 24.

(36) V. spéc. Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1994, *Société Hilmarton c/ société OTV*, *Bull. civ. I*, n° 104 ; *Rev. arb.*, 1994.327, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 1994.701, note E. Gaillard ; Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c/ société Rena Holding et autre*, *Bull. civ. I*, n° 250 et 251 ; *Rev. arb.*, 2007.507, rapport J.-P. Ancel et note E. Gaillard ; Paris, 14 janvier 1997, *République arabe d'Égypte c/ société Chromalloy Aero Services*, *Rev. arb.*, 1997.395, note Ph. Fouchard ; Paris, 29 septembre 2005, *Direction générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubai c/ société International Bechtel*, *Rev. arb.*, 2006.695, note H. Muir-Watt.

(37) V. par ex. Paris, 24 novembre 2011, *Société E.G.P.C. c/ société Natgas*, *Rev. arb.*, 2012.134, note M. Laazouzi.

(38) Paris, 10 juin 2004, *Société Barges Agro Industries c/ société Young Pecan Company*, *Rev. arb.*, 2006.154 ; *Gaz. Pal.*, 2004, n° 339, p. 50, note A. Mourre. V. également la décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 19 février 2013 dans l'affaire *Thai-Lao Lignite* qui, pour la même raison, refuse de révoquer l'ordonnance de clôture pour permettre à une partie de verser aux débats la décision d'annulation intervenue au siège : Paris, 19 février 2013, *République Démocratique Populaire Lao c/ société Thai Lao lignite et autre*, préc.

au siège. Il est vrai que le juge américain (39) fonde la solution sur le fragile argument de texte de l'article V, dont le « *may* » annoncerait une faculté plus qu'une obligation (40), alors que le juge français, plus sensible à la structure de la Convention, se fonde sur l'article VII pour justifier la solution (41). Plus fondamentalement, et aussi trivial que cela puisse paraître, il n'est pas inutile de rappeler que la Convention de New York est un instrument dont l'objet est de favoriser la reconnaissance des sentences, non de l'empêcher. C'est précisément la raison pour laquelle la méthode suivie par la jurisprudence américaine pour reconnaître certaines sentences annulées au siège repose sur une méconnaissance fondamentale de la Convention de New York. On insistera sur ce point (A) avant de montrer qu'en pratique, les résultats auxquels elle aboutit sont inopportuns (B) et ne favorisent nullement la « courtoisie internationale » dont elle fait l'un de ses thèmes dominants (C).

A) La jurisprudence américaine méconnaît l'objet et le but de la Convention de New York

12. Contrairement à ce qu'a pu soutenir une partie de la doctrine américaine (42), la distinction entre « juridictions primaires » et « juridictions secondaires » qui sous-tend la jurisprudence outre-Atlantique est totalement étrangère tant à la lettre qu'à l'esprit de la Convention de New York. Celle-ci n'a jamais eu l'intention de distribuer les compétences entre juridictions étatiques, comme le ferait une convention portant sur les conflits de juridictions. Son seul objectif est de favoriser la circulation des sentences en fixant un plafond au contrôle susceptible d'être exercé sur elles dans les Etats où leur exécution

(39) V. par ex. l'arrêt de la Cour d'appel du 2^e Circuit du 20 juillet 2017 dans l'affaire *Thai-Lao Lignite*, préc., p. 176.

(40) Sur la question, v. J. Paulsson, « May or Must Under the New York Convention : An Exercise in Syntax and Linguistics », *Arb. Int'l.*, 1998.227. L'argument est fragile dans la mesure où le texte français, également authentique, utilise un présent qui traduit souvent une obligation.

(41) V. déjà l'arrêt *Norsolor* du 9 octobre 1984, préc.

(42) V. spéc. M. Reisman et H. Irvani « The Changing Relation of National Courts and International Commercial Arbitration », *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2010.5 ; M. Reisman et B. Richardson, « The Present — Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice : Tribunals and Courts : An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration », in *Arbitration — The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg ed., ICCA Congress Series, Vol. 16, Kluwer Law International 2012, pp. 17-65.

est demandée. Le juge de l'Etat d'accueil de la sentence méconnaît la Convention s'il exerce un contrôle plus rigoureux que celui prévu à l'article V. En revanche, il ne méconnaît jamais la Convention en réservant à la sentence un contrôle moindre (43). L'idée de donner à l'Etat du siège de l'arbitrage une compétence « primaire » pour réguler l'activité des arbitres est aux antipodes de la volonté des auteurs de la Convention de New York. Tout l'effort des rédacteurs de la Convention de New York a en effet consisté à libérer la sentence de l'exigence du « double exequatur » qui consistait, dans le système antérieur (44), à exiger une action en reconnaissance de la sentence dans l'Etat du siège avant de permettre la circulation internationale, non de la sentence mais de la décision du siège rendue à propos de la sentence. En assurant la circulation de la sentence arbitrale, la Convention de New York a rompu avec cette logique et a fait de la décision des arbitres la matière première du contrôle. On mesure la régression opérée par la jurisprudence américaine qui réinvente une forme de double exequatur en faisant primer, sauf exception, la décision du juge du siège sur celle du juge du lieu d'exécution à propos de la sentence (45).

B) La jurisprudence américaine conduit à des résultats inopportuns

13. La principale faiblesse de la méthode suivie par la jurisprudence américaine pour reconnaître certaines sentences annulées au siège tient au fait qu'elle réserve un sort radicalement différent aux décisions d'annulation manifestant une partialité grossière et à celles qui font preuve d'une partialité plus subtile.

L'examen des affaires dont le juge américain a eu à connaître révèle que celui-ci s'est souvent trouvé confronté à une situation dans laquelle un Etat, ou une société nationale, a réussi à faire annuler par son propre juge la sentence arbitrale défavorable. Cela a été le cas dans l'affaire *Chromalloy*, dans laquelle la

(43) Sur l'ensemble de la question v. le *Guide du Secrétariat de la CNUDCI sur la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères*, E. Gaillard et G. Bermann (dir.), Pedone 2017.

(44) Résultant de la Convention de Genève de 1927 (articles 1 et 4).

(45) Sur le caractère étranger à la Convention de New York de la notion de « juridiction primaire » et de « juridiction secondaire », v. également la forte critique de J. Paulsson, *Rev. arb.*, 2007.552, spéc. p. 561, qui fait justement observer que « *non seulement ces mots n'apparaissent nulle part dans la Convention mais sont une sorte d'antithèse du but recherché par cette dernière* ».

sentence avait condamné l'Égypte à payer quelque 17 millions de dollars à une société américaine au titre d'un contrat de fournitures militaires que l'Etat avait résilié de manière unilatérale (46). Le juge égyptien a annulé cette sentence au motif que le tribunal arbitral aurait méconnu le droit égyptien en se fondant sur des règles du droit civil et non du droit administratif que les parties n'avaient pas invoquées (47). De même, dans l'affaire *TermoRio*, c'est une société nationale qui avait été condamnée à payer plus de 60 millions de dollars au titre d'un contrat d'achat d'électricité que les autorités colombiennes avaient décidé de ne plus honorer. Le Conseil d'Etat colombien a estimé qu'en l'absence de référence explicite au règlement d'arbitrage de la CCI, le droit colombien ne permettait pas l'usage de ce règlement pour les besoins de l'arbitrage et a annulé, pour ce motif, la sentence condamnant la société publique colombienne (48). Dans l'affaire *Bechtel*, la Direction générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubaï avait été condamnée à payer plus de 24 millions de dollars à titre de dommages et intérêts sur le fondement d'un contrat de construction. La sentence a été annulée par les juridictions locales au motif que les témoins entendus dans l'arbitrage n'auraient pas prêté serment selon la forme prescrite par le droit de Dubaï (49). Dans l'affaire *Pemex*, la sentence condamnant la société nationale pétrolière mexicaine à 300 millions de dollars a été annulée au Mexique pour les raisons exposées ci-dessus (50).

Le réalisme commande de constater que, dans chacune de ces affaires, il était tentant, pour le juge dont l'Etat ou le champion national a succombé dans l'arbitrage, de venir à son secours en prononçant l'annulation de la sentence. Or, si l'on fait abstraction de l'affaire *Chromalloy*, qui procédait d'une logique différente (51), seule la sentence *Pemex* a été reconnue aux États-Unis. Le fait, pour le juge de l'annulation, d'appliquer une loi de manière rétroactive a en effet paru au juge américain

(46) *Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt*, 31 juillet 1996, préc.

(47) *V. supra*, n° 7.

(48) *TermoRio S.A. E.S.P. et al. v. Electricadora del Atlantico S.A. E.S.P. et al.*, 17 mars 2006, préc.

(49) *International Bechtel Company, Ltd. v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai*, 5 février 2004, 300 F. Supp. 2d 112 (DDC 2004).

(50) *V. supra*, n° 5.

(51) *V. supra*, n° 7.

un procédé trop grossier pour ne pas être sanctionné au titre de l'exception d'ordre public.

Ce n'est pas à dire que le juge américain fasse preuve de naïveté. Ainsi, dans l'affaire *Bechtel*, le Tribunal de district de Columbia avait émis quelques doutes sur l'innocence de la motivation du juge de Dubaï, avant de constater que ces doutes n'étaient pas suffisamment sérieux, en l'état, pour caractériser une violation du seuil élevé de méconnaissance de l'ordre public (52). Il est vrai que, comme le soulignent les juridictions américaines en citant des précédents rendus en matière de reconnaissance des décisions de justice étrangères, le seuil de violation de l'ordre public est « *élevé et rarement atteint* » (53). Dans cette étrange logique, toute forme de libéralisme du juge américain à l'égard des décisions de justice étrangères par l'élévation du seuil de contrôle de l'ordre public se traduit par une sévérité accrue à l'égard des sentences arbitrales. Il n'est pas exclu que le juge étranger ait fait preuve de favoritisme à l'égard de la société locale mais si ce favoritisme ne saute pas aux yeux, il sera toléré par le juge du lieu d'exécution. En d'autres termes, seule la partialité maladroite ou grossière est sanctionnée, non celle qui saura se dissimuler sous des prétextes plus subtils ou des chefs de contrôle théoriquement légitimes. La justice y trouve difficilement son compte, surtout lorsqu'elle est rendue au nom d'une Convention dont l'objet est de favoriser la reconnaissance des sentences arbitrales.

C) La jurisprudence américaine tourne le dos à la « courtoisie internationale » sur laquelle elle prétend se fonder

14. Avec ceux de « juridictions primaires » et de « juridictions secondaires », l'un des termes fétiches de la jurisprudence américaine est celui de « courtoisie internationale » (*comity*). C'est au nom de cette « courtoisie » que le jugement d'annulation est respecté, sauf s'il méconnaît les principes jugés essentiels par le droit américain au titre de l'ordre public (54).

(52) *International Bechtel Company, Ltd. v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai*, 5 février 2004, préc.

(53) *TermoRio S.A. E.S.P., LeaseCo Group et. al v. Electranta S.P. et al.*, 25 mai 2007, 487 F. 3d 928 (DC Cir. 2007), spéc. p. 938 ; *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y producción*, 2 août 2016, 832 F. 3d 92 (2d Cir. 2016), spéc. p. 106.

(54) *V. supra*, n° 5.

La méthode consistant à se faire juge de la décision d'annulation rendue au siège (ou dans l'Etat d'après la loi duquel la sentence a été rendue) et non de la sentence, c'est l'impartialité — ou l'honnêteté — du juge du siège qui est en cause devant le juge de l'Etat d'accueil de la sentence. Même si ce type de contrôle ne peut être évité en matière de reconnaissance des décisions de justice étrangères, du point de vue de la courtoisie internationale, la situation est loin d'être idéale. L'affaire *Yukos Capital* qui met en cause une sentence annulée en Russie et dont la reconnaissance a été demandée tant aux Pays-Bas qu'en Angleterre, en fournit une parfaite illustration.

Le litige concernait quatre contrats de prêt consentis par la société luxembourgeoise Yukos Capital à la société russe Yuganskneftegaz (YNG) à l'époque où ces deux sociétés faisaient toutes deux partie du groupe pétrolier russe Yukos. La société YNG a par la suite été acquise par le champion national Rosneft lors de la destruction du groupe Yukos résultant de diverses mesures prises par les autorités russes. En décembre 2005, Yukos Capital a formé une demande d'arbitrage pour obtenir le paiement des sommes prêtées à YNG. Au terme de cette procédure qui s'est déroulée à Moscou sous l'égide de la Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie russe, le tribunal arbitral a rendu, le 19 septembre 2006, quatre sentences condamnant la société YNG au paiement de près de 425 millions de dollars. Quelques jours plus tard, la société YNG a été absorbée par Rosneft.

Alors que Yukos Capital a entrepris d'exécuter les quatre sentences aux Pays-Bas, Rosneft a obtenu leur annulation en Russie. En dépit de cette annulation, la Cour d'appel d'Amsterdam a accordé l'exequatur aux sentences dans une décision du 28 avril 2009 (55). Suivant une logique analogue à celle du juge américain, elle a en effet refusé de reconnaître les décisions d'annulation russes pour contrariété à l'ordre public néerlandais. La Cour a constaté, sur le fondement de rapports d'organisations internationales et de diverses organisations non-gouvernementales et d'autres décisions de justice, que les juridictions russes n'étaient pas indépendantes du pouvoir en place, notamment dans une affaire dans laquelle d'importants intérêts économiques et

(55) Cour d'appel d'Amsterdam, 28 avril 2009, *Y.B. Comm. Arb.*, 2009, pp. 703-714.

politiques étaient en jeu (56). Elle a par ailleurs observé que l'arbitrage entre Yukos Capital et YNG affectait les intérêts de la Fédération de Russie, actionnaire majoritaire de Rosneft (57). Aussi la Cour a-t-elle estimé qu'« *il est à ce point probable que les décisions des juridictions civiles russes qui annulent les sentences arbitrales soient le résultat d'une procédure judiciaire qui doit être considérée comme partielle et non-indépendante que ces décisions ne peuvent être reconnues aux Pays-Bas* » (58).

Yukos Capital a ensuite demandé l'exequatur des sentences au Royaume-Uni. Poursuivant jusqu'à l'absurde la logique de reconnaissance des décisions de justice, de préférence à celle des sentences arbitrales voulue par la Convention de New York, le juge anglais s'interroge alors sur la question de savoir s'il y avait lieu de reconnaître... la décision néerlandaise de reconnaissance de la sentence. Dans une décision du 14 juin 2011, la High Court a reconnu que la décision néerlandaise de reconnaissance de la sentence pouvait avoir un effet d'*issue estoppel*, équivalent de *common law* de l'autorité de chose jugée (59). Si la Cour d'appel a ensuite déjugé la High Court, c'est uniquement parce qu'elle a estimé que la conception anglaise de l'ordre public international est susceptible de diverger de celle du juge néerlandais (60). La Cour d'appel a en effet estimé que le juge anglais devait apprécier lui-même la valeur de la décision d'annulation russe, et non des sentences arbitrales, à l'aune de la conception anglaise de l'éventuelle partialité d'une juridiction étrangère (61).

Indépendamment du chaos susceptible de résulter de la substitution d'une logique de reconnaissance des décisions de justice étrangères rendues à propos de la sentence à celle de

(56) *Id.*, pp. 707-712.

(57) *Id.*, p. 712.

(58) *Id.*, p. 713.

(59) *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Rosneft Oil Company*, [2011] EWHC 1461 (Comm), spéc. [107].

(60) *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Rosneft Oil Company*, [2012] EWCA Civ 885, spéc. [156].

(61) *Id.*, [151]. La Cour d'appel a estimé que les considérations générales retenues par les juridictions néerlandaises (notamment en ce qui concerne l'absence d'indépendance de la justice russe pour tout ce qui touchait, de près ou de loin, à l'affaire *Yukos*) étaient insuffisantes pour établir la partialité des décisions d'annulation russes selon les standards anglais. Elle n'a pas tranché cette question, sur laquelle elle n'avait pas à se prononcer à ce stade de la procédure.

la reconnaissance des sentences elles-mêmes (62), dont l'affaire *Yukos Capital* est caractéristique, celle-ci illustre parfaitement l'embarras susceptible de résulter, pour une juridiction nationale, du fait d'avoir à apprécier l'indépendance ou la partialité d'une autre juridiction nationale.

Les juges anglais ont du reste consacré, dans leurs décisions, de longs développements à la question de savoir si la doctrine de l'*act of State*, selon laquelle le juge anglais ne peut se prononcer sur la validité des mesures prises par les autorités d'un Etat étranger sur le territoire de celui-ci, lui interdisait de statuer sur les allégations avancées par Yukos Capital tendant à démontrer l'absence d'indépendance de la justice russe (63). La Cour d'appel, en particulier, a relevé qu'il était malaisé de déterminer si le juge anglais pouvait se prononcer sur les allégations de Yukos Capital selon lesquelles les autorités russes ont orchestré une campagne politiquement motivée contre le groupe Yukos afin de s'en approprier les actifs (64). En l'espèce, elle a fini par conclure que « *la doctrine [de l'act of State] ne fait obstacle à aucune des allégations de Yukos Capital* », au motif que les allégations étaient toutes liées au fonctionnement du système judiciaire russe (65), mais l'interrogation suffit à montrer la difficulté de l'exercice.

15. La solution française évite cet écueil. Elle consiste à juger que la décision du juge étranger développe ses effets dans l'ordre juridique dans lequel elle a été rendue mais qu'elle n'a aucune incidence dans celui dans lequel la reconnaissance de la sentence est sollicitée. Cela ne signifie naturellement pas que la sentence ne soit soumise à aucun contrôle, comme tendrait à laisser penser l'affirmation parfois rencontrée selon laquelle « les sentences annulées sont reconnues en France ». Cela signifie simplement que celui-ci s'exerce sur la sentence, matériau premier du contrôle, et non sur les décisions d'un quelconque ordre juridique à propos de la sentence. On observera du reste que dans l'affaire *Thai-Lao*

(62) Sur l'ensemble de la question, v. E. Gaillard, « Coordination or Chaos in International Commercial Arbitration », Conférence donnée à l'Ecole de droit de Sciences Po le 14 septembre 2017, à paraître.

(63) *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Rosneft Oil Company*, [2011] EWHC 1461 (Comm), [108]-[206] ; *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Rosneft Oil Company*, [2012] EWCA Civ 885, [40]-[137].

(64) *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Rosneft Oil Company*, [2012] EWCA Civ 885, [129]-[132].

(65) *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Rosneft Oil Company*, [2012] EWCA Civ 885, [133].

Lignite, les raisons qui ont conduit à l'annulation de la sentence litigieuse en Malaisie — l'incompétence *ratione materiae* du tribunal s'étant prononcé sur des contrats autres que celui qui comportait la clause compromissoire — ont également justifié le rejet, par les juridictions françaises, de la demande d'exequatur de la sentence (66).

Aussi, dans la solution française, le contrôle de la sentence est renouvelé au lieu d'exécution, plutôt que de résulter mécaniquement de celui exercé dans l'État du siège (ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue). La légitimité de ce contrôle ne fait guère de doute, s'agissant de la juridiction du lieu où des conséquences sont susceptibles d'être tirées sur des biens saisis pour assurer l'exécution de la sentence, ce qui n'est pas nécessairement le cas au siège. En toute hypothèse, un tel contrôle aura lieu si les juridictions du siège rejettent la demande d'annulation de la sentence. Il n'y a donc rien d'anormal à ce qu'il le soit dans le cas contraire, tant il est vrai que la compétence internationale d'une juridiction ne saurait dépendre du sens de la décision rendue (67).

En un mot, la méthode française évite tant l'embarras susceptible d'être causé par l'exposition frontale de l'éventuelle partialité d'un juge étranger que l'injustice susceptible d'être causée par l'application mécanique de la décision d'une juridiction dont on peut suspecter la partialité sans être en mesure de la prouver.

(66) Paris, 19 février 2013, *République Démocratique Populaire Lao c/ société Thai Lao lignite et autre*, préc.

(67) En ce sens, v. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *Economica*, 2004, n° 402.