

REVUE DE L'ARBITRAGE

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

2018 - N° 3

Doctrine

DIALOGUE DES ORDRES JURIDIQUES : ORDRE JURIDIQUE ARBITRAL ET ORDRES JURIDIQUES ÉTATIQUES

par

Emmanuel GAILLARD

*Professeur agrégé des Universités
Associé responsable du département Arbitrage international,
Shearman & Sterling*

RÉSUMÉ

Le présent article explore les relations susceptibles de se nouer, à propos d'un même litige ou de litiges connexes, entre tribunaux arbitraux et juridictions étatiques, entre tribunaux arbitraux entre eux et entre juridictions étatiques. Trois conclusions en résultent. Tout d'abord, la reconnaissance de plus en plus large de l'effet négatif de la compétence-compétence assure l'harmonie des relations entre l'ordre juridique arbitral et les ordres juridiques étatiques, même si la tentation - réciproque - de recourir aux *anti-suit injunctions* peut tendre ces relations. Ensuite, l'existence d'instruments destinés à assurer la cohérence des solutions entre tribunaux arbitraux, tant dans l'arbitrage d'investissement qu'en matière commerciale, renforce l'idée que l'on se trouve en présence d'un véritable ordre juridique et non d'une collection de décisions dispersées. Enfin, la coopération naissante de certaines juridictions étatiques entre elles éloigne certains droits de la logique de la Convention de New York qui invite les juridictions de chaque Etat à exercer leur contrôle sur la sentence elle-même, et non sur les décisions rendues par d'autres tribunaux à son propos.

SUMMARY

This article explores the relationships between arbitral tribunals and State courts, between two or more arbitral tribunals, and between State courts in different jurisdictions in relation to the same or related disputes. It reaches three conclusions. First, the broad acceptance of the negative effect of competence-competence ensures a harmonious relationship between the arbitral legal order and the State legal orders, even if the - bilateral - temptation to issue anti-suit injunctions may alter such relationships. Second, the existence of instruments meant to ensure coordination between arbitral tribunals, both in investment arbitration and commercial arbitration, strengthens the idea that arbitration is a true legal order, as opposed to a mere collection of unrelated decisions. Third, the trend found in some jurisdictions to recognize court decisions regarding arbitrations ignores the logic of the New York Convention which invites State courts to exercise control on the award itself, as opposed to focusing on other court decisions ancillary to the award.

1. Le titre du présent article (1) pourra paraître cryptique à certains et, en tout cas, particulièrement abstrait. Exprimé de manière plus simple, le propos consiste à examiner, au sujet de contentieux arbitraux toujours plus complexes, les relations susceptibles de s'organiser entre les juridictions d'un Etat ou d'un autre et les arbitres, entre les juridictions étatiques entre elles à l'occasion d'un arbitrage donné et les relations de divers tribunaux arbitraux saisis de matières connexes. Toutes ces interactions sont susceptibles d'être qualifiées, pour peu que l'on ait le goût de l'abstraction, de dialogue des ordres juridiques, si ce n'est de dialogue au sein d'un même ordre juridique.

2. Pour que des ordres juridiques puissent dialoguer, encore faut-il qu'ils existent. L'existence des ordres juridiques étatiques ne sera sans doute pas contestée, bien que cette notion n'ait rien de naturel et qu'elle soit en réalité relativement récente. Comme celles d'« Etat » ou de « droit international », la notion d'« ordre juridique étatique » n'est qu'une construction de l'esprit. Elle permet d'appréhender de manière synthétique un ensemble cohérent de normes, ses sources et les organes destinés à les mettre en œuvre. L'ordre juridique arbitral est une notion plus nouvelle, et partant, plus controversée. De la même manière que

(1) Le présent article est tiré de la communication donnée le 11 avril 2018 à Paris à l'occasion de la *Paris Arbitration Week* à la demande du Comité Français de l'Arbitrage.

celle d'« ordre juridique étatique », elle permet d'appréhender de manière globale et immédiate le phénomène arbitral en ce qu'il constitue un ensemble organisé de normes possédant un système de sources qui lui est propre, des organes que sont les arbitres, et un degré d'effectivité qui n'a rien à envier à celui des ordres juridiques étatiques (2).

3. L'évocation d'un dialogue entre l'ordre juridique arbitral et les ordres juridiques étatiques est l'occasion de rappeler que le droit de l'arbitrage n'est pas l'apanage exclusif de l'ordre juridique arbitral. Lorsque la Cour de cassation française reconnaît dans l'arbitre un juge international (3), ou évoque l'existence d'un ordre juridique arbitral dont la pierre angulaire est la Convention de New York (4), le juge français ne devient pas l'organe de l'ordre juridique arbitral. Il demeure celui de l'ordre juridique français dont la tâche est d'accueillir, ou non, la sentence dans cet ordre juridique. Pour ne prendre qu'un exemple, l'ordre public international qu'il contrôle est la conception française de l'ordre public international, l'ordre public « véritablement international » étant celui des arbitres (5). On se trouve en présence d'un dialogue des ordres juridiques, non d'une confusion des ordres juridiques.

4. C'est dans cet esprit que l'on examinera successivement le dialogue de l'ordre juridique arbitral et des ordres juridiques

(2) Sur le débat relatif à l'existence d'un ordre juridique arbitral, au regard des critères de l'ordre juridique, dont l'aptitude d'un système à « penser ses sources », v. E. Gaillard, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », Conférence commémorative John E. C. Brierley, 24 septembre 2009, *McGill Law Journal*, 2010.891, vol. 55. Sur l'ensemble de la question, v. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, 2008 ; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, 2016, n° 54 ; M. Laazouzi, « L'arbitre international et les rapports entre ordres juridiques », *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, 2018, pp. 1025 et s.

(3) V. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c/ société Rena Holding et a.*, *JDI*, 2007.1236, note Th. Clay ; *Rev. arb.*, 2007.507, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP*, 2008.109, note S. Bollée ; *D.*, 2008.1429, obs. L. Degos ; *JCP*, 2007.216, obs. Ch. Seraglini ; *RJDA*, 2007.883, obs. J.-P. Ancel ; *Rev. arb.*, 2007.507, note J.-P. Ancel.

(4) Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, *Société Ryanair et a. c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) et a.* ; *Rev. arb.*, 2015.1133, note M. Laazouzi ; *Procédures*, 2015, étude 9, note L. Weiller ; *D.*, 2015.2031, obs. S. Bollée ; *D.*, 2015.2241, obs. P. Cassia ; *JCP G.*, 2015.1164, note T. A. Brabant, M. Desplats ; *Yearbook Commercial Arbitration*, 2015.416 ; V. aussi, Cass., Communiqué relatif à l'arrêt n° 797 (13-25.846) de la Première Chambre civile du 8 juillet 2015.

(5) Ce n'est donc que par abus de langage que des juridictions étatiques évoquent ce concept. V. par ex. Tribunal fédéral suisse, 30 décembre 1994, *F. U. c/ W. Inc.*, *Bull. ASA*, 1995.217.

étatiques (I), celui des tribunaux arbitraux au sein de l'ordre juridique arbitral (II) et celui des ordres juridiques étatiques entre eux à propos de l'arbitrage (III).

I. – DIALOGUE DE L'ORDRE JURIDIQUE ARBITRAL ET DES ORDRES JURIDIQUES ÉTATIQUES

5. Le dialogue entre l'ordre juridique arbitral et les ordres juridiques étatiques est parfois harmonieux (A), parfois conflictuel (B).

A) Dialogue harmonieux : l'effet négatif de la compétence-compétence

6. Contrairement à l'articulation des compétences de deux juridictions étatiques susceptibles de connaître du même différend, celle d'une juridiction étatique et d'un tribunal arbitral ne doit rien à la notion de litispendance. Celle-ci n'est susceptible de départager, au profit de la première saisie, que deux juridictions possédant un titre égal à connaître du différend. Ce sera le cas, par exemple, des juridictions du domicile du défendeur et de celles du lieu d'exécution du contrat. L'invocation d'une convention d'arbitrage rompt cette logique. Entre tribunaux étatiques et arbitres, c'est la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence (6) qui joue le rôle de départiteur des compétences.

La règle veut qu'en présence d'une convention d'arbitrage *prima facie*, le juge étatique saisi du fond s'abstienne de vider la question de la validité et de l'étendue de la convention d'arbitrage et donne la priorité pour ce faire à l'arbitre. Cela constitue une simple règle de priorité temporelle, l'arbitre statuant sous le contrôle ultérieur du juge étatique (7). Cette règle de priorité

(6) Sur l'origine de cette formulation, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, § 660. V. également M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013, § 49.

(7) E. Gaillard et Y. Banifatemi, « Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators », in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice* (Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro (eds.)), Cameron May, 2008,

temporelle rend le dialogue entre les ordres juridiques étatiques parfaitement harmonieux. On peut du reste voir dans l'acceptation de la règle l'un des révélateurs essentiels du degré de faveur qu'un ordre juridique étatique est prêt à consentir à l'arbitrage. Une position extrême est celle qui consiste, pour le juge étatique qui se voit opposer une exception d'arbitrage, à vider entièrement, en fait et en droit, la question de la validité et de l'étendue de celle-ci. C'est ce qui se passe par exemple aux Etats-Unis, sous la seule réserve de la possibilité, pour les parties, de renoncer à un tel contrôle par une manifestation « claire et incontestable » de volonté, qui peut être directe (8) ou résulter de la référence à un règlement d'arbitrage qui reconnaît la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence et sur les objections la concernant (9). Une telle position est à la fois insuffisamment favorable à l'arbitrage parce qu'elle ne fait pas confiance à l'arbitre pour apprécier les limites de sa compétence — alors qu'il pourra trancher des questions d' autrement importantes pour l'intérêt général — et trop favorable puisque la renonciation fait échapper la matière au contrôle du juge étatique, même exercé en fin de processus. Les Etats qui, à l'inverse, font une confiance saine à l'arbitrage, sans sacrifier le contrôle étatique ultérieur, reconnaissent l'effet négatif de la compétence-compétence. C'est le cas du droit français qui connaît la règle de longue date (10), mais également aujourd'hui de tous les droits soucieux d'afficher leur faveur à l'arbitrage.

pp. 257 et s.; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, 2016, n° 351 et s.; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly, 2015, n° 236 et s. En faveur d'un système, à notre sens inadapté, de « litispendance » emprunté à la logique des conflits de compétence des juridictions étatiques entre elles, v. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Précis Domat, 2013, n° 685.

(8) V. Supreme Court (Etats-Unis d'Amérique), 22 mai 1995, *First Options of Chicago Inc. c/ Kaplan*, 514 United States 938 (1995). Sur la question, v. W. W. Park, « The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic? », *Arbitration International*, 1996.137.

(9) V. Court of Appeals, Second Circuit (Etats-Unis d'Amérique), 17 mars 2011, *Republic of Ecuador c/ Chevron Corp.*, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con).

(10) V. Paris, 9 mars 1972, *Lefrère c/ SA Les Pétroles Pursan*, *RTD com.*, 1972.344, note M. Boitard et J.-C. Dubarry; Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *Société American Bureau of Shipping c/ Copropriété maritime Jules Verne et autres*, *Bull. civ.*, I, n° 183; *Rev. arb.*, 2001.529, note E. Gaillard; *RTD com.*, 2002.49, note E. Loquin; *JCP E.*, 2002.274, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti; Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Société Stein Heurtey c/ société Nippon Steel corporation*, *Bull. civ.*, I, n° 96.

7. Les progrès réalisés par la règle dans le monde au cours des dernières années sont spectaculaires (11). La contemplation de cette évolution permet de constater que l'Europe n'a plus l'apanage du libéralisme arbitral. En Amérique latine, la règle a fait son apparition au Brésil (12) et en Argentine (13). Elle est clairement reconnue en Colombie (14) et a été consacrée de manière éclatante par la Cour Suprême du Venezuela (15). En Afrique, les Etats membres de l'OHADA en connaissent une forme particulièrement énergique (16). Il en va de même en Tunisie (17) et au Maroc (18) par exemple. En Asie, la Cour Suprême des Philippines a consacré le principe dès 2009 (19) comme l'avait fait la Cour Suprême d'Inde en 2005 (20). Mais l'on sait que c'est Hong Kong et Singapour qui se disputent la

(11) Pour un panorama de l'évolution, v. E. Gaillard, « Actualité de l'effet négatif de la compétence-compétence », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, pp. 677 et s. ; F.-X. Train, « L'article II, 3° de la Convention de New York et la réception en droit comparé de l'effet négatif du principe compétence-compétence », 26 septembre 2017, Cercle de l'Union Interalliée, Paris, reproduite sur le site www.newyorkconvention1958.org.

(12) V. par ex. Cour de Justice de Rio de Janeiro (Brésil), 28 janvier 2015, *BRPR XXVII Empreendimentos e Participações Ltda. c/ Manchester Patrimonial S/A.*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2015.124. V. aussi L. de Faria Beraldo, *Curso de Arbitragem, nos termos da lei n° 9.307/963*, Atlas, 2014, pp. 192 et s.

(13) V. les articles 1654 et 1656 du Code civil et commercial argentin. V. également Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D (Argentine), 20 décembre 2016, *Francisco Ctibor S.A.C.I. c/ Wall-Mart Argentina S.R.L.*, n° 85399/2014. La nouvelle loi argentine sur l'arbitrage commercial international (loi n° 27.449), applicable aux arbitrages commerciaux internationaux ayant leur siège en Argentine, reprend la formulation de la Loi-type de la CNUDCI et reste donc silencieuse sur la reconnaissance ou non de l'effet négatif de la compétence-compétence.

(14) V. par ex. Cour Constitutionnelle (Colombie), 20 mai 2013, *Sociedad Representaciones Santa María S. en C. c/ Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá*, n° T-288/13 ; Cour Constitutionnelle (Colombie), 14 mars 2007, Sentencia de Unificación n° 174/07.

(15) V. par ex. Tribunal Suprême, Salle Constitutionnelle (Venezuela), 3 novembre 2010, *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A. c/ Oceanlink Offshore III AS*, n° 09-0573 ; Tribunal Suprême (Venezuela), 9 mars 2016, *Banco de Venezuela S.A. Banco Universal c/ Fideicomiso Constituido Por Sudamtex de Venezuela C.A.*, n° 2015-1131.

(16) V. l'article 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage du 23 novembre 2017. Cette règle a été adoptée dès 1999.

(17) V. l'article 19 du Code tunisien de l'arbitrage.

(18) V. l'article 327 de la Loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile.

(19) V. Cour Suprême (Philippines), *Special Rules of Court on Alternative Dispute Resolution*, septembre 2009, Règle 2.4. V. également, E. P. Lizares, *Arbitration in the Philippines*, EPL Publications, 2011, pp. 14-17.

(20) V. par ex. Cour Suprême (Inde), 12 août 2005, *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. c/ Aksh Optifibre Ltd. et al.*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2006.747 ;

place d'Etat d'Asie le plus favorable à l'arbitrage. Il n'est donc pas surprenant que ces Etats aient l'un et l'autre adopté sans ambiguïté l'effet négatif de la compétence-compétence. Ce sont les juridictions de Hong Kong qui en ont pris l'initiative dès les années 1990, dans le contexte de demandes de nomination d'arbitres par le juge d'appui (21), puis qui l'ont étendue, dans les années 2000, aux situations dans lesquelles un juge est saisi du fond du litige comme s'il n'existait aucune convention d'arbitrage (22). Les juridictions de Singapour, qui ne pouvaient être en reste, ont adopté le principe avec un égal enthousiasme et en ont explicité la raison d'être de la meilleure manière. C'est ainsi qu'en 2015, la Cour d'appel de Singapour, dans un arrêt *Tomolugen Holdings*, affirme que « *exiger que la cour, saisie d'une demande de suspension [de la procédure au fond], entreprenne un examen complet de la compétence d'un tribunal arbitral viderait le principe compétence-compétence de tout effet pratique. L'approche de l'examen complet risquerait de réduire la compétence-compétence du tribunal à une contingence dépendant des choix stratégiques de la demanderesse dans un arbitrage éventuel* » (23). A comparer ces décisions avec celles, plus frileuses, rendues en Suisse (24) ou au

E. Gaillard, « Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement », *New York Law Journal*, vol. 225, n° 105, 2005.

(21) V. par ex. High Court (Hong Kong), 30 juillet 1992, *Pacific International Lines (Pte) Ltd. and another c/ Tsinlien Metals and Minerals Co. (HK) Ltd.*, [1993] HKCU 0559.

(22) V. par ex. Cour de première instance (Hong Kong), 23 avril 2003, *Pacific Crown Engineering Ltd. c/ Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd.*, [2003] 3 HKC.

(23) V. Cour d'appel (Singapour), 26 octobre 2015, *Tomolugen Holdings Ltd. and another c/ Silica Investors Ltd. and other appeals*, [2015] SGCA 57. Texte original : « [T]o require the court, on a stay application under s 6 of the IAA, to undertake a full determination of an arbitral tribunal's jurisdiction could significantly hollow the kompetenz-kompetenz principle of its practical effect. The full merits approach has the potential to reduce an arbitral tribunal's kompetenz-kompetenz to a contingency dependent on the strategic choices of the claimant in a putative arbitration », p. 35.

(24) Les juridictions suisses ne reconnaissent la règle que si le siège de l'arbitrage est en Suisse. V. par ex., Tribunal fédéral suisse, 29 avril 1996, Arrêts TF, 122 III, pp. 139 et s., spéc. considérant 2.b ; Tribunal fédéral suisse, 6 août 2012, Arrêts TF, 138 III, pp. 681 et s., spéc. considérant 3.2 ; Tribunal fédéral suisse, 30 juin 2014, Arrêts TF, 140 III, pp. 367 et s., spéc. considérant 2.2.3 ; v. B. Berger, « Negative effect of competence-competence revisited, Note on 4A_560/2013, Judgment of 30 June 2014 », *Bull. ASA*, 2014.539. V. également E. Gaillard, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, 2005, pp. 311 et s.

Canada (25) qui ne donnent à la règle qu'une portée plus réduite, on constate que la modernité arbitrale s'est à l'évidence déplacée vers l'Orient.

8. La relation entre l'ordre juridique arbitral et les ordres juridiques étatiques n'est pas toujours aussi paisible et donne parfois lieu à des situations de conflits frontaux.

B) Dialogue conflictuel : le recours aux *anti-suit injunctions*

9. Loin de reconnaître l'effet négatif de la compétence-compétence, certaines juridictions non seulement procèdent à une appréciation au fond de la validité et de l'étendue de la convention d'arbitrage qui leur est opposée mais encore entendent donner à cette appréciation une application extra-territoriale en l'imposant à d'autres juridictions. Cette prétention prend la forme d'*anti-suit injunctions* par lesquelles une juridiction interdit, le cas échéant en assortissant la mesure de diverses pénalités, à une partie de se pourvoir devant une autre juridiction. En théorie, l'interdiction s'adresse à une partie mais, en pratique, c'est bien à une autre juridiction que la première entend imposer ses vues, sans quoi il lui suffirait d'attendre qu'elle se prononce sur la question (26).

10. La méthode est éminemment contestable et donne fréquemment lieu à un affrontement de prétentions extra-territoriales contradictoires. Certaines juridictions voleront en effet au secours de l'arbitrage en interdisant à une partie de contester la compétence arbitrale devant d'autres tandis que ces dernières enjoindront au

(25) V. F. Bachand, « Kompetenz-Kompetenz, Canadian-Style », *Arbitration International*, 2009.431.

(26) V. « *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* », *IAI Series n° 2*, Juris Publishing, 2005 ; J. Bédard, « *Anti-suit Injunctions in International Arbitration* », in *International Arbitration in the United States*, 2017, pp. 289 et s. ; C. Baltag, « *Anti-Suit Injunctions and Other Means of Indirect Enforcement of an Arbitration Agreement* », in *The Evolution and Future of International Arbitration*, (S. Brekoulakis, J.D.M. Lew, L. Mistelis), Wolters Kluwer, 2016, pp. 251 et s. ; E. Gaillard, « *Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international* », *Rev. arb.*, 2004.47 ; S. Clavel, « *Anti-Suit Injunctions et arbitrage* », *Rev. arb.*, 2001.669 ; S. R. Swanson, « *The Vexatiousness of a Vexation Rule: International Comity and Antisuit Injunctions* », *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1996.1 ; Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 11 septembre 1987, *China Trade & Development Corporation c/ M.V. Choong Yong*, 837 F.2d 33.

contraire aux parties de ne pas poursuivre l'arbitrage (27). Une répartition plus saine des compétences consisterait à reconnaître que chaque ordre juridique devrait se limiter à régir l'arbitrage pour ce qui le concerne — en reconnaissant ou non l'effet négatif de la compétence-compétence — sans prétendre imposer ses vues sur une situation donnée aux juridictions d'autres Etats.

11. Plus intéressant du point de vue de la théorie juridique est la constatation que les arbitres n'hésitent pas, lorsque les circonstances leur paraissent l'exiger, à enjoindre aux parties de se désister d'actions portant ombrage à leur compétence. Le premier exemple que l'on puisse trouver en ce sens est la sentence par laquelle, en 1970, Pierre Lalive, arbitre unique, a invité une partie pakistanaise qu'il estimait violer une convention d'arbitrage lui donnant compétence à s'abstenir de poursuivre son action au fond devant les juridictions pakistanaises (28). Depuis, la jurisprudence arbitrale en a fourni de nombreux exemples (29), jusqu'à une décision récente rendue dans une autre affaire pakistanaise par un arbitre de tradition de *common law* statuant sous l'égide de la *London Court of International Arbitration*. Celui-ci a en effet ordonné à une partie étatique de retirer l'action qu'elle avait formée devant ses juridictions nationales en violation de la convention d'arbitrage avec la complicité d'une entité apparentée aux fins d'obtenir une injonction de suspendre l'arbitrage (30). Par la suite, l'arbitre unique ordonnera, dans sa sentence, le remboursement par la partie qui a tenté de faire dérailler l'arbitrage des frais exposés par l'autre partie pour se défendre devant les juridictions locales, y compris des frais exposés pour se défendre des actions introduites par l'entité avec laquelle la société nationale avait partie liée (31).

(27) V. par ex. *Karaha Bodas Company LLC c/ Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al.*, 18 juin 2003, 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003) ; E. Gaillard, « KBC v. Pertamina: Landmark Decision on Anti-Suit Injunctions », *New York Law Journal*, 2 octobre 2003, pp. 8 et s.

(28) V. l'affaire CCI n° 1512 ; v. E. Gaillard, « Anti-suit injunctions issued by arbitrators, International Arbitration 2006: Back to basics? », in *ICCA Congress Series n° 13*, 2006, p. 252.

(29) V. par ex. la sentence rendue le 31 juillet 2012 dans l'affaire *OAO Gazprom c/ Ministry of Energy of the Republic of Lithuania*, SCC N° V(125/2011), § 267 (Yves Derains (Président), Sophie Nappert et Sophie Lamb).

(30) V. l'affaire LCIA n° 142730, 8 juillet 2016, *Ruling on Stay Application* (arbitre unique, Douglas Jones).

(31) V. l'affaire LCIA n° 142730, 29 octobre 2017, Sentence finale (arbitre unique, Douglas Jones).

Pour le meilleur ou pour le pire, l'utilisation des *anti-suit injunctions* par les arbitres constitue un signe de maturité de l'ordre juridique arbitral, en ce que celui-ci est prêt à défendre ses frontières, comme le font certains ordres juridiques étatiques, et avec les mêmes armes.

II. – DIALOGUE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE ARBITRAL

12. Au sein d'un même ordre juridique, plusieurs juridictions peuvent être appelées à connaître, simultanément ou successivement, d'un même différend ou de différends connexes. Des notions classiques telles que celle de litispendance ou d'autorité de la chose jugée permettent d'assurer la cohérence des solutions dans cet ordre juridique. La matière n'a rien d'original pour les ordres juridiques étatiques mais la question se pose de savoir si ces notions jouent un rôle équivalent au sein de l'ordre juridique arbitral. Le fonctionnement harmonieux de tels principes dans l'articulation des compétences de divers tribunaux arbitraux pourra même être perçu comme un signe de l'existence d'un ordre juridique arbitral, par opposition à une série de procédures isolées dont les relations ne peuvent être qu'accidentelles. L'interrogation sur l'existence d'instruments permettant d'assurer la cohérence des solutions relatives à une situation litigieuse donnée vaut tant en matière d'arbitrage investissement (A) qu'en matière d'arbitrage commercial (B).

A) Les instruments de cohérence applicables en matière d'arbitrage investissement

13. L'interrogation n'est pas ici celle de savoir si le droit de la protection des investissements internationaux est aussi cohérent et prévisible que peut l'être le droit d'un Etat déterminé. La question, instrumentalisée à l'occasion du débat sur la nécessité de mettre en place un organe d'appel en matière d'arbitrage investissement (32), est beaucoup moins préoccupante que celle

(32) Cette question est en réalité mal posée par les acteurs empressés de critiquer le système dans la mesure où elle s'empare de solutions divergentes exprimées par divers tribunaux arbitraux à un moment donné sans s'interroger, dans une perspective dynamique, sur la question plus scientifique du temps nécessaire, dans tout système juridique, à l'élaboration d'une solution constante.

qui consiste à se demander si, à l'occasion d'une situation litigieuse déterminée, des décisions contradictoires peuvent être prises par différents tribunaux arbitraux. Bien plus que celles susceptibles d'intervenir entre différents tribunaux arbitraux sur une même question de droit, de telles contradictions concrètes, relatives à la même matière litigieuse, heurteraient le sens de l'équité et mettraient en doute l'aptitude de la mécanique arbitrale à assurer un règlement harmonieux des différends en la matière.

14. Le défi n'était pas mince compte tenu du fait que le droit de la protection des investissements est né, pour l'essentiel, de l'adoption de centaines de traités distincts négociés deux à deux par les Etats et complétés par quelques traités multilatéraux majeurs. Chaque traité protégeant tant les investissements réalisés directement que ceux mis en place au travers d'une chaîne de participations — ce qui n'est pas en soi critiquable — le potentiel de saisine de plusieurs tribunaux arbitraux aux fins d'assurer la protection des mêmes intérêts à l'occasion de la même situation litigieuse était considérable. L'Etat accusé d'avoir exproprié ou maltraité une société possédant sa nationalité mais détenue par une société néerlandaise contrôlée par une société anglaise, par exemple, pourra avoir à rendre compte de ses agissements devant un tribunal arbitral constitué sur le fondement du traité bilatéral conclu par cet Etat avec les Pays-Bas et devant un autre tribunal saisi sur le fondement du traité conclu avec le Royaume Uni. Pour peu que l'un ou l'autre de ces traités protège la société de droit local en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers, un troisième arbitrage pourra également être introduit à l'encontre de l'Etat par cette société. L'Etat a certes accepté de faire face à chacune de ces demandes mais il est raisonnable de penser qu'en signant les divers traités qui le lient, l'Etat n'a jamais contemplé leur cumul. Celui-ci place en effet l'Etat dans une situation de grave inégalité, l'Etat devant, pour l'emporter, prévaloir dans chaque arbitrage tandis que l'investisseur doit, pour être indemnisé, en gagner un seul (33).

En dépit du caractère totalement décentralisé de son élaboration, la jurisprudence arbitrale supporte très bien la comparaison avec celle de n'importe quel système juridique étatique à cet égard, sans même qu'il soit besoin d'évoquer l'exemple des Etats-Unis où il peut s'écouler des décennies avant que la Cour Suprême ne décide de mettre fin à une divergence de jurisprudence entre les cours d'appel fédérales sur un sujet lui paraissant mériter d'être harmonisé.

(33) Sur l'ensemble de la question, v. E. Gaillard, « Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 225 et s.

15. Les premiers tribunaux arbitraux confrontés à la difficulté n'ont pas perçu l'importance du sujet et, aveuglés par une offre tactique de consolidation faite par la partie demanderesse, ont chacun progressé dans l'ignorance volontaire de l'autre tribunal arbitral saisi de la protection des mêmes intérêts. Des décisions contradictoires en ont résulté (34) qui pouvaient légitimement faire douter de l'aptitude du système à saisir des situations complexes (35). Une sentence arbitrale mieux motivée et plus soucieuse du discrédit susceptible de résulter, pour le système, du fait de ne pas sanctionner des attitudes procédurales déviantes, a procédé à un revirement de jurisprudence en 2017 (36). Dans l'affaire *Orascom c/ Algérie*, un homme d'affaires égyptien se considérant lésé par les mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre de la société OTA, qu'il contrôlait par le biais d'une chaîne verticalement intégrée de sociétés, a tout d'abord fait le choix de se prévaloir de la clause de règlement des différends contenue dans le traité Egypte-Algérie, via la société égyptienne OTH, actionnaire direct d'OTA. Ayant par la suite cédé la société OTH (ainsi que la réclamation initiée à l'encontre de l'Etat algérien), il décide de se prévaloir du traité conclu entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'Algérie, via la société luxembourgeoise Orascom TMTI, engageant ainsi un arbitrage parallèle portant sur les mêmes mesures. Par une sentence du 31 mai 2017, le tribunal arbitral, composé de M^{me} Gabrielle Kaufmann-Kolher, de M. Albert Jan van den Berg et de M^{me} Brigitte Stern, a estimé que les demandes d'Orascom TMTI étaient irrecevables faute de droit d'action et que son comportement était constitutif d'un abus de droit. Le tribunal

(34) V. les sentences rendues dans les affaires *CME c/ République Tchèque* (Wolfgang Kühn (Président), Stephen Schwebel et Ian Brownlie) et *Ronald S. Lauder c/ République Tchèque* (Robert Briner (Président), Lloyd Cutler et Bohuslav Klein).

(35) V. par ex. A. Reinisch, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration », in *International Law between Universalism and Fragmentation* (I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich, éd.), Brill, 2008, pp. 107 et s. ; C. N. Brower and J. K. Sharpe, « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *J. World Investment*, 2003.211; J. Crawford, « Ten Investment Arbitration Awards That Shook the World: Introduction and Overview », *Dispute Resolution International*, 2010.71.

(36) V. la sentence du 31 mai 2017 rendue dans l'affaire CIRDI n° ARB/12/35, *Orascom TMT Investments Sarl c/ République algérienne démocratique et populaire* (G. Kaufmann-Kohler (Président), A. J. van den Berg, B. Stern). V. également B. Rémy, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, 2018.207, spéc. pp. 276 et s.

arbitral a ainsi considéré qu'« *un investisseur qui contrôle plusieurs entités dans une chaîne verticale de sociétés peut commettre un abus s'il cherche à attaquer les mêmes mesures prises par l'Etat d'accueil et réclame réparation du même préjudice à différents niveaux de la chaîne sur le fondement de plusieurs traités d'investissement conclus par l'Etat d'accueil* » (37). Une telle sentence est emblématique de l'aptitude des tribunaux arbitraux à mettre en œuvre le droit des investissements en tant que système et non à contempler leur saisine du point de vue isolé de l'instrument sur le fondement duquel ils sont saisis, comme si cet instrument existait dans un vide juridique total.

B) Les instruments de cohérence applicables en matière d'arbitrage commercial

16. L'arbitrage commercial n'ignore pas les situations dans lesquelles plusieurs tribunaux arbitraux sont susceptibles d'être saisis de la même matière litigieuse ou de matières connexes. Il arrive au contraire de plus en plus fréquemment que des plaideurs insatisfaits introduisent, après la conclusion d'une première procédure arbitrale, une autre instance sur le fondement de la même clause compromissoire.

Il arrive également que plusieurs conventions d'arbitrage contenues dans divers contrats se recoupent quant à la matière saisie. Ce sera le cas par exemple lorsqu'on se trouve en présence d'un contrat-cadre suivi de contrats d'application dont chacun contient une clause compromissoire distincte ou d'un contrat de garantie conclu en parallèle avec un contrat de fond, avec des conventions d'arbitrage non articulées.

17. Dans toutes ces situations, les arbitres disposent des mêmes instruments de coordination des décisions que les juridictions étatiques. La technique du sursis à statuer discrétionnaire dans le souci d'une bonne administration de la justice leur est toujours ouverte. Celle de la litispendance l'est également, en théorie, mais ses conditions d'applications seront rarement satisfaites (38). Cette doctrine ne trouve en effet à s'appliquer qu'entre deux juridictions également compétentes.

(37) Sentence, § 542.

(38) V. K. Hober, « Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration », in *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, volume 366, Brill, 2014, pp. 126 et s.

Pour qu'un tribunal arbitral s'estime tenu de sursoir à statuer du fait d'une situation de litispendance, il faut non seulement qu'il s'estime compétent mais encore qu'il conclue que le tribunal arbitral saisi le premier l'est également et que ce sont bien les mêmes prétentions qui ont été portées successivement devant les deux tribunaux arbitraux. Cela ne sera le cas que si les parties ont voulu donner compétence à deux tribunaux sur le même objet, ce qui sera rarement une interprétation saine de leur volonté, ou si deux tribunaux sont saisis successivement sur le fondement de la même clause compromissoire sur des matières qui se recoupent partiellement.

18. Dans la situation inverse dans laquelle un tribunal arbitral qui s'estime compétent peut avoir à protéger sa compétence contre la saisine, par une partie, d'un autre tribunal arbitral qui, pour le premier, ne l'est pas, l'arme des *anti-suit injunctions* est en théorie disponible. En pratique, un tribunal arbitral hésitera sans doute à dicter sa conduite à un autre tribunal arbitral, même si l'injonction n'est censée s'adresser qu'aux parties (39). Cela pourrait se justifier dans des situations extrêmes dans lesquelles une partie tente d'échapper à la compétence légitime d'un tribunal arbitral en essayant de le court-circuiter par le recours à un tribunal saisi dans des conditions frauduleuses (40). La jurisprudence arbitrale en fournit un exemple ancien dans lequel une partie a sollicité du tribunal arbitral irano-américain qu'il invite l'autre partie à se désister d'une action parallèle devant un tribunal arbitral CCI au motif que le tribunal irano-américain était seul compétent en vertu des Déclarations d'Alger de 1981 (41). Le tribunal irano-américain précisa que « *le Tribunal, créé par un accord intergouvernemental, a le pouvoir inhérent de*

(39) Sur l'hypocrisie consistant à dire que l'*anti-suit injunction* ne soulève aucun problème de courtoisie internationale au motif qu'elle ne s'adresse qu'aux parties, v. *supra*, note 26.

(40) Pour un exemple d'allégation de saisine frauduleuse d'un tribunal arbitral, v. Court for the Northern District of California, San Francisco Division (Etats-Unis), 1^{er} juin 2018, *Waleed Bin Khalid Abu Al-Waleed Al-Qarqani et al., c/ Chevron Corporation et al., Petition for an Order to Confirm a Foreign Arbitration Award, and for entry of judgment in conformity with the arbitral award*. V. aussi A. Ross et T. Jones, « Chevron chased for US\$18 billion after "sham" Cairo award », *Global arbitration review*, 5 juin 2018.

(41) V. Tribunal irano-américain de réclamations, Sentence provisoire, 9 juin 1983, *Reading & Bates Corporation c/ République Islamique d'Iran*, IUST N° 28 (ITM 21-28-1), *Iran-United States Claims Tribunal Reports, Iran-Cambridge Grotius Publications Limited*, volume 2, 1984.401. V. aussi *Yearbook Commercial Arbitration*, 1984.226.

rendre les ordonnances nécessaires pour préserver les droits respectifs des Parties et pour garantir que sa compétence et son autorité soient pleinement effectives » (42) et ordonna à la partie adverse de solliciter un sursis à statuer auprès du tribunal arbitral CCI.

19. Lorsqu'une sentence aura été rendue par un premier tribunal arbitral, un second pourra estimer qu'elle est revêtue de l'autorité de chose jugée. En relevant qu'il serait paradoxal qu'un tribunal arbitral CCI ne connaisse pas l'autorité de chose jugée d'une sentence rendue par un autre tribunal arbitral CCI, la sentence rendue en 1977 dans les affaires CCI n° 2745 et 2762 rend un hommage embryonnaire à l'existence d'un système arbitral de règlement des différends (43). Cependant, comme pour le jeu de la litispendance qui en est la forme anticipée, l'autorité de chose jugée ne pourra être reconnue à la première sentence que si le tribunal arbitral appelé à statuer sur cet effet estime qu'elle a été rendue par un tribunal compétent. Les autres conditions de la chose jugée que sont l'identité de parties, de cause et d'objet devront évidemment être également satisfaites. Dans la détermination de ces conditions, on a pu faire justement remarquer que la méthode conflictuelle est beaucoup moins prévisible que celle qui consiste à rechercher, sur la base d'une analyse de droit comparé, les principes généraux applicables en la matière (44). Contrairement à la règle classique qui exige une triple identité et qui peut se prévaloir du soutien de la jurisprudence de la Cour internationale de justice (45), la règle reconnaissant plus largement un effet d'*issue estoppel* à certaines décisions dans

(42) *Ibid.*, texte original : « *the Tribunal, which was established by an intergovernmental agreement, has an inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure that its jurisdiction and authority are fully effective* ».

(43) Sentences CCI n° 2745 et 2762 de 1977, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, pp. 326, 328 (Sigvard Jarvin et Yves Derains éd.), 1990.

(44) V. P. Mayer, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in *Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, 2004, p. 185. V. aussi, *International Law Association, International Commercial Arbitration, Report on Lis Pendens and arbitration*, 2006, Conférence de Toronto ; N. D. Yaffe, « Transnational Arbitral Res Judicata », *Journal of International Arbitration*, 2017.795.

(45) V. Cour internationale de Justice, Arrêt du 17 mars 2016, *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c/ Colombie)*, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 2016, page 100, para. 55 : « *Les Parties conviennent que le principe de l'autorité de la chose jugée repose sur l'identité des parties (personae), de l'objet (petitum) et de la base juridique (causa petendi)* ».

les droits de *common law* ne bénéficie pas d'un soutien suffisant en droit comparé pour être considéré comme un principe général de droit (46).

20. L'existence de ces divers mécanismes de coordination des décisions entre tribunaux arbitraux renforce la conclusion que l'on se trouve bien en présence non d'un droit susceptible d'engendrer une collection de décisions disparates mais bien d'un système organisé susceptible de justifier de la qualification d'ordre juridique.

III. – DIALOGUE DES ORDRES JURIDIQUES ÉTATIQUES À PROPOS DE CONTENTIEUX ARBITRAUX

21. Le phénomène le plus marquant de l'évolution du droit de l'arbitrage dans le monde au cours des dernières années est celui qui a vu se développer, dans les Etats qui ont du mal à reconnaître dans les arbitres de véritables juges, une coopération internationale entre juridictions étatiques à propos de l'arbitrage.

Cette coopération, qui ignore l'invitation faite par la Convention de New York en 1958 de concentrer le contrôle sur la sentence elle-même et non sur les décisions susceptibles d'intervenir à propos de la sentence, se manifeste tant à propos des décisions se prononçant sur une demande d'annulation d'une sentence (A) que sur celles qui concernent des demandes de reconnaissance ou d'exécution (B).

A) La portée internationale des décisions se prononçant sur une demande d'annulation d'une sentence

22. Les Etats sont libres de leur politique à l'égard des sentences annulées dans l'ordre juridique du siège. Ils peuvent,

(46) V. cep. pour une interrogation sur la valeur de principe général de la règle, Affaire CIRDI n°ARB/10/6, *RSM et al. c/ Grenada*, Sentence, 10 décembre 2011 (William Rowley (Président), Edward Nottingham et Pierre Tercier) ; Affaire CIRDI n°ARB (AF)/12/1, *Apotex Holdings Inc. c/ United States*, Sentence, 25 août 2014 (V.V. Veeder (Président), William Rowley et John Crook) ; Affaire CIRDI n°ARB/13/13, *Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani c/ Republic of Kazakhstan*, Sentence, 27 septembre 2017 (Laurent Lévy (Président), Laurent Aynès et Jacques Salès).

comme en Allemagne (47), refuser de donner effet à une sentence annulée au siège, puisque l'article V(1)(e) de la Convention de New York le leur permet. Ils peuvent, comme aux Etats-Unis (48) ou aux Pays-Bas (49), ne donner effet à la sentence que dans la mesure où la décision d'annulation elle-même ne leur paraît pas satisfaire les conditions de reconnaissance d'un jugement dans l'ordre juridique de l'Etat d'exécution. Ils peuvent, comme c'est le cas de manière constante en France depuis 1984 (50), ne tenir aucun compte de la décision d'annulation de façon à concentrer le contrôle sur la sentence elle-même. Aucune de ces formules ne méconnaît l'effet combiné des articles V(1)(e) et VII de la Convention de New York. En revanche, il est faux et contraire tant à l'esprit qu'à la lettre de la Convention de New York, de prétendre puiser la solution dans la Convention elle-même autrement que pour constater qu'elle est parfaitement neutre sur le sujet.

C'est pourtant ce que fait la jurisprudence américaine de manière de plus en plus affirmée. Celle-ci a en effet inventé la notion de « compétence primaire » (*primary jurisdiction*), qui serait celle de l'Etat du siège de l'arbitrage, et celle de « compétence secondaire » (*secondary jurisdiction*), qui serait celle de tous les autres Etats, pour prétendre articuler la compétence des divers ordres juridiques étatiques à l'égard de l'arbitrage (51). L'ordre juridique du siège se serait vu confier le rôle principal dans la

(47) V. article 1061 du Code de procédure civile allemand.

(48) V. Cour de district du District Sud de New York (Etats-Unis), 27 août 2013, *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral c/ Pemex-Exploración y producción*, 10 Civ. 206 (AKH) ; *Rev. arb.*, 2015.183, obs. C. Darrigade ; J. Cabrera, D. Figueroa, H. Woss, « The administrative contract, non-arbitrability, and the recognition and execution of awards annulled in the country of origin: the case of *Commisa v Pemex* », *Arbitration International*, 2015.1. V. aussi, Cour d'appel du Second District (Etats-Unis), 2 août 2016, *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral c/ Pemex-Exploración y producción*, n° 13-4022 ; E. Gaillard, « 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) », *Rev. arb.*, 2017.1147.

(49) V. par ex. Cour d'appel d'Amsterdam, 28 avril 2009, *Yukos Capital SARL c/ OAO Rosneft*, n° 200.005.269/01.

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

(51) V. par ex. en dernier lieu, Court of Appeals, Second Circuit (Etats-Unis d'Amérique), 20 juillet 2017, *Thai Lao Lignite (Thailand) Co. Ltd., Hongsa Lignite (Lao Pdr) Co. Ltd. c/ Gouvernement de la République Démocratique du Laos*, n° 14-597.

supervision des opérations arbitrales et tous les autres ordres juridiques devraient, sauf exception, s'aligner sur les décisions prises au siège.

Cette logique est parfaitement étrangère à la Convention de New York, dont le seul objectif est d'assurer la circulation internationale des sentences arbitrales et non celle des décisions de justice relatives aux sentences arbitrales (52). C'est même exactement l'inverse de ce qu'a voulu la Convention de New York en répudiant la logique de double *exequatur* qui prévalait à l'époque de la Convention de Genève de 1927. La Convention de New York n'est pas une convention de conflits de juridictions, ni de conflits de lois, mais une convention dont l'objet premier est la sentence arbitrale. Son objectif est d'assurer la plus grande reconnaissance possible aux sentences arbitrales en instaurant un plafond de contrôle dans les Etats contractants. C'est donc un contresens que d'y voir une convention de conflits de juridictions destinée à répartir les compétences étatiques à propos de l'arbitrage (53).

B) La portée internationale des décisions se prononçant sur une demande de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence

23. Les Etats qui ne parviennent pas à se départir de la logique de coopération judiciaire à propos de la sentence arbitrale et qui ont plus de mal que d'autres à entrer dans celle, plus moderne, de reconnaissance de la sentence elle-même, ne se contentent pas de donner effet, en tout cas lorsqu'elles sont défavorables à l'arbitrage, aux décisions se prononçant sur des demandes d'annulation au siège. Ils estiment parfois devoir également reconnaître les décisions étrangères se prononçant sur la reconnaissance de la sentence. Ce courant se rencontre tant aux Etats-Unis qu'en Angleterre.

24. Dans l'affaire *Belmont c/ Mina Mar*, la juridiction de district du District Ouest de Virginie a été saisie d'une demande d'annulation d'une sentence rendue en Virginie alors qu'une

(52) Sur le caractère hétérodoxe de la jurisprudence américaine relative aux notions de compétence primaire et de compétence secondaire, v. spéc. J. Paulsson, *Rev. arb.*, 2007.559. V. aussi, E. Gaillard, *supra*, note 48.

(53) Si l'on devait accepter la notion de compétence primaire, il ne s'agirait du reste pas seulement de celle du siège mais de celle du siège et de celle de l'Etat dont la loi régit l'arbitrage, que l'article V(I)(e) met sur le même pied. Il y aurait donc, à suivre cette logique, plusieurs « compétences primaires ».

juridiction canadienne s'était déjà prononcée sur la reconnaissance de la sentence. Au lieu de se prononcer elle-même sur la validité de la sentence, elle donne effet à la décision canadienne au motif que « *la force de chose jugée [du jugement canadien] empêchait la Cour de décider s'il convenait de modifier ou d'annuler la Sentence* » (54). Cette décision aurait pu demeurer anecdotique si le même type de raisonnement ne se retrouvait pas dans plusieurs décisions récentes de la *High Court* anglaise. Dans l'affaire *Yukos Capital c/ Rosneft*, une sentence arbitrale rendue en Russie au profit de Yukos à propos d'un prêt intra-groupe a été annulée par les juridictions russes. La sentence a ensuite été reconnue aux Pays-Bas, la Cour d'appel d'Amsterdam ayant considéré que la procédure d'annulation n'avait été ni impartiale ni indépendante mais guidée par les intérêts de l'Etat russe et conduite sous la direction du pouvoir exécutif. La sentence a été enfin présentée à l'*exequatur* en Angleterre. Dans une décision du 27 juin 2012, la *Court of Appeal* ne s'est pas interrogée sur la sentence, ni même sur la validité de son annulation, mais sur l'opportunité de reconnaître, à travers la notion d'*issue estoppel*, la décision néerlandaise de reconnaissance de la sentence, ou plutôt, de rejet de la décision d'annulation (55). A l'issue d'un long raisonnement, la Cour a fini par retenir que la notion d'*issue estoppel* (forme anglo-américaine de *res judicata*) pouvait être invoquée dans ces circonstances mais que la notion anglaise de contrariété à l'ordre public pouvait différer de la notion néerlandaise de contrariété à l'ordre public. En conséquence, la Cour décide de procéder à un examen approfondi de la contrariété à l'ordre public de la décision russe d'annulation au regard des standards d' du droit anglais. La décision n'exclut toutefois pas que, pour d'autres questions, telle que l'étendue ou la validité de la convention d'arbitrage, la décision étrangère de reconnaissance puisse être reconnue en tant que telle et donc qu'elle puisse interférer dans le régime de reconnaissance et d'exécution de la sentence des sentences arbitrales en Angleterre.

25. Ces décisions sont manifestement très malvenues. Elles invitent les parties à s'engager dans une course à la juridiction la plus favorable. La partie qui l'aura emporté dans l'arbitrage

(54) V. Cour du district du District Ouest de Virginie (Etats-Unis d'Amérique), 1^{er} octobre 2010, *Belmont Partners, LLC c/ Mina Mar Group, Inc., et al.*, 3 :10-mc-00005.

(55) Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, 27 juin 2012, *Yukos Capital Sarl c/ OJC Rosneft Oil Co. (No 2)*, [2012] EWCA Civ 855 ; [2014] QB.

aura par exemple intérêt, si la compétence du tribunal arbitral est contestée, à faire juger la question dans un Etat favorable à l'extension de la convention d'arbitrage avant de tenter d'exporter la décision relative à la sentence dans un Etat qui le serait moins. A l'inverse, la partie condamnée aura intérêt à faire juger la question d'abord dans un Etat où la jurisprudence est la moins favorable à l'extension de la convention d'arbitrage pour se prévaloir ensuite, en Angleterre par exemple, d'une décision restrictive. Une telle course est évidemment malsaine et ne devrait avoir aucune incidence sur la position que prend chaque Etat sur la question de savoir si la sentence mérite d'être reconnue dans son ordre juridique.

Cette logique tourne le dos à la Convention de New York, dont l'obsession a été d'abolir le double *exequatur* et d'inviter les juridictions de chaque Etat à se préoccuper de la sentence elle-même, non des décisions étatiques rendues à propos de la sentence. Compte tenu de l'autorité des juridictions qui l'ont adoptée, spécialement en Angleterre, il est cependant à craindre qu'elle continue, dans les années à venir, à alimenter les débats tant judiciaires que doctrinaux (56).

(56) V. par ex. M. Scherer, « Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the 'Judgment Route' the Wrong Road? », *Journal of International Dispute Settlement*, 2013.587 ; J. Hill, « The Significance of Foreign Judgments Relating to Arbitral Award in the Context of an Application to Enforce the Award in England », *Journal of Private International Law*, 2012.159.