

Questions choisies d'interactions entre arbitrage et juridictions étatiques

Les clauses d'arbitrage prévoyant un appel de la sentence

ET

L'interaction entre arbitrage et justice étatique à la lumière de l'arrêt *West Tankers*
et du nouveau Règlement « Bruxelles I »

Mémoire réalisé par
Morgan Bonneure

Promoteur
Denis Philippe

Année académique 2013-2014
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt



Remerciements

Je tiens premièrement à remercier mon promoteur, Me Denis Philippe, pour sa disponibilité et sa grande flexibilité dans le cadre de la réalisation de ce mémoire.

Ensuite, j'aimerais remercier le Professeur Jan Kleinheisterkamp pour avoir non seulement suscité mon intérêt envers les problématiques liées à l'arrêt West Tankers, mais également pour m'avoir aiguillé vers les sources pertinentes. J'adresse encore un remerciement particulier à l'attention du Professeur Stéphanie Francq pour m'avoir consacré un peu de son précieux temps, ce qui a permis d'éclairer ma réflexion et d'entrevoir de nouvelles pistes lors des dernières semaines de rédaction de ce mémoire.

Je n'oublie pas non plus Me Jean-François Tossens, sans qui je n'aurais pu vivre cette expérience extraordinaire qu'a représenté le Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot de 2013. Ce concours a ainsi largement inspiré la partie relative aux clauses d'appel.

Mes derniers remerciements, mais non les moindres, vont vers mon père et Hélène Peugnieu qui ont accepté la tâche ingrate de relire ce travail, d'en corriger les éventuelles erreurs et de suggérer les modifications grammaticales nécessaires. J'ai enfin une pensée pour les autres membres de ma famille ainsi que les amis qui m'ont soutenu jusqu'au terme de mes études.

Les clauses d'arbitrage prévoyant un appel de la sentence

Introduction

L'on sait que l'une des caractéristiques d'une procédure en justice classique consiste en la possibilité d'interjeter appel contre la décision du premier juge, avec éventuel recours devant la juridiction suprême. L'appel implique la révision au fond d'une première décision et donne aux justiciables l'assurance de voir celle-ci revue par une juridiction supérieure s'ils devaient estimer que la décision du premier juge leur est défavorable. Cette possibilité de recours peut apparaître comme une motivation dans le chef de ce dernier à rendre une décision équilibrée en fonction des circonstances de l'espèce. L'une des différences fondamentales entre l'arbitrage et le recours aux cours et tribunaux réside précisément dans une plus grande limitation des possibilités de recours contre les sentences arbitrales. C'est aussi l'un des éléments qui fait l'attrait de cette institution. Ainsi, un mouvement général d'abandon de l'appel au fond des sentences arbitrales devant les tribunaux nationaux s'est marqué dans de nombreux pays¹. Les législations modernes sur l'arbitrages tendent à limiter les motifs de recours contre les sentences au non-respect des droits de la défense, à l'incompétence des arbitres pour connaître du litige, à la violation par les arbitres de la procédure convenue entre parties, à la non arbitrabilité du litige,... Le recours en annulation est devenu le recours normal contre les sentences, ce que confirme l'article 34 la loi modèle de la CNUDCI². Le recours au fond n'y est pas prévu et c'est ce qui ressort de ces législations nationales. En Angleterre, l'Arbitration Act 1996 permet encore en son article 69 de faire un appel sur des questions de droit, et non de fait, les conditions étant par ailleurs extrêmement restrictives.³ Cet article est dès lors rarement utilisé.

Il arrive néanmoins que des parties souhaitent prévoir un appel de la future sentence devant le juge étatique, ce qui engendre un certain nombre de difficultés. Après de brèves considérations générales (I), il s'agira de se demander, dans une perspective de droit comparé, s'il est légalement permis de prévoir ce type de clause et quel sera, dans la négative, le régime de sanction applicable (II). Enfin, nous aborderons la question de l'incidence d'un tel mécanisme d'appel au niveau de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales (III).

¹ G.B. BORN, *International Commercial Arbitration, Volume II*, Kluwer Law International, 2009, pp. 2638 et 2639 ; J.D.M. LEW *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 373 et 374.

² CNUDCI, art. 34.

³ Arbitration Act 1996 (England and Wales), section 69.

Faisons d'ores et déjà une précision importante : l'appel dont il s'agit dans cette étude renvoie à un recours au fond devant un juge national, et non devant un autre tribunal arbitral.

I. Considérations générales

L'absence de possibilité de recours au fond est considérée comme l'un des grands avantages de l'arbitrage. Le litige est censé être tranché au fond en une fois, c'est le principe de finalité de l'arbitrage. Cela a pour conséquence que la procédure arbitrale est moins longue qu'une procédure classique dans laquelle l'appel est monnaie courante, nécessitant parfois une attente de plusieurs années avant de voir la résolution du litige aboutir de manière définitive.

Une fois rendue, la sentence arbitrale sera également plus facilement reconnue et exécutée à l'étranger qu'un jugement en raison de l'adhésion d'une grande majorité des pays à la Convention de New York de 1958. A cet égard, un appel prévu dans la clause d'arbitrage peut poser problème au regard de l'article V de la Convention qui contient les motifs de refus de reconnaissance. Nous reviendrons sur ce point (*cf.* III).

Sans le principe de finalité, bon nombre de justiciables ne recourraient probablement pas à l'arbitrage. En effet, il constitue l'une des raisons principales pour lesquelles les parties se tournent vers ce mode alternatif de résolution des litiges car l'absence d'appel est plus conforme à la réalité de la vie des affaires. Il n'est effectivement pas économiquement efficace de voir un litige perdurer des années durant. Le souhait des entreprises est de trancher le conflit au plus vite et une fois pour toutes. Une étude⁴ effectuée en 2006 par PwC et la Queen Mary School of International Arbitration sur les comportements des entreprises internationales impliquées dans des transactions transfrontalières à l'égard de l'arbitrage révèle ainsi qu'une écrasante majorité, 91% des répondants, rejette l'idée d'une possibilité d'appel contre la sentence. Les avantages de la finalité de la sentence prévalent sur la possibilité de recours au fond. L'absence d'appel est considérée comme un attribut crucial de l'arbitrage par les répondants.

Par ailleurs, la possibilité d'introduire un appel au fond devant un juge national à l'encontre de la sentence ferait de l'arbitrage un premier degré de juridiction⁵ et rallongerait la chaîne des recours. Ainsi, là où le tribunal de première instance constitue le premier degré de

⁴ Etude disponible à http://www.arbitrationonline.org/docs/IAstudy_2006.pdf, visité le 9 février 2014.

⁵ L. BERNHEIM – VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 722.

juridiction dans une procédure classique, le tribunal arbitral s'y substituerait, faisant passer le nombre de degrés de juridiction de trois (la juridiction suprême incluse) à quatre. L'on aperçoit en quoi une telle stipulation contractuelle irait à l'encontre du principe fondamental de la finalité de la sentence.

Pourtant, certaines parties peuvent souhaiter conserver la possibilité de saisir un second juge dans l'hypothèse où la première décision leur serait défavorable. Faisant usage de l'autonomie de la volonté, les parties pourraient alors être tentées, alors que cela soit a priori peu compatible avec la nature de l'arbitrage, d'insérer un mécanisme d'appel devant un juge national contre la future sentence dans la clause d'arbitrage. Les éventuelles conséquences en droit positif font l'objet des développements qui suivent.

II. L'insertion d'un mécanisme d'appel : validité de la clause d'arbitrage et sanction en droit comparé

Quelle que soit l'opinion personnelle et les arguments d'ordre pratique ou économique à l'égard d'un tel mécanisme d'appel, son insertion dans une clause d'arbitrage impliquera diverses conséquences qui varieront en fonction de l'ordre juridique national concerné. Lorsqu'un pays ne prévoit pas l'appel des sentences arbitrales dans sa législation, la question qui se pose est celle de savoir si les parties peuvent contractuellement étendre les recours prévus par la loi, de manière à instituer une nouvelle voie de recours, en l'espèce l'appel au fond contre la sentence. Cela impliquerait que les parties ont le pouvoir de créer, dans un contrat, une compétence du juge national non prévue par la loi.

Autrement dit, les voies de recours légales sont-elles limitativement énumérées de telle sorte qu'elles ne laissent pas de place à l'autonomie de la volonté ? Dans l'affirmative, quel est le sort de la clause d'arbitrage ? Est-elle entièrement ou totalement nulle ? Est-il possible d'amputer la clause de son élément problématique de manière à laisser intact le consentement à l'arbitrage ? Ces questions seront abordées en Belgique (§1^{er}), en France (§2), aux Etats-Unis (§3), en Allemagne (§4), en Angleterre (§5) et en Nouvelle-Zélande (§6). Suivra une brève réflexion sur la place de l'autonomie de la volonté dans cette problématique (§7).

A titre d'illustration, nous proposons d'emprunter la clause d'arbitrage du cas fictif du Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot de cette année. Cette clause dispose :

“Article 23

(...)

(3) If the matter in dispute is not resolved through such mediation within thirty (30) days after the start of the mediation, then, but not before the expiry of the 30th day, such dispute shall become subject to arbitration, to be finally settled under the CEPANI Rules of Arbitration before CEPANI – *The Belgian Center for Arbitration and Mediation at Rue des Sols/Stuiverstraat Nr. 8, 1000 Brussels*. The arbitration shall be conducted before three arbitrators, in the English language and shall be held in Vindobona, Danubia.

(4) The award shall be final and binding upon the Parties. **Each Party has, however, the right within three months after it has received the award to refer the case to the applicable state courts if it considers the award to be obviously wrong in fact or in law. The state court shall then have jurisdiction to review the case and to decide the issue in accordance with the applicable law. (...)**⁶.

§1^{er}. Belgique – une réalité insatisfaisante

L’ancien article 1703, devenu 1716, du Code judiciaire belge permet uniquement l’appel devant un autre tribunal arbitral. Le droit belge ne permet pas l’appel d’une sentence contre le juge national. Cette disposition est d’ordre public, ce qui implique que toute clause d’arbitrage prévoyant un mécanisme d’appel au fond de la sentence serait frappée d’une nullité absolue⁷.

Il s’agit là d’une sanction extrêmement sévère. L’on peut par ailleurs s’interroger sur l’opportunité d’une telle sanction.

Les développements en droit français qui suivent nous permettront de plaider en faveur d’une évolution du droit belge.

⁶ Souligné par nous.

⁷ G.-A. DAL ET G. KEUTGEN, *L’arbitrage en droit belge et international, Tome 1 – Le droit belge*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 459.

§2. France – De l’inefficience à l’isolement du consentement à l’arbitrage

Nous examinerons la solution antérieure (a) à un arrêt récent de la Cour de cassation ayant opéré un revirement de jurisprudence (c), non sans avoir relevé quelques critiques à l’égard de la première (b). Cette section se clôturera par une comparaison et une réflexion sur la situation française et belge (d).

a. Solution antérieure

L’article 1518 du Code de procédure civile (ci-après, « CPC ») interdit l’appel contre une sentence internationale, n’autorisant que le recours en annulation. Dans le passé, les juridictions françaises considéraient que l’insertion d’un mécanisme d’appel au fond dans une clause d’arbitrage rendait la clause nulle dans sa globalité⁸. Les parties étaient dès lors contraintes de recourir aux cours et tribunaux pour trancher leur conflit. C’est la situation actuelle en Belgique⁹. La Cour d’appel de Paris considérait ainsi qu’une clause d’appel était *«frappée d’une nullité qui affecte dans son ensemble la convention d’arbitrage dont elle constitue un élément essentiel, déterminant du consentement des parties qui ont ainsi affirmé leur volonté de soumettre leur litige à deux degrés de juridiction »*¹⁰.

La *ratio legis* d’une telle solution correspondait au raisonnement suivant : la stipulation d’un appel en matière d’arbitrage étant considérée comme incohérente pour les raisons exposées dans la première section (I), les juges français ont estimé que la coexistence de ces deux voies contradictoires devait mener à la conclusion que les parties avaient entendu privilégier les cours et tribunaux, et non l’arbitrage. Si les parties ont prévu un recours au fond dans la clause d’arbitrage, c’est qu’elles entendent réserver aux juridictions une primauté. Dès lors, l’appel étant aussi bien considéré par la Cour d’appel de Paris comme indissociable du consentement à l’arbitrage qu’invalidé, il semblait logique qu’une procédure arbitrale ne soit plus possible en présence d’une telle faculté¹¹.

b. Critiques

Ce raisonnement, basé sur la question du consentement à l’arbitrage, prête le flanc à la critique au regard du principe de l’autonomie de la volonté des parties. Il est clair que l’objet premier d’une clause d’arbitrage réside par hypothèse dans le fait de confier à un arbitre le

⁸ L. JAEGER, note sous Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, p. 501.

⁹ G.-A. DAL ET G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 459.

¹⁰ Paris, 1^{ère} Ch. C., 12 décembre 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 862, citée par L. JAEGER, *op. cit.*, p. 500.

¹¹ L. JAEGER, *ibidem*, p. 501.

pouvoir de trancher les litiges potentiels et d'échapper ainsi aux tribunaux nationaux. Lorsque les cocontractants donnent sans ambiguïté leur consentement à l'arbitrage, il convient de respecter cette volonté. Ce n'est que lorsqu'un vice majeur rend l'application de la clause d'arbitrage impossible qu'il convient d'annuler la clause dans son ensemble. Ayant cela à l'esprit, l'idée selon laquelle les parties ont entendu réserver la primauté aux tribunaux étatiques, et sur laquelle la solution antérieure était fondée, est discutable. L'on peut aussi raisonnablement soutenir qu'un mécanisme d'appel de la sentence est **accessoire** par rapport à la volonté de voir le conflit tranché par la voie arbitrale¹² et ne rend dès lors pas cette dernière impossible.

La solution antérieure est également en porte à faux vis-à-vis de la position singulière qu'ont adopté les juridictions françaises quant à la conception de la sentence arbitrale comme « *décision de justice internationale* »¹³. Considérer que l'ensemble de la clause est nulle du simple fait de la présence du mécanisme d'appel revient à soumettre l'arbitrage à des considérations purement nationales (puisque cela est contraire à une disposition légale), là où la Cour de cassation française promeut précisément l'affranchissement de l'arbitrage par rapport aux ordres juridiques nationaux. Nous reviendrons sur ce point¹⁴.

Enfin, une telle position avait pour conséquence d'annihiler toute la procédure arbitrale qui s'était déroulée avant qu'une juridiction constate la nullité de la sentence. L'article 1520, 1° du CPC prévoit en effet qu'une sentence internationale peut être annulée si « *le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent* ». Les parties ont non seulement perdu du temps et de l'argent, mais doivent encore soumettre leur litige au juge compétent, ce qu'elles entendaient précisément éviter en optant pour l'arbitrage. Une telle conséquence est naturellement contraire au principe d'efficacité du processus arbitral. Il semble aussi disproportionné de rendre la clause entière nulle s'il n'est même pas certain que le mécanisme d'appel, facultatif, soit effectivement activé¹⁵.

¹² L. JAEGER, *ibidem*, p. 501.

¹³ Cass. fr., 29 juin 2007, disponible à http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_10607.html (visité le 27 avril 2014).

¹⁴ Cf. pp. 22 et 23.

¹⁵ L. JAEGER, *op. cit.*, p. 501.

c. Le revirement jurisprudentiel opéré par la Cour de cassation française dans l'affaire Chefaro

Les faits sont les suivants¹⁶ : en 2001, M. Barrère avait obtenu d'un tribunal arbitral d'être indemnisé par la société de droit hollandais Chefaro dans le cadre d'un contrat de licence de marques. La clause d'arbitrage prévoyait l'appel au fond contre la sentence future devant les juridictions nationales. Dans son pourvoi, la société Chefaro considérait que la Cour d'appel de Paris avait erré en considérant que la stipulation relative à l'appel est « simplement réputée non écrite » « *sans rechercher si les parties, qui avaient prévu la faculté d'appel dans la clause compromissoire et l'avaient réitérée dans l'acte de mission, auraient maintenu leur convention d'arbitrage en son absence(...)* »¹⁷.

La Cour de cassation s'est prononcée comme suit suite au pourvoi de Chefaro: « (...) *s'agissant d'un arbitrage international, les voies de recours ouvertes (...) [par le Code de procédure civile] ont un caractère impératif qui exclut tout appel réformation de la sentence indépendamment de toute volonté contraire des parties ; (...) la cour d'appel, à bon droit et sans violer le principe de la contradiction, a décidé que, dès lors que les parties étaient convenues de soumettre leur litige aux arbitres, seul leur accord prévoyant la faculté d'appel de la sentence était réputé non écrit, la convention d'arbitrage internationale elle-même n'étant pas, du fait de son autonomie, entachée de nullité* »¹⁸.

Il est donc clair que les voies de recours contre la sentence internationale sont limitativement énumérées par la loi française, et ce de manière impérative. **En revanche, c'est la conséquence de l'expansion contractuelle de ces voies de recours en termes de validité de la clause d'arbitrage qui est modifiée avec cette jurisprudence.** La Cour en vient à conclure que l'élément problématique de la clause d'arbitrage est **réputé non écrit** ; il doit donc être écarté, laissant intact le choix des parties pour l'arbitrage. Contrairement à la solution antérieure, l'insertion d'un mécanisme d'appel ne mène ainsi plus à l'invalidité totale de la clause d'arbitrage, comme c'est toujours le cas en Belgique. Dès lors, l'idée est maintenant de dire que le souhait d'un recours juridictionnel au fond est accessoire par rapport au consentement des parties de recourir à l'arbitrage, l'invalidité de l'un n'affectant pas celle de l'autre.

¹⁶ Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Vol. 2007, Issue 3, pp. 498 à 500.

¹⁷ Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Vol. 2007, Issue 3, p. 499.

¹⁸ Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Vol. 2007, Issue 3, p. 499, souligné par nous.

Comme indiqué plus haut, le pourvoi reprochait à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de **ne pas avoir « recherché si les parties, qui avaient prévu la faculté d'appel dans la clause compromissoire et l'avaient réitérée dans l'acte de mission, auraient maintenu leur convention d'arbitrage en son absence »**¹⁹. La Cour n'a pas tenu compte de cet argument. L'on pourrait en effet soutenir que l'impossibilité en droit français d'activer un mécanisme d'appel pourtant prévu par les parties devrait tout de même mener à la nullité de l'intégralité de la clause compromissoire dans les cas où une partie parvient à prouver que cette faculté constituait un élément essentiel de son consentement. La Cour base cependant son raisonnement sur l'autonomie du consentement par rapport au reste de la clause, peu importe, visiblement, l'importance de l'appel pour les parties. Un auteur a ironiquement considéré à cet égard que la juridiction suprême a « [découvert] une nouvelle conception [du principe d'autonomie] : l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la volonté des parties »²⁰.

Laurent Jaeger estime qu'il s'agit d'un mal nécessaire. L'auteur considère qu'il est logique d'isoler ainsi le consentement à l'arbitrage²¹. Ce dernier et l'appel doivent être situés sur deux plans conceptuels distincts. La rencontre du consentement des parties de recourir à ce mode alternatif de résolution des conflits est ce qui fonde la compétence des arbitres ; son autonomie est dès lors cruciale dans l'hypothèse où le tribunal arbitral en vient à conclure que le contrat est nul. Une vision favorable à l'arbitrage a d'ailleurs amené certains arbitres à examiner la question du consentement indépendamment de toute législation nationale pour le protéger des divergences et hasards des droits nationaux. La question de l'appel, elle, se situe en revanche sur un autre plan : s'il a lieu, l'appel sera nécessairement porté devant les juridictions d'un ordre juridique déterminé, ce qui maintient inévitablement un lien avec les droits nationaux.²²

On retrouve une fois de plus à cet égard la vision très internationale qu'a le droit français vis-à-vis de l'arbitrage (cf. la jurisprudence Putrabali, *infra*²³), vision qui justifie l'isolement par la Cour de cassation du consentement par rapport au reste de la clause, et donc de la stipulation éventuelle d'un appel contre la sentence.

¹⁹ Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Vol. 2007, Issue 3, p. 499, souligné par nous.

²⁰ J. ORTSCHIEDT, *J.C.P.*, 2007, act. 135, cité par L. JAEGER, *op. cit.*, pp. 502 et 503.

²¹ L. JAEGER, *op. cit.*, p. 503.

²² L. JAEGER, *ibidem*, p. 503.

²³ Cf. pp. 22 et 23.

Finalement, la clause d'arbitrage sera valide tant que la volonté de recourir à l'arbitrage est certaine, ce qui est devenu la seule question pertinente en droit français. Peu importent les éventuels éléments pathologiques.

d. La différence d'approche en termes de sanction entre droit français et belge

La question qui fait l'objet du présent chapitre est l'occasion de mettre en lumière le débat sur les sanctions qui frappent des clauses contractuelles contraires à une disposition d'ordre public ou impérative, et plus particulièrement sur la sanction du « réputé non écrit ».

L'on sait que déroger contractuellement à une disposition d'ordre public implique la **nullité absolue** de la clause. Comme mentionné, c'est la solution retenue en droit belge à l'égard de la stipulation d'un appel de la sentence devant un juge national. La clause d'arbitrage est ainsi annulable à la demande de chacune des parties ainsi que de tout tiers intéressé. Le juge a même le devoir d'annuler la clause si la nullité n'est pas soulevée par les parties²⁴. L'on peut donc imaginer que la partie qui a insisté pour insérer le mécanisme d'appel dans la clause invoque sa nullité.

La Cour de cassation française, dans l'arrêt précité, semble faire de l'article 1518 du CPC une disposition impérative et non d'ordre public lorsqu'elle affirme que « (...) *s'agissant d'un arbitrage international, les voies de recours ouvertes (...) [par le Code de procédure civile] ont un **caractère impératif** qui exclut tout appel réformation de la sentence indépendamment de toute volonté contraire des parties ;* »²⁵. En effet, la sanction attachée à la stipulation d'un mécanisme d'appel contre la sentence devant le juge national, recours non prévu par l'article, est celle du « **réputé non écrit** ».

Tant en Belgique qu'en France, la position dominante consiste à considérer que le « réputé non écrit » n'est rien d'autre qu'un vocable alternatif à la nullité par voie judiciaire²⁶. Une thèse minoritaire²⁷ affirme cependant que le réputé non écrit est une sanction à part entière qui

²⁴ P. WÉRY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, Vol. 25, pp. 150 et 151.

²⁵ Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Vol. 2007, Issue 3, p. 499, souligné par nous.

²⁶ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 153. Voy. pour la thèse majoritaire (citée par cet auteur), *e.a.* : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Paris, Litec, 1998, 6^e éd., pp. 358 et 359 ; B. TEYSSIÉ, « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.S.*, 1976, chron. XLVIII, p. 285, note 49.

²⁷ P. WÉRY, *ibidem*, p. 153. Voy. pour la thèse minoritaire (citée par cet auteur), *e.a.* : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antvers-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 678 et s ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2000, p. 573 ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.S.*, 1993, chron. XIV, pp. 59 à 66.

consisterait à amputer le contrat de la clause invalide ou de la partie invalide d'une clause, sans affecter la validité du reste du contrat ou de la clause en question. C'est précisément dans le sens de cette thèse minoritaire que la Cour de cassation française s'est prononcée dans son arrêt du 13 mars 2007 en considérant que « (...) *la cour d'appel, à bon droit et sans violer le principe de la contradiction, a décidé que, dès lors que les parties étaient convenues de soumettre leur litige aux arbitres, seul leur accord prévoyant la faculté d'appel de la sentence était réputé non écrit, la convention d'arbitrage international elle-même n'étant pas (...) entachée de nullité* ».²⁸

Quelles sont les conséquences pratiques d'une telle sanction pour la thèse minoritaire ?

Premièrement, l'office du juge diffère par rapport à une situation de nullité. En effet, le mécanisme d'appel sera ici réputé non écrit, supprimé de la clause, par la seule force de la loi. Autrement dit, le jugement sera déclaratif de droit et non constitutif de droit, par opposition à la nullité. Dans le cas de la nullité en effet, le juge est appelé à prononcer l'invalidité d'une clause qui bénéficiait d'une apparence de validité. Avec le réputé non écrit, la clause est au contraire censée n'être jamais entrée dans le champ contractuel²⁹.

Par ailleurs, « le procédé de l'éradication neutralise (...) les problèmes d'attribution du droit d'invoquer la nullité, connus notamment en matière de nullité relative. L'intérêt général ou particulier n'est plus le critère déterminant comme il l'est en matière de nullité absolue ou relative »³⁰. Tant les parties que tout tiers intéressé peut invoquer la sanction. Le juge pourra également soulever d'office la sanction du réputé non écrit³¹.

Deuxièmement, la sanction du réputé non écrit échapperait à la prescription extinctive, là où l'action en nullité se prescrit par dix ans³². Cela est logique au regard de la première conséquence puisque l'existence de la stipulation frappée de cette sanction a été éliminée dès son insertion dans le contrat par la seule force de la loi.

Ensuite, et pour les mêmes raisons, par opposition à la nullité relative, la confirmation de la validité de la clause ne serait pas concevable³³.

Pour finir, tant la nullité que le réputé non écrit se rejoignent sur la question de leur effet rétroactif : ces deux sanctions invalident la stipulation *ab initio*³⁴.

²⁸ Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Vol. 2007, Issue 3, p. 499, souligné par nous.

²⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 154.

³⁰ J. KULLMAN, *op. cit.*, D.S., 1993, chron. XIV, p. 65, cité par P. WÉRY, *ibidem*, p. 154.

³¹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 154.

³² P. WÉRY, *ibidem*, p. 154.

³³ P. WÉRY, *ibidem*, p. 154.

Cette solution est en phase avec le principe de la *favor arbitrandum*³⁵, principe de politique juridique ayant pour finalité de promouvoir l'arbitrage dans toute la mesure du possible. En décidant d'adopter cette nouvelle solution, la Cour de cassation française a supprimé le caractère indissociable du choix contractuel d'un recours au fond et de l'arbitrage qui était anciennement de mise. Le consentement à l'arbitrage prévaut désormais sur la volonté de pouvoir faire appel contre la sentence.

Cela évite également les conséquences qu'aurait, comme le demandeur en cassation le souhaitait dans l'un de ses moyens, la recherche de l'intention des parties³⁶. Le caractère accessoire ou non de l'appel par rapport au consentement à l'arbitrage serait extrêmement difficile à prouver et le résultat de la recherche du juge serait aléatoire. La solution imposée par la juridiction suprême a le mérite d'instaurer de la sécurité juridique. Cela évite encore un certain opportunisme de la part des parties qui pourraient être tentées d'introduire un recours en annulation contre la sentence.

Comme déjà indiqué, la solution ancienne impliquait aussi de recommencer toute la procédure devant les juridictions nationales, après être passé par le stade de l'arbitrage qui se sera finalement révélé inutile, tout comme l'investissement en temps et en argent. La règle nouvelle permet d'éviter de tels écueils.

Une solution de lege ferenda en Belgique ?

Nous croyons qu'à la lumière de la volonté actuelle, illustrée par l'adoption récente de la loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire et par le nouveau règlement CEPANI, de faire de Bruxelles une place de l'arbitrage, une telle solution favorable à ce mode alternatif de résolution des conflits devrait être adoptée par la Cour de cassation belge ou le législateur. En tout état de cause, l'on aperçoit mal en quoi l'interdiction de l'appel contre la sentence arbitrale porterait à ce point atteinte aux intérêts vitaux de la société et de l'Etat qu'elle justifierait le caractère d'ordre public de l'article 1721 du Code judiciaire. L'on pourrait comprendre en revanche que le législateur ne souhaite pas laisser de place à l'autonomie de la volonté sur cette question, estimant que l'appel devant un juge national dénaturerait trop le processus arbitral et le priverait de son efficacité. L'impérativité apparaît par conséquent ici

³⁴ P. WÉRY, *ibidem*, p. 154.

³⁵ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, p. 111.

³⁶ L. JAEGER, *op. cit.*, p. 504.

plus appropriée et laisserait la place à la sanction du « réputé non écrit ». Ainsi, faire du droit belge un terreau fertile pour l'arbitrage impose de marquer ce débat du sceau de la *favor arbitrandum* et dès lors, d'empêcher la nullité des clauses d'arbitrage autant que faire se peut.

Pour résumer et conclure, le droit français interdit d'étendre contractuellement les recours prévus par la loi française, sans que cette interdiction affecte la validité de l'ensemble de la clause d'arbitrage.

§3. Etats-Unis d'Amérique

Avant un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis en 2008, il existait ce que les juristes américains appellent un « *circuit split* », c'est-à-dire une divergence de jurisprudence entre les différentes cours d'appel fédérales à la tête de chacun des « *circuits* » (circonscription judiciaire) qui divisent le territoire des Etats-Unis³⁷. L'article 10 du Federal Arbitration Act (ci-après, « FAA ») ne prévoit pas l'appel contre les sentences arbitrales³⁸, mais la réponse à la question de savoir si un tel recours pouvait être prévu contractuellement divergeait en fonction des différents *circuits*.

a) La situation antérieure à l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire Hall Street Associates c. Mattel

La cour d'appel fédérale du cinquième circuit considérait, dans un arrêt du 27 septembre 1995, en se basant sur diverses décisions de la Cour Suprême relatives à l'arbitrage, que « *l'arbitrage est une créature du contrat et [que] la politique de favor arbitrandum du FAA ne s'applique pas sans égard aux souhaits des cocontractants* »³⁹. Empêcher l'expansion contractuelle des dispositions du FAA relatives aux recours contre les sentences « *serait assez inamical par rapport à l'objectif du FAA qui consiste à s'assurer que l'accord entre cocontractants de s'en remettre à l'arbitrage soit exécuté conformément à ses dispositions. (...) De la même manière qu'elles peuvent limiter les aspects qu'elles*

³⁷ C. DORGAN, « Hall Street Associates v. Mattel: L'interdiction pour les parties d'ajouter aux cas de recours prévus par le Federal Arbitration Act des Etats-Unis », *Rev. Arb.*, 2008, Issue 3, pp. 518 et 519.

³⁸ Federal Arbitration Act, article 10.

³⁹ Cour d'appel fédérale du 5^{ème} circuit (Etats-Unis), *Gateway Technologies Inc. c. MCI Telecommunications Corp.*, 27 septembre 1995, disponible à http://leagle.com/decision/1995105764F3d993_1903.xml/GATEWAY%20TECHNOLOGIES%20v.%20MCI%20TELECOMMUNICATIONS (visité le 5 avril 2014), traduction libre.

soumettront à l'arbitrage, les parties peuvent aussi prévoir dans un contrat les règles selon lesquelles l'arbitrage sera conduit »⁴⁰.

Dans un arrêt du 20 juin 2001⁴¹, la cour d'appel fédérale du dixième circuit a, par contre, considéré que la Cour Suprême n'a jamais établi clairement que les parties peuvent prévoir d'autres recours que ceux prévus dans le FAA. La cour se réfère, elle aussi, à un but implicite de la loi d'arbitrage américaine : favoriser l'exécution des sentences arbitrales, et donc favoriser le principe de finalité.

Enfin, une décision du 29 août 2003 de la cour d'appel fédérale du neuvième circuit s'est prononcée dans le même sens que la juridiction équivalente du dixième circuit. Ainsi, « *la liberté des parties de dessiner leur propre procédure arbitrale ne change rien à leur incapacité d'amender les standards légaux gouvernant la compétence des juridictions fédérales* »⁴².

b) L'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire Hall Street Associates c. Mattel

La Cour Suprême des Etats-Unis a mis un terme à ces divergences. Celle-ci a tranché, en se fondant de manière remarquable sur des considérations de politique juridique, dans le sens de l'exhaustivité des voies de recours contre les sentences arbitrales prévues par le FAA. Celles-ci sont limitativement énumérées et ne laissent guère de place à l'autonomie des parties pour prévoir un appel.

La clause d'arbitrage litigieuse prévoyait que « *la United States District Court du District de l'Oregon peut rendre un jugement à propos de toute sentence, soit en approuvant la sentence, soit en annulant, modifiant ou corrigeant la sentence. Le tribunal annulera, modifiera ou corrigera toute sentence : (i) si la constatation des faits par l'arbitre n'est pas soutenue par*

⁴⁰ Cour d'appel fédérale du 5^{ème} circuit (Etats-Unis), *Gateway Technologies Inc. c. MCI Telecommunications Corp.*, 27 septembre 1995, disponible à http://leagle.com/decision/1995105764F3d993_1903.xml/GATEWAY%20TECHNOLOGIES%20v.%20MCI%20TELECOMMUNICATIONS (visité le 5 avril 2014), traduction libre.

⁴¹ Cour d'appel fédérale du 10^{ème} circuit (Etats-Unis), *Bowen c. Amoco Pipeline Co.*, 20 juin 2001, disponible à http://www.leagle.com/decision/20011179254F3d925_11068.xml/BOWEN%20v.%20AMOCO%20PIPELINE%20CO (visité le 5 avril 2014).

⁴² Cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit (Etats-Unis), *Kyocera Corp. c. Prudential-Bache*, 29 août 2003, disponible à http://www.leagle.com/decision/20031328341F3d987_11223.xml/KYOCERA%20CORP.%20v.%20PRUDENTIAL-BACHE (visité le 5 avril 2014).

l'existence de preuves substantielle, ou (ii) si les conclusions de l'arbitre sont erronées en droit »⁴³. Il est clair que cette clause permet la révision au fond de la sentence.

La Cour Suprême a ainsi considéré que « *plutôt que d'aller à contresens du texte [du FAA], il est plus censé d'envisager les trois dispositions légales, les §§ 9 à 11 [prévoyant les voies de recours contre les sentences], comme établissant une politique nationale en faveur de l'arbitrage accompagnée d'un **contrôle judiciaire strictement limité à ce qui permet de maintenir la vertu essentielle de l'arbitrage**, à savoir résoudre les litiges dans les plus brefs délais. Toute autre lecture ouvre la porte à un appel (...) qui peut faire du processus informel qu'est l'arbitrage, un simple prélude à une révision judiciaire plus lourde et plus chronophage. (...) Le texte ne nous permet pas d'élargir les voies de recours énumérées* »⁴⁴.

Il apparaît cependant que l'arrêt laisserait une certaine liberté à cet égard sur base de la common law ou des législations des entités fédérées que sont les Etats. Cet arrêt ne règle donc pas cette question de manière définitive⁴⁵.

Dans cet arrêt, la Cour Suprême n'a pas traité de la question du sort de la clause d'arbitrage prévoyant un mécanisme d'appel, tout simplement parce que le *writ for certiorari*⁴⁶ ne contenait pas une telle requête. La partie de la clause prévoyant ce recours doit-elle être réputée non écrite sans affecter le consentement à l'arbitrage, ou au contraire ce mécanisme rend-il l'ensemble de la clause nulle ?

La cour d'appel du 9^{ème} circuit, dont l'arrêt était l'objet du recours devant la juridiction suprême, avait tranché la question. Après avoir affirmé qu'il est impossible d'élargir contractuellement les voies de recours légales contre les sentences arbitrales, la cour s'est basée sur son précédent arrêt dans l'affaire *Kyocera*, déjà mentionné plus haut, dans lequel elle avait considéré que cet élément problématique de la clause d'arbitrage pouvait être mis à l'écart sans pour autant affecter le reste de la clause compromissaire⁴⁷. Cette solution est à

⁴³ Cour Suprême des Etats-Unis, *Hall Street c. Mattel*, 25 Mars 2008, disponible à <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-989.ZO.html> (visité le 5 avril 2014), traduction libre empruntée à C. DORGAN, *op. cit.*, p. 527.

⁴⁴ Cour Suprême des Etats-Unis, *Hall Street c. Mattel*, 25 Mars 2008, disponible à <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-989.ZO.html> (visité le 5 avril 2014), traduction libre.

⁴⁵ C. DORGAN, *op. cit.*, p. 530.

⁴⁶ Il s'agit de la demande de recours devant la Cour suprême. Cette dernière bénéficie en effet d'un pouvoir discrétionnaire de se saisir ou non d'un recours.

⁴⁷ Cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit (Etats-Unis), *Kyocera Corp. c. Prudential-Bache*, 29 août 2003, disponible à http://www.leagle.com/decision/20031328341F3d987_11223.xml/KYOCERA%20CORP.%20v.%20PRUDENTIAL-BACHE (visité le 5 avril 2014).

rapprocher du droit français. Il est par contre possible que les autres circuits se prononcent en sens contraire. La sécurité juridique n'est donc pas assurée sur cette question aux Etats-Unis.

§4. Allemagne

Dans un arrêt du 1^{er} mars 2007⁴⁸, la *Bundesgerichtshof* a considéré qu'une clause d'arbitrage prévoyant un appel au fond devant un juge national n'empêche pas la clause d'être valide et n'empêche pas la sentence d'être valablement exécutée au regard des dispositions pertinentes du code de procédure civile allemand. La question était de savoir si une clause prévoyant un appel contre la sentence devant un tribunal étatique allemand dans le mois suivant la décision des arbitres pouvait être considérée comme une clause d'arbitrage au sens de la loi allemande, et par conséquent être exécutée ou non. La *Oberlandesgericht* de Francfort avait considéré qu'une telle clause d'arbitrage n'en était en réalité pas une ; une telle disposition contractuelle revenait plutôt à prévoir la conciliation. Cette décision fut donc désavouée par la *Bundesgerichtshof*.

Même si la cour suprême n'aborde pas la question de la validité en tant que telle, l'on peut raisonnablement considérer qu'il n'est donc pas interdit de prévoir un appel dans une clause d'arbitrage bien que cela ne soit pas prévu dans le code allemand de procédure civile.

§5. Angleterre

Il est possible en droit anglais, par application de l'article 69 de l'Arbitration Act 1996, de faire appel d'une sentence arbitrale pour erreur de droit.

Dans l'affaire *Guangzhou Dockyards Co. Ltd. c. E.N.E. Aegiali*⁴⁹, les juges de la High Court ont considéré que « *le pouvoir des cours et tribunaux de connaître de l'appel contre une sentence arbitrale est d'origine législative, et le seul appel permis par l'Arbitration Act 1996 est un appel sur une question de droit. Les parties ne peuvent contractuellement conférer une compétence là où il n'en existe aucune (...)* »⁵⁰.

Malheureusement, la question de la sanction n'a pas été abordée dans cet arrêt. La Cour d'appel de Nouvelle Zélande a eu l'occasion de se prononcer sur cette question sur base de la loi néo-zélandaise, très similaire à la loi anglaise (*cf. infra*).

⁴⁸ Bundesgerichtshof, 1^{er} mars 2007, III ZB 07/06, disponible à <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/bgh-az-iii-zb-07-06-datum-2007-03-01-id665> (visité le 5 avril 2014).

⁴⁹ England and Wales High Court, 5 novembre 2010, [2010] EWHC 2826 (Comm), disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2010/2826.html> (visité le 23 avril 2014).

⁵⁰ England and Wales High Court, 5 novembre 2010, [2010] EWHC 2826 (Comm), disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2010/2826.html> (visité le 23 avril 2014), cons. 11, traduction libre.

§6. Nouvelle-Zélande

La loi d'arbitrage néo-zélandaise permet, à l'instar de l'Arbitration Act 1996 anglais, de faire appel de la sentence arbitrale pour une erreur de droit commise par les arbitres (Arbitration Act 1996, Schedule 2, art. 34, sub-clause 5).

Dans l'affaire *Gallaway Cook Allan c. Carr*⁵¹, la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a eu à connaître d'une clause d'arbitrage prévoyant un appel au fond « *pour erreur de droit ou de fait* »⁵² contre la sentence devant le juge national, excédant ainsi le cadre du recours prévu par la disposition législative. La possibilité d'élargir contractuellement les recours contre la sentence arbitrale ne faisait pas débat ; cela n'est en effet pas autorisé en droit néo-zélandais. Restait à se prononcer à propos de la sanction.

La question était de savoir si la partie de la clause prévoyant le mécanisme d'appel pour erreur de fait devait bénéficier de la doctrine de la *severability* (similaire à la solution du réputé non écrit) sans affecter la validité du reste de la clause d'arbitrage, ou au contraire si la présence de ce mécanisme devait mener à la nullité totale de la clause d'arbitrage.

Le premier juge (High Court) avait considéré qu'une telle disposition contractuelle ne pouvait pas mener à l'application de la « *severability* », principalement parce que dans les circonstances de l'espèce, le juge a considéré que cette possibilité d'appel pour erreur de fait était essentielle au consentement des parties à la convention d'arbitrage. Par conséquent, se contenter de supprimer les mots « *et de fait* » de la clause allait à l'encontre de la volonté des parties qui n'auraient pas, selon la High Court, consenti à l'arbitrage sans l'insertion de ces mots dans la clause.

La Cour d'appel s'est, elle, prononcée en faveur de la validité de la clause d'arbitrage dans le cas d'espèce. Selon la cour, il n'existe pas de règle absolue pour déterminer si un mécanisme d'appel au fond stipulé contractuellement, excédant une disposition législative, doit mener à la nullité totale de la clause ou s'il convient de laisser le consentement à l'arbitrage intact. Il faut, selon la cour, examiner si la simple mise à l'écart du mécanisme « *change la nature ou ne fait que changer l'étendue du consentement* »⁵³. Pour ce faire, il faut notamment se poser la question de savoir si « *les mots litigieux sont à ce point interconnectés avec le reste de la*

⁵¹ Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 15 Février 2013, CA 437/2012, disponible à http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/GCA_v_Carr_judgment.pdf (visité le 23 avril 2014).

⁵² Souligné par nous.

⁵³ Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 15 Février 2013, CA 437/2012, disponible à http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/GCA_v_Carr_judgment.pdf (visité le 23 avril 2014), traduction libre.

convention d'arbitrage que l'on peut dire qu'ils forment un ensemble indivisible sans lequel la substance de l'accord ne peut survivre »⁵⁴.

Dans le cas d'espèce, la cour a considéré que la possibilité de faire appel pour erreur de fait de ne devait pas mener à la nullité totale de la clause d'arbitrage. La mise à l'écart des mots « *ou de fait* » n'altérerait pas la substance de l'accord entre les parties selon la cour. En effet, leur volonté principale était de soumettre les litiges futurs à l'arbitrage, l'appel n'étant qu'une possibilité accessoire par rapport à cette volonté principale de recourir à l'institution de l'arbitrage.

On le voit, cette jurisprudence se rapproche de ce que la société Chefaro invoquait dans son pourvoi devant la Cour de cassation française. Autrement dit, la Cour d'appel de Paris aurait dû se poser la question de savoir si les parties auraient tout de même prévu une clause d'arbitrage sans la présence du mécanisme d'appel. Il faut cependant se souvenir que la juridiction suprême française n'a pas tenu compte de cet argument, faisant du réputé non écrit une sanction systématique. La jurisprudence néo-zélandaise est ainsi plus nuancée, laissant dès lors davantage de place à l'insécurité juridique.

Tableau récapitulatif : L'insertion d'un mécanisme d'appel dans une clause d'arbitrage

	Est-ce permis ?	Sanction : Le consentement à l'arbitrage est-il affecté ?
Belgique	Non	Oui – Ordre Public – Nullité absolue
France	Non	Non
Etats-Unis d'Amérique	Non	Non mais risque de <i>circuit split</i>
Allemagne	Oui selon une interprétation de l'arrêt de la BGH	/
Royaume-Uni	Non	? / cf. Analogie avec la Nouvelle Zélande
Nouvelle-Zélande	Non	Dépend des circonstances

⁵⁴ Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 15 Février 2013, CA 437/2012, disponible à http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/GCA_v_Carr_judgment.pdf (visité le 23 avril 2014), traduction libre.

§7. Réflexions sur l'autonomie de la volonté

Un débat qui aurait le mérite d'être approfondi concerne le respect de l'autonomie de la volonté des parties lorsqu'elles souhaitent introduire un tel mécanisme d'appel dans leur clause d'arbitrage. Pourquoi les cours et tribunaux des pays précités, à l'exception (incertaine) de l'Allemagne, ont-ils considéré que ce principe fondamental de l'arbitrage n'a pas sa place dans ce débat ? Ce principe est en effet essentiel, au moins tout autant que celui de la finalité, puisque la compétence des arbitres prend ses racines dans l'accord des parties de leur confier la résolution de leur litige.

A cet égard, l'on pourrait dire que la finalité est une conséquence du choix des parties en faveur de l'arbitrage⁵⁵ (lorsqu'une telle clause d'appel n'est pas insérée), là où l'autonomie de la volonté constitue le fondement du recours à l'arbitrage lui-même.

L'importance et la complexité de certaines affaires peuvent faire naître dans le chef des parties le désir de faire prévaloir une protection contre une sentence fantaisiste sur la rapidité et la finalité⁵⁶. L'insertion d'un mécanisme d'appel ne serait donc qu'une application de cette autonomie de la volonté. Il nous semble qu'il est possible de confronter ce principe à la politique juridique de la plupart des pays qui consiste à promouvoir l'efficacité de la procédure arbitrale. Les pays susmentionnés ne semblent cependant pas disposés à laisser une quelconque place à l'autonomie de la volonté dans ce débat, à l'exception peut-être de l'Allemagne. La Cour de cassation française a d'ailleurs évacué tout questionnement à cet égard puisqu'il n'est pas nécessaire de déterminer si les parties auraient ou non consenti à l'arbitrage sans la faculté d'appel.

⁵⁵ R. PLATT, « The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality? », *Journal of International Arbitration*, 2013, Vol. 30, Issue 5, p. 533.

⁵⁶ R. PLATT, *ibidem*, p. 533.

III. Quelles conséquences de l'insertion d'un tel mécanisme sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ?

Lorsqu'il est question d'arbitrage, l'on invoque souvent les avantages de la confidentialité de la procédure, l'expertise des arbitres, la neutralité du tribunal arbitral par rapport au litige là où le juge national du cocontractant pourrait être soupçonné de favoritisme dans un différend international, ... Ces avantages seraient dépourvus d'intérêt sans la possibilité de faire ensuite exécuter la sentence arbitrale obtenue. Une fois le litige tranché, et à défaut d'exécution spontanée par la partie qui a succombé, il importe en effet à la partie ayant obtenu gain de cause dans le cadre d'un arbitrage de pouvoir faire saisir les biens de l'adversaire là où ils se situent dans le monde, afin d'obtenir, par exemple, les sommes accordées par les arbitres. L'avantage de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères réside dans sa ratification par la plupart des Etats Membres des Nations Unies⁵⁷, là où aucun instrument de ce type n'existe concernant les jugements étrangers de manière aussi étendue. Le Règlement Bruxelles I⁵⁸ propose bien un système de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, mais sa portée géographique est, par hypothèse, limitée à l'Union européenne. Il est donc beaucoup plus aisé de faire saisir des biens à l'étranger lorsqu'on est en possession d'une sentence arbitrale que lorsqu'on obtient une décision d'un juge national. Le but de la Convention est de promouvoir l'arbitrage international et de faciliter l'exécution des sentences étrangères⁵⁹.

Comme nous allons le voir, l'appel pourrait éventuellement engendrer certaines difficultés en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. L'article

⁵⁷ Pour un état de la ratification de la Convention, voy. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (visité le 15 février 2014).

Pour aller plus loin : à noter la ratification récente de la Convention par la République Démocratique du Congo. Le pays a émis une réserve particulière, à savoir que la Convention ne peut porter sur les différends relatifs aux biens immobiliers, sachant que la richesse du Congo réside principalement dans ses ressources minières. Il reste encore cependant à déposer les instruments de ratification auprès des Nations Unies.

⁵⁸ Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L 12/1 du 16 janvier 2001 ; Règlement (UE) N° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 351/1 du 20 décembre 2012.

⁵⁹ H. KRONKE *et al.*, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2006, p. 302.

V du traité contient précisément les motifs de refus d'exécution d'une sentence par le juge national auquel l'on demande l'exécution de ladite sentence. Le point 1(e) est libellé comme suit : « 1. *La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : (...) (e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties (...)* »⁶⁰.

§1. L'insertion d'un mécanisme d'appel empêche-t-elle la sentence de devenir obligatoire et, par conséquent, d'être exécutée ?

La faculté donnée par la clause d'arbitrage d'introduire un appel devant un juge national contre la sentence arbitrale implique-t-elle que la sentence « *n'est pas encore devenue obligatoire* » au sens de l'article V(1)(e) de la Convention?

La Convention ne dit rien de ce qu'il faut entendre par « obligatoire ». Par conséquent, chaque Etat signataire aura sa propre interprétation de ce terme, ce qui ne va évidemment pas dans le sens d'une harmonisation de la question.

Ainsi, il est admis qu'en Chine, une sentence est « obligatoire » dès lors qu'un appel devant un autre tribunal arbitral n'est pas disponible⁶¹. La même solution est accueillie en Allemagne⁶². De la même manière, une juridiction américaine a considéré que « *the award will be considered "binding" for the purpose of the Convention if no further recourse may be had to another **arbitral tribunal**. The fact that recourse may be had to a court of law does not prevent the award from being "binding"(...)* »⁶³. Une sentence à l'égard de laquelle un appel devant un juge national est possible en vertu du contrat pourra donc être reconnue et exécutée dans ces pays.

Par contre, les juridictions néerlandaises ont considéré qu'« *une sentence arbitrale n'est pas obligatoire si elle est susceptible de faire l'objet d'un appel au fond devant un juge ou un **tribunal arbitral*** »⁶⁴.

⁶⁰ Art. V (1) (e) CNY, souligné par nous.

⁶¹ H. KRONKE *et al.*, *op. cit.*, p. 315.

⁶² H. KRONKE *et al.*, *ibidem*, p. 316.

⁶³ *Fertilizer Corporation of India c. IDI Mangement, Inc.*, U.S. District Court, S.D. Ohio, W.D., 9 juin 1989, disponible à http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=845 (visité le 5 août 2014).

⁶⁴ Tribunal de première instance d'Amsterdam, *SPP (Middle East) Ltd. C. The Arab Republic of Egypt*, 12 juillet 1934, cité par H. KRONKE *et al.*, *op. cit.*, p. 317, traduction libre.

D'autres pays se contentent de renvoyer à ce que dit la loi du lieu de l'arbitrage pour déterminer si une sentence est obligatoire ou non (Belgique, France, Italie)⁶⁵.

On le voit, la tendance va plutôt vers un caractère obligatoire de la sentence dès lors qu'un recours devant un autre tribunal arbitral n'est pas disponible. L'appel devant un juge national, qui nous préoccupe dans cette étude, n'empêche généralement pas la sentence de devenir obligatoire au sens de la Convention de New York. Mais il ne s'agit pas d'une solution unanime ; la question recevra donc une réponse différente en fonction de la localisation des biens que l'on souhaite saisir au moyen de l'exécution de la sentence.

§2. La discrétion du juge national de tenir compte de ce motif de refus – l'influence de l'article VII de la Convention et la position particulière de la France

Une chose est de savoir si la possibilité de faire appel contre la sentence empêche la sentence de devenir obligatoire ou non. Une autre est de savoir si une sentence sera exécutée à l'étranger, en application de la Convention, une fois qu'une partie aura effectivement recouru à ce type de mécanisme et que la sentence aura alors été réformée au fond par une juridiction étatique, dans l'hypothèse où cela serait autorisé par un ordre juridique déterminé. Ceci fait l'objet des développements qui suivent.

L'article V (1) (e) de la Convention contient un second motif de refus, outre que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire (cf. §1^{er}). C'est l'hypothèse où la sentence a été annulée ou suspendue dans le pays d'origine. **La question posée ici est celle de savoir si l'annulation d'une sentence arbitrale dans son pays d'origine implique nécessairement ou non que son exécution soit refusée à l'étranger.** Il nous semble que cette question peut être transposée à notre problématique.

Dans le pays où la sentence est annulée, il est certain que celle-ci n'a plus d'effet⁶⁶. De même, la révision au fond de la sentence par un juge national ne laisse pas planer de doute sur le sort de la sentence dans l'ordre interne de ce juge. C'est cependant l'effet à l'étranger sur la sentence de telles décisions qui pose question.

⁶⁵ H. KRONKE *et al.*, *op. cit.*, pp. 314 à 316.

⁶⁶ Rapport de Monsieur le Président Jean-Pierre Ancel, sous Cass. fr. 29 juin 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Issue 3, p. 508.

La réponse à une telle question dépendra en réalité de la **conception que l'on a de la nature de la sentence arbitrale internationale**⁶⁷.

Le Professeur Emmanuel Gaillard considère qu'il existe trois conceptions différentes de l'arbitrage international⁶⁸. Une première conception consiste à dire que la sentence tire sa juridicité de l'ordre juridique du siège. La deuxième que la juridicité d'une sentence arbitrale internationale n'est pas le produit d'un ordre juridique unique (celui du siège) mais résulte de tous les ordres juridiques qui reconnaissent une efficacité à la sentence, sous certaines conditions. Enfin, une troisième vision voudrait qu'une sentence prenne racine dans un ordre arbitral international, indépendant des ordres juridiques nationaux.

a. La situation en France

La position de la Cour de cassation française est singulière à cet égard. Dans une première affaire fondamentale, l'affaire Hilmarton⁶⁹, une première sentence rendue en Suisse avait été annulée par les juridictions helvètes. Une seconde, statuant en sens contraire, fut alors rendue dans le même pays suite à cette annulation. Entretemps, l'exécution de la première sentence a été confirmée par un juge français. La question était donc de savoir si la décision suisse annulant la première sentence devait empêcher le juge français de reconnaître et exécuter la première sentence ou non, sur base de l'article V (1) (e) de la Convention de New York. La Cour de cassation française, devant se prononcer sur le pourvoi à l'encontre de la décision accordant l'exequatur de la première sentence en France, a considéré que « *la sentence rendue en Suisse était une **sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat**, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international* »⁷⁰.

Cette position fut confirmée dans l'affaire Chromalloy⁷¹ et l'affaire Putrabali⁷². Dans cette dernière, la configuration était similaire à l'affaire *Hilmarton*, sauf que la première sentence avait été annulée par une juridiction britannique cette fois. La Cour de cassation confirme la

⁶⁷ Rapport de Monsieur le Président Jean-Pierre Ancel, *ibidem*, p. 508.

⁶⁸ Référence tirée de S. BESSON, "Is there a real need for transcending national legal orders in international arbitration? Some reflections concerning abusive interference from the courts at the seat of the arbitration", in A. VAN DEN BERG, *International arbitration: the coming of a new age?*, ICCA Congress Series, Vol. 17, Kluwer Law International, 2013, p. 380.

⁶⁹ Cass. fr. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Rev. Arb.*, 1994, p. 327.

⁷⁰ Cass. fr. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Rev. Arb.*, 1994, p. 327, citée par L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, p. 687, souligné par nous.

⁷¹ Paris, 14 janvier 1997, *Rev. Arb.*, 1997, p. 395.

⁷² Cass. fr. 1^{re} civ., 29 juin 2007, *Bull. civ.*, I, n° 251.

jurisprudence *Hilmarton* et affirme encore que «*la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées* »⁷³.

Cette jurisprudence consacre ainsi clairement le principe de l'autonomie de la sentence internationale. La sentence n'a pas de nationalité, elle n'a pas de racines dans un ordre juridique déterminé⁷⁴. Une sentence annulée – ou révisée au fond – par un juge national étranger n'empêcherait dès lors pas la décision arbitrale d'être reconnue et exécutée en France.

D'aucuns ont pu soutenir que la position de la Cour de cassation française dans l'affaire *Putrabali* revenait à consacrer la troisième vision de l'arbitrage international comme ordre juridique transnational indépendant des ordres juridiques étatiques. Cependant, à la lumière du considérant pertinent de la décision, il s'agit plutôt d'une voie médiane entre la deuxième et la troisième vision⁷⁵. «*La sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale* [troisième conception] *dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées* [deuxième conception] »⁷⁶. L'on aperçoit que le début du considérant se rattache à la troisième vision, tandis que la fin se rapproche de la deuxième. Il ne peut donc être argué que la France a consacré l'existence d'un ordre juridique arbitral transnational.

Cela serait-il d'ailleurs nécessaire?

S. Besson soutient qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un tel ordre juridique, les législations nationales relatives à l'arbitrage étant déjà suffisamment efficaces en consacrant l'autonomie des parties et en limitant les possibilités d'interférence des cours et tribunaux dans le processus arbitral⁷⁷. La volonté d'être une place importante de l'arbitrage incite aussi certains pays à développer une politique favorable à l'arbitrage, comme la loi belge qui

⁷³ Cass. fr. 1re civ., 29 juin 2007, *Bull. civ.*, I, n° 251, souligné par nous.

⁷⁴ Rapport de Monsieur le Président Jean-Pierre Ancel, *op.cit.*, p. 508.

⁷⁵ S. BESSON, *op. cit.*, pp. 380 et 381.

⁷⁶ Cass. fr. 1re civ., 29 juin 2007, *Bull. civ.*, I, n° 251.

⁷⁷ S. BESSON, *op. cit.*, p. 381.

permettait de renoncer à l'avance à tout recours en annulation pour les parties étrangères si elles adoptaient la Belgique comme siège.

A la lumière de ces éléments, l'auteur soutient que la consécration d'un ordre juridique arbitral transnational n'apporterait aucune amélioration ni avantage par rapport aux ordres juridiques nationaux. « *A new legal order is necessary when the existing ones are inappropriate or defective. This is not the case with the arbitration legislations* »⁷⁸.

Il ne s'agit pas ici de soutenir l'existence d'un ordre juridique arbitral transnational. Comme le souligne d'ailleurs l'auteur, cela irait à l'encontre du principe de l'autonomie des parties qui désignent le plus souvent le siège d'arbitrage dans la clause d'arbitrage de manière à bénéficier de telle ou telle législation d'arbitrage favorable. Cela soumettrait aussi les sentences à une grande insécurité juridique : chaque juge national devrait faire sa propre interprétation et développer au cas par cas les règles de droit qui s'appliqueraient selon lui à cet ordre juridique particulier⁷⁹.

Il n'est guère besoin en réalité de s'aventurer sur cette voie-là pour expliquer la position française. **Comment en effet justifier que le juge français puisse avoir le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte ou non le jugement d'annulation – ou de réformation de la sentence par un juge, question qui nous intéresse dans cette étude – dans sa décision de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale faisant l'objet de ce jugement ?**

La position française est soutenue par une lecture des articles V(1)(e) et VII de la Convention de New York.

L'article V dispose : « 1. *La reconnaissance et l'exécution de la sentence **ne seront refusées**, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : (...) (e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue* »⁸⁰.

La version anglaise de l'article dit plutôt « **may refuse** », suggérant qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du juge. Parmi les cinq langues officielles de la Convention (Français,

⁷⁸ S. BESSON, *ibidem*, p. 381.

⁷⁹ S. BESSON, *ibidem*, p. 382.

⁸⁰ Art. V (1) (e) CNY, souligné par nous.

Anglais, Chinois, Espagnol et Russe), seule la version française emploie des termes semblant indiquer une certaine impérativité. Les quatre autres versions vont dans le sens de la version anglaise, à savoir un pouvoir discrétionnaire dans le chef du juge. Par ailleurs, l'application des règles d'interprétation des traités impose de suivre l'esprit des quatre autres versions⁸¹. Il ne peut par conséquent être conclu que l'article V(1)(e) impose au juge un *devoir* de ne pas reconnaître et exécuter une sentence étrangère si les conditions de cette disposition sont remplies. Il s'agit plutôt d'une *faculté*.

L'article VII dispose en outre que « *1. Les dispositions de la présente Convention (...) ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée (...)* »⁸². Ainsi, l'article VII a pour conséquence que le droit d'un Etat plus favorable que la Convention à la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère ne peut pas être tenu en échec par les dispositions de cette dernière.

La Cour d'appel de Paris a appliqué l'article VII dans l'affaire Chromalloy, arrêt approuvé par la Cour de cassation, en affirmant que « *le juge français ne peut refuser l'exequatur que dans les cas prévus et limitativement énumérés par [le Code de Procédure Civile] qui constitue son droit national en la matière et dont la société Chromalloy est dès lors fondée à se prévaloir ; (...) cet article 1502 ne retient pas au nombre des cas de refus de reconnaissance et d'exécution celui prévu par l'article V de la Convention de 1958 dont l'application doit en conséquence être écartée ; (...) la sentence rendue en Egypte était une sentence internationale qui, par définition, n'était pas intégrée à l'ordre juridique de cet Etat de sorte que son existence est demeurée établie malgré son annulation (...)* »⁸³. Cet article de la législation française ne contient en effet pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme motif de refus. Il est en ce sens plus favorable à l'exécution que la Convention de New York. Cette décision est dès lors valide sur base de l'article VII de la Convention.

La combinaison du terme « may » contenu au début du point (e) de l'article V(1) d'une part, et de l'article VII de la Convention d'autre part, ne laisse aucun doute sur l'existence d'un

⁸¹ A. MOURRE, « A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leurs pays d'origine : où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali ? », *Rev. Arb.*, 2008, Issue 2, pp. 269 et 270.

⁸² Art. VII CNY, souligné par nous.

⁸³ Paris, 14 janvier 1997, *Rev. Arb.*, 1997, p. 395, citée par L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *op. cit.*, pp. 688 et 689, souligné par nous.

pouvoir discrétionnaire dans le chef juge d'accorder ou non l'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine. Bien que l'article V parle d'annulation, l'on peut raisonnablement affirmer qu'une sentence réformée au fond par un jugement étranger, par application d'une clause d'appel comme celle du Vis Moot reproduite plus haut, se verra appliquer le même raisonnement.

Il nous semble qu'il s'agit là d'une solution conforme à la *favor arbitrandum* **qui permet à une sentence de survivre malgré sa révision au fond par un juge étranger**. En fonction des circonstances de l'espèce, le juge appelé à reconnaître la sentence étrangère pourra faire usage de la discrétion dont il bénéficie par application combinée des articles V et VII de la Convention. Ainsi, s'il apparaît que les parties n'auraient par exemple manifestement pas consenti à l'arbitrage sans cette possibilité d'appel, le juge pourrait considérer qu'il convient dans ce cas d'appliquer le motif de refus de l'article V de la Convention. Dans le cas contraire, il aura le loisir de donner effet à la sentence sur le territoire français. Cette lecture de la Convention de New York permet de prendre en compte les circonstances concrètes de chaque espèce.

La position selon laquelle la reconnaissance et l'exécution d'une sentence annulée sont valides au regard de la Convention de New York, sur base du libellé de l'article V (1)(e) et de l'article VII, est encore supportée par des considérations historiques liées à l'adoption du traité. En effet, l'une des principales avancées de cette convention en 1958 a été de supprimer le système de la double exequatur. Sous le régime de la Convention de Genève de 1927⁸⁴, pour qu'une sentence étrangère puisse être reconnue et exécutée, il fallait qu'un tribunal du pays d'origine de la sentence ait validé la sentence. Cette dernière devait alors encore faire l'objet d'une procédure en reconnaissance et exécution dans le pays dans lequel l'exécution était requise. La Convention de New York de 1958 a supprimé ce système⁸⁵. Aujourd'hui, il n'est plus nécessaire de faire valider la sentence dans le pays d'origine pour pouvoir ensuite la faire exécuter à l'étranger ; seule la deuxième étape reste de mise. Ceci a donc engendré un mouvement vers l'émancipation de la sentence par rapport à son pays d'origine. La possibilité de refuser l'exécution d'une sentence étrangère si elle n'est pas encore devenue obligatoire est

⁸⁴ Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à Genève le 26 septembre 1927.

⁸⁵ J. KUCKENBURG, « Germany, refusal to allow enforcement of an annulled award – how long can it go on? », *b-Arbitra*, 2013, vol. 1, pp. 183 et 184.

une concession qui a été faite en faveur de l'ancienne conception selon laquelle la sentence était fortement ancrée dans le pays d'origine.

Le libellé en anglais (« may refuse »), l'article VII et ces considérations historiques viennent renforcer l'existence du pouvoir discrétionnaire du juge national de refuser, sur base de l'article V, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence étrangère annulée.

Pour poursuivre à ce sujet, une certaine doctrine, dont G. Born⁸⁶ et J. Kuckenburg⁸⁷, propose une lecture particulière de l'article V(1)(e) : vérifier, dans l'examen d'une reconnaissance discrétionnaire d'une sentence annulée, pour tout de même reconnaître la sentence, si le jugement étranger d'annulation – ou de révision au fond – s'est basé sur les critères contenus dans les points a) à d) de l'article V. Ces critères de reconnaissance et d'exécution seraient donc intégrés dans l'appréciation de l'application ou non de l'article V(1)(e) en ce qui concerne son volet reconnaissance d'une sentence annulée. Pour que la décision d'annulation ou de révision au fond ait un quelconque effet à l'étranger, il faudrait donc que l'annulation ait eu lieu sur base des critères de refus de reconnaissance et d'exécution contenus dans les points a à d. Cela est supporté par le fait que la loi modèle de la CNUDCI reprend, au titre de critères d'annulation, les points a à d de l'article V(1) de la Convention de New York⁸⁸.

Cela impliquerait que les jugements de révision au fond n'empêchent pas une sentence d'être exécutée, puisque la révision au fond n'est pas reprise dans ces points a à d. Il en irait de même pour les décisions d'annulation basées sur des considérations d'ordre public purement locales. De plus, le terme « may » de l'article V (1)(e) implique que le juge requis conserve toujours son pouvoir discrétionnaire, même en ce qui concerne ces quatre critères. Ainsi, un arbitre qui n'aurait pas été régulièrement sélectionné (motif d)) par ce que, par exemple, le droit du siège impose que seuls des hommes peuvent être arbitres, ou que les arbitres prêtent serment sur un livre saint, etc, n'imposerait pas au juge étranger le refus de reconnaissance.

⁸⁶ G. B. BORN, *op. cit.*, p. 2690.

⁸⁷ J. KUCKENBURG, *op. cit.*, pp. 184-186.

⁸⁸ Loi-modèle de la CNUDCI, art. 34.

b. L'absence d'unanimité sur cette question

La position française est loin d'être unanime en Europe. Cette vision, combinaison entre les deuxième et troisième conceptions de l'arbitrage international évoquées par E. Gaillard, considère donc que le choix du siège de l'arbitrage relève plus de l'ordre de considérations pratiques qu'autre chose. Les arbitres tireraient leur pouvoir non pas de la législation du pays du siège de l'arbitrage, mais plutôt de la somme de tous les pays qui reconnaissent la validité des sentences et des clauses compromissoires⁸⁹. La Cour d'Appel d'Amsterdam a aussi considéré qu'un jugement russe annulant une sentence rendue en Russie n'impliquait pas nécessairement que cette dernière ne puisse être exécutée aux Pays-Bas. Dans cette affaire *Yukos Capital c. Rosneft*, il était d'ailleurs évident que la décision du juge avait été influencée par le gouvernement russe. Les juges néerlandais ont donc décidé de permettre au demandeur de faire exécuter cette sentence aux Pays-Bas⁹⁰.

Par contre, les cours et tribunaux anglais et allemands adoptent une autre vision : la loi du siège de l'arbitrage est celle qui gouverne la procédure arbitrale et sera *in fine* celle appelée à confirmer ou annuler la sentence. Ils n'exécutent donc pas une sentence ayant été annulée dans le pays d'origine⁹¹.

On voit donc que cette question ne reçoit pas une réponse homogène et que cela peut impliquer un certain *forum shopping*. La partie à l'égard de laquelle la sentence est favorable doit espérer que le pays où l'exécution est recherchée adopte une position similaire à la position française.

La jurisprudence allemande refuse la reconnaissance de sentences arbitrales annulées par les tribunaux du pays d'origine, en considérant que l'article V(1)(e) ne laisse pas de marge de manœuvre au juge. Cependant, une décision récente de la *Bundesgerichtshof*⁹² est de nature à remettre cette position en cause à l'avenir.

⁸⁹ M. MCCLURE, "Enforcement of Arbitral Awards that have been Set Aside at the Seat: The Consistently Inconsistent Approach across Europe", 26 juin 2012, blog disponible à <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/author/mikemcclure/>.

⁹⁰ M. MCCLURE, *ibidem*.

⁹¹ M. MCCLURE, *ibidem*.

⁹² Bundesgerichtshof, 2 Juillet 2009, disponible à http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=302&seule=1 (visité le 24 mars 2014).

Deux voies existent pour faire reconnaître une sentence en Allemagne⁹³ : la voie directe d'une part, via la Convention de New York, et la voie indirecte d'autre part, par application de la « doctrine de la fusion ». L'arrêt précité concerne cette seconde voie. En effet, il est possible de faire reconnaître, pour le territoire allemand, un jugement étranger de reconnaissance d'une sentence. Plutôt que de se limiter à déclarer la possibilité d'être reconnu sur le territoire national, le jugement étranger de reconnaissance est vu comme intégrant la sentence elle-même. Ce jugement est alors susceptible d'être reconnu et exécuté en Allemagne par application des règles de droit international privé allemandes pertinentes.

L'arrêt de la *Bundesgerichtshof* de 2009 met fin à cette seconde option sur bases considérations de politique juridique. Son enseignement peut être appliqué par analogie à la voir de la Convention de New York. Premièrement, les conditions de reconnaissance du jugement étranger ne sont pas les mêmes que celles concernant les sentences arbitrales étrangères. Il n'est pas normal qu'un jugement étranger de reconnaissance bénéficie de conditions d'exequatur plus favorables que les conditions correspondantes applicables lorsqu'on choisit de faire directement reconnaître une sentence. Cela implique aussi, selon la cour, une violation de la Convention de New York qui stipule que les sentences étrangères doivent être reconnues et exécutées sur base de ses dispositions, à savoir l'article V. L'on a cependant vu qu'une lecture moins tranchée de la Convention est possible (art. VII).

La Cour continue en considérant que, et se référant au droit international public, l'incorporation de la sentence dans le jugement étranger, sur base de la doctrine de la fusion, ne peut avoir d'effet que sur le territoire de l'Etat d'origine de ce jugement. C'est donc aux tribunaux allemands de décider si une sentence étrangère peut être reconnue et exécutée en Allemagne ou non ; il n'appartient pas à un juge étranger d'en décider.

J. Kuckenburg considère qu'il n'y a pas de raison de ne pas appliquer ce raisonnement aux jugements étrangers d'annulation – ou de révision au fond pour ce qui nous concerne - d'une sentence. En effet, si l'on suit la logique de la *Bundesgerichtshof*, il n'appartient pas à un juge étranger de décider si une sentence qu'il annule ou révisé au fond peut encore être reconnue et exécutée en Allemagne ou non. Cela reviendrait à laisser au juge étranger la discrétion de décider si une sentence peut être exécutée ou non en Allemagne, ce qui va à l'encontre des considérations exposées dans l'arrêt précité.

L'enseignement ne semble pas encore être appliqué par analogie par les juges allemands. La *Oberlandesgericht* de Munich a par exemple considéré qu'une action en reconnaissance et

⁹³ J. KUCKENBURG, *op. cit.*, p. 180.

exécution doit être rejetée sur base de l'article V(1)(e) de la Convention de New York⁹⁴. Il faudra voir si la BGH réitère son raisonnement une fois saisie de cette question. Cela va, selon nous, à l'encontre de la lecture des articles V(1)(e) et VII de la Convention.

Ce système a l'avantage d'instaurer un standard international et évite de donner au jugement étranger un effet liant sur le plan international alors qu'il serait basé sur des motifs purement locaux.

Conclusion

L'exemple de la clause d'arbitrage proposée dans le cas fictif du Vis Moot a été l'occasion d'aborder la délicate question de l'insertion dans une clause d'arbitrage de la faculté de faire appel de la sentence arbitrale devant un juge national. Bien que la situation ne soit pas des plus courantes en raison de la nature même de l'arbitrage qui promeut la célérité, il n'est pas impossible que des parties décident de se réserver cette possibilité au détriment de l'un des principaux attraits de l'arbitrage, à savoir l'absence d'appel précisément.

Après avoir brièvement évoqué quelques considérations générales à ce sujet, il s'est agi dans un premier temps de s'interroger sur les conséquences de la présence d'un tel mécanisme en termes de validité de la clause d'arbitrage. Nous avons constaté, outre l'absence de ce type de recours contre les sentences dans la plupart des législations nationales, que les cours et tribunaux des pays analysés ne permettaient pas, à l'exception peut-être de l'Allemagne, de prévoir contractuellement un recours non prévu par la législation arbitrale en vigueur. Quant à la sanction du non respect de ce principe, nous avons vu que la juridiction suprême française a adopté une solution systématique et favorable à la validité du consentement à l'arbitrage sur base de la sanction du « réputé non écrit », là où les juges néo-zélandais préfèrent une analyse au cas par cas, menant tantôt à une nullité de la clause, tantôt à une solution proche de la jurisprudence française. La Cour Suprême des Etats-Unis ne s'est pas prononcée sur la question spécifique de la sanction, là où l'insertion d'un mécanisme d'appel frappera la clause d'arbitrage d'une nullité absolue en Belgique.

Ces enseignements mènent à conseiller aux parties, dans l'hypothèse où elles tiendraient absolument à se réserver un second degré de juridiction, de prévoir un appel devant un autre tribunal arbitral et non devant un juge étatique, en se référant au règlement d'une institution

⁹⁴ Oberlandesgerichtshof de Munich, 30 juillet 2012, cité par J. Kuckenburg, *ibidem*, p. 180.

d'arbitrage ouverte à cette possibilité ou en prévoyant un arbitrage ad hoc adapté. Cela ne pose pas de problème en termes de validité de la clause d'arbitrage.

Prévoir un appel devant d'autres arbitres ne posera pas davantage problème au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale à l'étranger, question qui a été abordée dans un second temps. Nous avons en effet vu que le sort d'une sentence revue au fond par un tribunal étatique était susceptible de varier dans chaque ordre juridique, sans parler des débats sur l'application de la Convention de New York dans une telle hypothèse. Le conseil susmentionné permettra d'éviter de tels écueils, la force obligatoire s'attachant alors à la seconde sentence.

Bibliographie

A) Législation

Traités internationaux

- Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à Genève le 26 septembre 1927.
- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958.

Législation de l'Union européenne

- Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L 12/1 du 16 janvier 2001.

Législations nationales

Angleterre

- Arbitration Act 1996, art. 69.

Belgique

- Code judiciaire, art. 1716.

Etats-Unis

- Federal Arbitration Act du 12 février 1925, art. 9 et 10.

France

- Code de procédure civile, art. 1518 et 1520.

Nouvelle-Zélande

- Arbitration Act 1996, Schedule 2, art. 34, sous-section 5.

B) Jurisprudence

Allemagne

- Oberlandesgerichtshof de Munich, 30 juillet 2012, disponible à <http://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/m/>.
- Bundesgerichtshof, 1^{er} mars 2007, III ZB 07/06, disponible à <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/bgh-az-iii-zb-07-06-datum-2007-03-01-id665>.
- Bundesgerichtshof, 2 Juillet 2009, disponible à http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=302&seule=1.

Angleterre

- England and Wales High Court, 5 novembre 2010, [2010] EWHC 2826 (Comm), disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2010/2826.html>.

Etats-Unis

- *Fertilizer Corporation of India c. IDI Mangement, Inc.*, U.S. District Court, S.D. Ohio, W.D., 9 juin 1989, http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=845.
- Cour d'appel fédérale du 5^{ème} circuit (Etats-Unis), *Gateway Technologies Inc. c. MCI Telecommunications Corp.*, 27 septembre 1995, disponible à http://leagle.com/decision/1995105764F3d993_1903.xml/GATEWAY%20TECHNOLOGIES%20v.%20MCI%20TELECOMMUNICATIONS.
- Cour d'appel fédérale du 10^{ème} circuit (Etats-Unis), *Bowen c. Amoco Pipeline Co.*, 20 juin 2001, disponible à http://www.leagle.com/decision/20011179254F3d925_11068.xml/BOWEN%20v.%20AMOCO%20PIPELINE%20CO.
- Cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit (Etats-Unis), *Kyocera Corp. c. Prudential-Bache*, 29 août 2003, disponible à http://www.leagle.com/decision/20031328341F3d987_11223.xml/KYOCERA%20CORP.%20v.%20PRUDENTIAL-BACHE.
- Cour Suprême des Etats-Unis, *Hall Street c. Mattel*, 25 Mars 2008, disponible à <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-989.ZO.html>.

France

- Paris, 1^{ère} Ch. C., 12 décembre 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 862
- Paris, 14 janvier 1997, *Rev. Arb.*, 1997, p. 395.
- Cass. fr. 1^{re} civ., 23 mars 1994, *Rev. Arb.*, 1994, p. 327.
- Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, vol. 2007, Issue 3, pp. 498 à 500.
- Cass. fr., 29 juin 2007, disponible à http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_10607.html.

Nouvelle-Zélande

- Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 15 Février 2013, CA 437/2012, disponible à http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/GCA_v_Carr_judgment.pdf.

C) Doctrine

- ANCEL (J.-P.) (Rapport de Monsieur le Président), sous Cass. fr. 29 juin 2007, *Rev. Arb.*, 2007, Issue 3, pp. 507 à 515.
- BERNHEIM – VAN DE CASTEELE (L.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- BESSON (S.), “Is there a real need for transcending national legal orders in international arbitration? Some reflections concerning abusive interference from the courts at the seat of the arbitration”, in A. VAN DEN BERG, *International arbitration: the coming of a new age?*, ICCA Congress Series, Vol. 17, Kluwer Law International, 2013, pp. 378 à 388.
- BORN (G.B.), *International Commercial Arbitration*, Volume II, Kluwer Law International, 2009.
- CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000.
- DAL (G.-A.) ET KEUTGEN (G.), *L'arbitrage en droit belge et international, Tome I – Le droit belge*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006.
- DORGAN (C.) , « Hall Street Associates v. Mattel: L'interdiction pour les parties d'ajouter aux cas de recours prévus par le Federal Arbitration Act des Etats-Unis », *Rev. Arb.*, 2008, Issue 3, pp. 519 à 533.
- JAEGER (L.), Note sous Cass. fr., 13 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, pp. 500 à 505.
- KRONKE (H.) et al., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2006.
- KUCKENBURG (J.), « Germany, refusal to allow enforcement of an annulled award – how long can it go on? », *b-Arbitra*, 2013, vol. 1, pp. 179 à 187.
- KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.S.*, 1993, chron. XIV, p. 59 et s.
- LEW (J.D.M.) et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- MCCLURE (M.), “Enforcement of Arbitral Awards that have been Set Aside at the Seat: The Consistently Inconsistent Approach across Europe », 26 juin 2012, blog disponible à <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/author/mikemcclure/>.
- MOURRE (A.), « A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leurs pays d'origine : où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali ? », *Rev. Arb.*, 2008, Issue 2, pp. 263 à 298.
- PLATT (R.), « The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality? », *Journal of International Arbitration*, 2013, Vol. 30, Issue 5, pp. 531 à 560.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Paris, Litec, 1998, 6^e éd.
- TEYSSIE (B.), « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.S.*, 1976, chron. XLVIII, pp. 281 et s.

- VON KUEGELGEN (M.), « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *in Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2000, pp. 569 à 627.
- WÉRY (P.), « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, Vol. 25, pp. 145 à 156.

Table des matières

Introduction.....	1
I. Considérations générales.....	2
II. L’insertion d’un mécanisme d’appel : validité de la clause d’arbitrage et sanction en droit comparé.....	3
§1 ^{er} . Belgique – une réalité insatisfaisante.....	4
§2. France – De l’inefficience à l’isolement du consentement à l’arbitrage.....	5
a. Solution antérieure	5
b. Critiques	5
c. Le revirement jurisprudentiel opéré par la Cour de cassation française dans l’affaire <i>Chefaro</i>	7
d. La différence d’approche en termes de sanction entre droit français et belge	9
§3. Etats-Unis d’Amérique	12
a) La situation antérieure à l’arrêt de la Cour Suprême dans l’affaire <i>Hall Street Associates c. Mattel</i>	12
b) L’arrêt de la Cour Suprême dans l’affaire <i>Hall Street Associates c. Mattel</i>	13
§4. Allemagne	15
§5. Angleterre.....	15
§6. Nouvelle-Zélande	16
§7. Réflexions sur l’autonomie de la volonté.....	18
III. Quelles conséquences de l’insertion d’un tel mécanisme sur la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères ?	19
§1. L’insertion d’un mécanisme d’appel empêche-t-elle la sentence de devenir obligatoire et, par conséquent, d’être exécutée ?	20
§2. La discrétion du juge national de tenir compte de ce motif de refus – l’influence de l’article VII de la Convention et la position particulière de la France	21
a. La situation en France	22
b. L’absence d’unanimité sur cette question	28
Conclusion	30
Bibliographie.....	32

L'interaction entre arbitrage et justice étatique à la lumière de l'arrêt *West Tankers* et du nouveau Règlement « Bruxelles I »

Introduction

On le sait, prévoir un arbitrage dans un contrat international peut être motivé, entre autres, par la volonté de soustraire le litige potentiel aux juridictions nationales normalement compétentes, de manière à s'assurer de la neutralité du panel appelé à trancher le différend. Il est en effet compréhensible que les parties à de tels contrats souhaitent ne pas avoir à faire face à un juge de la même nationalité que le cocontractant, que l'on pourrait soupçonner de partialité. S'affranchir des juridictions étatiques peut encore être motivé par un désir de confidentialité ou par la limitation des voies de recours contre les sentences arbitrales.

Ces avantages de l'arbitrage sont parfois confrontés à la décision d'une partie, de mauvaise foi ou non, d'introduire une action devant le juge étatique, nonobstant la clause d'arbitrage. Comme nous le verrons, cela peut déboucher sur des procédures parallèles devant les juridictions classiques d'une part, devant un tribunal arbitral d'autre part, dans l'hypothèse où la juridiction conclut à l'invalidité de la clause. L'objectif d'efficacité du processus arbitral ainsi que les motivations du recours à l'arbitrage susmentionnées s'en trouvent dès lors perturbés. Le cadre juridique actuel ne permet pas d'éviter ces situations, ni au niveau international avec la Convention de New York de 1958¹, ni au niveau européen avec le Règlement Bruxelles I².

Dans ce contexte, les juridictions des pays de *common law* disposent d'un instrument efficace, l'anti-suit injunction. Il s'agit d'une injonction adressée à la partie qui a saisi un juge autre que celui qui a été désigné par les parties. Si elle ne retire pas son action devant ce dernier, le non-respect de l'injonction peut entraîner de lourdes sanctions pénales, y compris l'emprisonnement.

La Cour de Justice de l'Union européenne s'est cependant récemment prononcée dans l'affaire *West Tankers* contre ce type de mesure prise à l'appui d'une procédure arbitrale,

¹ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958.

² Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L 12/1 du 16 janvier 2001.

² Convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Bruxelles le 27 septembre 1968.

considérant qu'il s'agissait d'une violation du Règlement Bruxelles I. Cet arrêt emporte également un certain nombre de conséquences au niveau de la problématique des procédures parallèles. Après avoir examiné le statut de l'arbitrage dans le cadre de la coopération judiciaire au sein de l'Union européenne, plus précisément au regard du Règlement Bruxelles I (I), nous verrons comment la Cour de Justice a fortement nuancé l'exclusion du Règlement dont fait l'objet ce mode alternatif de résolution des litiges (II). Il s'agira d'examiner les critiques formulées à l'égard de cette jurisprudence (III), avant de se pencher sur le processus de révision du Règlement (IV). Nous verrons ainsi les changements qui avaient été proposés pour améliorer l'interface entre arbitrage et juridictions étatiques au sein de l'Union suite aux débats qu'avait entraînés la jurisprudence de la Cour. Le résultat de ce processus de révision, à savoir la refonte de Bruxelles I et son influence sur le sujet qui nous préoccupe, fera l'objet d'un cinquième point (V). Pour finir, nous nous proposerons d'examiner ce qu'il aurait été possible d'améliorer dans cette refonte (VI) avant d'envisager quelques pistes alternatives aux anti-suit injunctions (VII).

I) L'exclusion de principe de l'arbitrage du champ d'application du Règlement 44/2001 (« Bruxelles I »)

On le sait, le Règlement Bruxelles I³, à la suite de la Convention de Bruxelles de 1968⁴, a pour objectif d'uniformiser les règles relatives aux conflits de compétence ainsi qu'à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne. Ainsi, la question de savoir quel juge sera compétent en cas de litige entre une entreprise allemande et italienne n'est plus réglée par les législations nationales de chaque Etat membre mais bien par un corps uniformisé de règles au niveau européen. Il en va de même des procédures à suivre pour faire reconnaître et exécuter, par exemple, un jugement français en Pologne⁵.

Dès l'origine, la Convention de Bruxelles a écarté l'arbitrage de son champ d'application. Les travaux préparatoires évoquaient ainsi : « ***There are already many international agreements on arbitration. Arbitration is, of course, referred to in Article 220 of the Treaty of Rome. Moreover, the Council of Europe has prepared a European Convention providing a uniform***

³ Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L 12/1 du 16 janvier 2001.

⁴ Convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Bruxelles le 27 septembre 1968.

⁵ En supposant que les exemples mentionnés entrent dans le champ d'application du Règlement.

*law on arbitration, and this will probably be accompanied by a Protocol which will facilitate the recognition and enforcement of arbitral awards to an even greater extent than the **New York Convention**. This is why it seemed preferable to exclude arbitration. The Brussels Convention does not apply to the recognition and enforcement of arbitral awards (see the definition in Article 25); **it does not apply for the purpose of determining the jurisdiction of courts and tribunals in respect of litigation relating to arbitration** for example, proceedings to set aside an arbitral award; and, finally, it does not apply to the recognition of judgments given in such proceedings”⁶.*

L’exclusion de l’arbitrage du Règlement est aujourd’hui prescrite à l’article 1^{er}, 2, d) de ce dernier.

Estimant que la Convention de New York de 1958⁷ – complétée pour les (nombreux) aspects qu’elle ne règle pas par les législations nationales sur l’arbitrage international – établissait un cadre juridique suffisant autour de l’arbitrage, les auteurs de la Convention de Bruxelles ont préféré l’exclure de son champ d’application⁸. La Convention de New York contient ainsi principalement deux corps de règles. D’une part, des règles relatives à la validité des conventions d’arbitrage. A moins que le juge national, saisi d’un litige destiné à l’arbitrage, considère que la clause d’arbitrage est « caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée », ce dernier est tenu de renvoyer les parties à un tribunal arbitral (art. II, 3). D’autre part, la Convention porte sur la reconnaissance des sentences étrangères, notamment les conditions dans lesquelles le juge d’un Etat partie pourra refuser de reconnaître et d’exécuter une sentence étrangère (art. V).

Les anti-suit injunctions, mesures judiciaires ayant pour objet de contraindre une partie à retirer son action à l’étranger, ne sont donc *a priori* pas visées par le Règlement lorsqu’elles visent à appuyer une procédure arbitrale. Comme nous le verrons, la Convention de New York ne permet pas d’éviter des procédures parallèles entre un tribunal arbitral et une juridiction étatique à propos d’un même litige. L’anti-suit injunction constitue ainsi dans les pays de *common law* un instrument efficace dans l’optique d’éviter de telles situations.

⁶ P. JENARD, « Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 », *J.O.C.E.*, 1979, C 59/1.

⁷ Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958.

⁸ S. FRANCO, « La refonte du Règlement Bruxelles I – Champ d’application et compétence », *R.D.C.*, vol. 5, 2013, p. 320.

II) Une exclusion mise à mal par la Cour de Justice de l'Union européenne

Au fil de sa jurisprudence, la Cour de Luxembourg a eu l'occasion d'indiquer que l'exclusion de l'arbitrage du Règlement n'est pas aussi catégorique qu'on pourrait le penser à la lecture stricte du texte. De plus, la Cour semble vouloir empêcher autant que faire se peut l'émission d'anti-suit injunctions par les juges nationaux qui disposeraient d'un tel instrument dans leur droit national. Passons en revue les enseignements des arrêts pertinents, à savoir les arrêts *Marc Rich*⁹, *Van Uden*¹⁰, *Turner c. Grovit*¹¹ et, bien sûr, *West Tankers*¹².

A) L'arrêt Marc Rich (1991)

La société Impianti avait entamé une procédure judiciaire en Italie visant à faire déclarer qu'elle n'était pas responsable vis-à-vis de la société Marc Rich suite à l'inexécution d'un contrat de vente de pétrole. Le contrat contenait cependant une clause d'arbitrage (*ad hoc*) désignant Londres comme siège. Marc Rich, tout en contestant, en Italie, la compétence du juge sur base de la clause compromissoire, avait introduit une procédure devant la High Court à Londres afin de faire désigner un arbitre. Impianti contestait la validité de la clause d'arbitrage devant le juge londonien et considérait en outre que le mécanisme de litispendance contenu dans la Convention de Bruxelles aux articles 21 et 22 imposait au juge anglais de surseoir à statuer au profit du magistrat italien. La High Court rejeta les arguments d'Impianti, estimant que la clause d'arbitrage était valide et qu'une procédure de nomination d'un arbitre bénéficiait de l'exclusion contenue dans l'article 1^{er}(4) de la Convention de Bruxelles. En appel, la Court of Appeal a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice, la question étant entre autres de savoir si l'exclusion devait également s'appliquer aux procédures judiciaires en support à un arbitrage dans lesquelles la validité de la clause d'arbitrage elle-même était en jeu.

La Cour de Justice estima que « *pour déterminer si un litige relève du champ d'application de la convention, **seul l'objet de ce litige doit être pris en compte**. Si, par son objet, telle la désignation d'un arbitre, un litige est exclu du champ de la convention, l'existence d'une question préalable, sur laquelle doit statuer le juge pour trancher ce litige, ne peut, quel*

⁹ C.J.C.E., C-190/89, *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, 25 juillet 1991, <http://curia.europa.eu>.

¹⁰ C.J.C.E., C-391/95, *Van Uden Maritime BV c. Deco-Line*, 17 novembre 1998, <http://curia.europa.eu>.

¹¹ C.J.C.E., C-159/02, *Turner c. Grovit*, 27 avril 2004, <http://curia.europa.eu>.

¹² C.J.C.E., C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, 10 février 2009, <http://curia.europa.eu>.

que soit le contenu de cette question, justifier l'application de la convention »¹³. Tenir compte d'une telle question préalable mènerait à trop d'insécurité juridique selon la Cour. L'objet du litige étant lié à l'arbitrage dans cette affaire, l'exclusion devait dès lors s'appliquer.

A contrario, l'on peut déduire de cet arrêt que la Cour annonçait déjà qu'un litige ayant pour objet une matière entrant dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles se verrait appliquer cette dernière, quand bien même une question incidente relative à l'arbitrage serait soulevée, par exemple la validité d'une clause d'arbitrage.

B) L'arrêt Van Uden (1998)

Les sociétés Van Uden (Pays-Bas) et Deco-Line (Allemagne) avaient conclu un contrat d'affrètement en 1993 qui contenait une clause d'arbitrage. Tout en initiant la procédure arbitrale en vue de se faire payer diverses factures, Van Uden a saisi le juge des référés néerlandais afin de recouvrer certaines créances, ses finances étant mises à mal. Deco-Line contestait la juridiction du juge des référés, arguant d'une part que seul le juge allemand était compétent, tant au fond qu'en référé, et d'autre part, qu'en tout état de cause, la présence d'une clause d'arbitrage privait les juges étatiques de toute juridiction dans ce litige. Le juge des référés néerlandais s'est finalement déclaré compétent, avant de voir sa décision revue en appel. Saisie d'un recours, la juridiction suprême des Pays-Bas a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice, demandant entre autres si la présence d'une clause d'arbitrage empêchait de saisir le juge des référés sur base de l'article 24 du Règlement.

Cette dernière répondit ceci : *« Cependant, il y a lieu, à cet égard, de constater que les mesures provisoires n'ont pas, en principe, **pour objet de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage, mais sont adoptées parallèlement à une telle procédure et sont destinées au soutien de celle-ci. En effet, l'objet de ces mesures ne porte pas sur l'arbitrage en tant que matière, mais sur la sauvegarde des droits de nature fort variée. Leur appartenance au champ d'application de la convention est donc déterminée non par leur nature propre, mais par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde (§33) ».***

Il convient ainsi de conclure que, dans la mesure où l'objet d'une demande de mesures provisoires porte, comme dans l'affaire au principal, sur une question relevant du champ d'application matériel de la convention, cette dernière s'applique et son article 24 est

¹³ C.J.C.E., C-190/89, *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, 25 juillet 1991, <http://curia.europa.eu>, § 26, souligné par nous.

susceptible de fonder la compétence du juge des référés même si une procédure au fond a déjà été engagée ou peut l'être et même si cette procédure devait se dérouler devant des arbitres (§34) »¹⁴.

La Cour a donc confirmé la jurisprudence Marc Rich, menant cette fois à l'inapplication de l'exclusion contenue à l'article 1^{er}, 2, d).

C) L'arrêt Turner c. Grovit (2004)

Il n'était pas question ici d'arbitrage. Cependant, cette affaire illustre l'hostilité de la Cour de Justice à l'égard des anti-suit injunctions, qui peuvent également être prononcées dans le cadre de procédures judiciaires classiques. Celles-ci ne sont en effet pas propres au contexte de l'arbitrage.

Mr Turner, citoyen du Royaume-Uni, avait été recruté à Londres en 1990 par une société appartenant à un groupe. Après plusieurs années, Mr Turner demanda son transfert à son employeur vers une autre société du groupe, Harada, située à Madrid, ce qui lui fut accordé. En 1998, il engagea une procédure devant le tribunal du travail de Londres contre Harada afin de se faire attribuer des dommages et intérêts suite à son licenciement abusif. Il obtint gain de cause. Le groupe de sociétés poursuivit alors Mr Turner devant un tribunal de première instance à Madrid, pour lui réclamer également des dommages et intérêts. En appel, la Court of Appeal of England and Wales, estimant que la procédure espagnole avait été entamée dans le seul but de « punir » Mr Turner, prononça une anti-suit injunction à l'encontre de l'employeur, lui enjoignant de retirer son action contre son employé en Espagne. Le premier se plia à la mesure mais fit un recours devant la House of Lords, considérant qu'elle avait été adoptée en violation de la Convention de Bruxelles. La juridiction suprême posa alors une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg, dont l'objet était essentiellement de savoir s'il était contraire à la Convention de prononcer une anti-suit injunction à l'encontre d'une partie ayant entamé une procédure dans un autre Etat membre, dans le seul but de perturber le cours d'une procédure ayant cours en Angleterre.

La Cour de Justice a considéré dans cette affaire que les anti-suit injunctions sont contraires au **principe de confiance mutuelle**, inhérent au système mis en place par la Convention de Bruxelles, aujourd'hui le Règlement Bruxelles I. En effet, l'adoption d'un ensemble de dispositions déterminant les règles de conflit de compétence entre les juges des différents Etats membres implique que ceux-ci font confiance à la capacité des juges des autres Etats à

¹⁴ C.J.C.E., C-391/95, *Van Uden Maritime BV c. Deco-Line*, 17 novembre 1998, <http://curia.europa.eu>, §§ 33 et 34, souligné par nous.

appliquer correctement ce corps de règles. Dès lors, une anti-suit injunction, même destinée à déjouer la mauvaise foi d'une partie, a pour effet de priver le juge étranger du pouvoir de se prononcer sur sa compétence sur base du Règlement.

« En dépit des explications fournies par la juridiction de renvoi et contrairement à ce qu'ont soutenu M. Turner et le gouvernement du Royaume-Uni, cette ingérence ne saurait être justifiée par le fait qu'elle n'est qu'indirecte et qu'elle vise à empêcher un abus de procédure de la part du défendeur à la procédure nationale. En effet, dès lors que le comportement reproché au défendeur consiste à se prévaloir de la compétence d'une juridiction d'un autre État membre, le jugement porté sur le caractère abusif de ce comportement implique une appréciation du caractère pertinent de l'introduction d'une action devant une juridiction d'un autre État membre. Or, une telle appréciation est contraire au principe de confiance mutuelle qui, ainsi qu'il a été rappelé aux points 24 à 26 du présent arrêt, est à la base de la convention et qui interdit au juge, sauf cas particuliers inapplicables dans l'espèce au principal, de contrôler la compétence d'un juge d'un autre État contractant »¹⁵.

La Cour a donc considéré qu'une anti-suit injunction, prononcée à l'encontre d'une partie ayant entamé une procédure judiciaire devant le juge d'un autre Etat Membre, est contraire à la Convention de Bruxelles.

Les trois décisions susmentionnées ont alimenté notre réflexion, d'une part sur l'interface entre le Règlement Bruxelles I et l'arbitrage, et d'autre part sur la validité des anti-suit injunctions au regard du même règlement. Examinons à présent la jurisprudence *West Tankers* qui se situe au croisement de ces questions.

D) L'arrêt West Tankers (2009)

a. Les faits

Il s'agissait, en l'espèce, d'un navire appartenant à la société West Tankers (enregistrée en Angleterre) et affrété par la société Erg Petroli SpA (société de droit italien), qui était entré en collision dans les eaux italiennes avec un embarcadère appartenant à Erg Petroli. Le contrat d'affrètement, soumis au droit anglais, contenait une clause d'arbitrage désignant Londres comme siège de l'arbitrage en cas de litige. Erg obtint de son assureur, Allianz et Generali, une indemnisation égale au montant prévu par le contrat d'assurance et lança une procédure d'arbitrage à Londres à l'encontre de West Tankers pour le surplus, comme prévu par le

¹⁵ C.J.C.E., C-159/02, *Turner c. Grovit*, 27 avril 2004, <http://curia.europa.eu>, § 28, souligné par nous.

contrat. Dans le même temps, en vertu de son droit de subrogation prévu par le droit italien, l'assureur agit contre West Tankers devant les juridictions italiennes pour récupérer les montants versés à son assuré, sur base de l'article 5, point 3, du Règlement.

Tout en soulevant une exception d'incompétence devant le juge italien, déduite de la convention d'arbitrage, West Tankers introduisit une action devant la High Court of Justice au Royaume-Uni, demandant à la cour de déclarer qu'il convenait de recourir à l'arbitrage dans cette affaire et de prononcer une anti-suit injunction à l'encontre d'Allianz et Generali afin de contraindre l'assureur à retirer son action en Italie. En Appel, la House of Lords posa une question préjudicielle à la Cour de Justice, demandant s'il était contraire au Règlement Bruxelles I d'adopter une décision empêchant une partie d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre Etat membre lorsqu'il existe une convention d'arbitrage.

b. Réponse de la Cour

En posant la question préjudicielle, la House of Lords invoquait une série d'arguments en faveur de la validité des anti-suit injunctions appuyant une procédure d'arbitrage. Prenant acte de la jurisprudence *Turner c. Grovit*, la House of Lords considère premièrement que l'arbitrage étant exclu du champ d'application du Règlement, cette décision et le principe de confiance mutuelle sur lequel elle s'appuie ne s'appliquent pas en l'espèce. Par conséquent, il ne serait pas contraire au Règlement de contraindre, dans le cas soumis à la Cour, l'assureur à retirer son action en Italie au profit de la procédure d'arbitrage devant se dérouler à Londres.

La House of Lords relève encore l'efficacité des anti-suit injunctions pour lutter contre l'insécurité juridique puisqu'elles réduisent les risques de conflit entre une sentence arbitrale et un jugement.

Venons-en au raisonnement de la Cour de Justice. Les juges citent tout d'abord la jurisprudence *Marc Rich* et *Van Uden*, rappelant que c'est l'objet d'une procédure qui détermine l'application du Règlement ou, plus précisément, la nature des droits dont la procédure en question assure la sauvegarde. Ne pouvant nier que la procédure visant à obtenir une anti-suit injunction avait en l'espèce pour objet l'arbitrage (West Tankers souhaitait voir l'assureur être forcé de retirer son action en Italie au profit de la procédure arbitrale à Londres), la Cour en conclut que celle-ci ne relève pas du champ d'application du Règlement. Cependant, la juridiction estime **qu'une procédure, bien que ne tombant pas sous le coup de Bruxelles I, peut avoir pour effet de priver le Règlement de son effet utile**, ce qui serait

précisément le cas dans une situation où une procédure d'anti-suit injunction empêche un autre juge européen de se prononcer sur sa propre compétence en vertu de ce règlement.

La Cour estime qu'il convient dès lors d'examiner si la procédure engagée par l'assureur devant le juge italien relève elle-même du Règlement et, dans l'affirmative, d'évaluer l'effet de l'anti-suit injunction anglaise (auquel le Règlement n'est pas applicable) sur cette dernière. Analysons les développements de l'arrêt à cet égard.

Tout d'abord, la Cour note que lorsque l'objet d'une procédure entre dans le champ d'application du Règlement, une question préalable relative à l'arbitrage, y compris sur la validité de la clause d'arbitrage, relève également du Règlement. Elle prend appui sur le rapport d'adhésion de la Grèce à la Convention de Bruxelles qui indique qu'une telle question incidente relève de cette dernière, argument qui nous paraît un peu faible.

La demande de l'assureur concernait des dommages et intérêts, ce qui entre dans le champ d'application du Règlement. Dès lors, par application de ce raisonnement, la question préalable relative à la validité de la clause d'arbitrage (exception d'incompétence soulevée par West Tankers) est également soumise à Bruxelles I.

La Cour en déduit trois conséquences :

- L'anti-suit injunction anglaise empêche le juge italien de se prononcer sur sa compétence à l'égard du litige en cause, pouvoir qui lui est conféré par le Règlement.
- Cela est contraire au **principe de confiance mutuelle**, que l'on retrouvait déjà dans l'arrêt *Turner c. Grovit* à propos d'une anti-suit injunction prononcée à l'égard d'une partie ayant intenté une action devant un juge espagnol alors qu'une procédure était pendante devant un tribunal anglais. La Cour étend donc ce principe aux anti-suit injunctions prononcées au soutien d'un arbitrage, alors même que cette institution est exclue du champ d'application de Bruxelles I.
- Le requérant qui considère qu'une clause d'arbitrage est inopérante, caduque ou non susceptible d'être appliquée (la Cour fait en réalité référence ici à l'article II.3 de la Convention de New York), **se verrait empêché, par l'effet de l'injonction, de bénéficier d'une forme de protection juridictionnelle** à laquelle il a droit en vertu du règlement, à savoir saisir le juge italien sur base de l'article 5, point 3, du Règlement.

La Cour en conclut que par le truchement de l'effet qu'elle a sur une procédure relevant du Règlement, l'anti-suit injunction est incompatible avec celui-ci.

c. Les enseignements de la jurisprudence West Tankers

Premièrement, l'arrêt confirme que l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de Bruxelles I n'est pas catégorique. Elle est même fortement nuancée.

La Cour, conformément à sa jurisprudence antérieure, a placé le curseur au niveau de l'objet du litige. Si l'objet de la procédure relève de l'arbitrage, le Règlement ne s'appliquera pas. Inversement, dès l'instant où l'objet d'une procédure relève du Règlement, toute question incidente sur l'existence ou la validité d'une clause d'arbitrage y sera également soumise. Cela a pour conséquence directe le fait que **le jugement bénéficiera dans cette dernière hypothèse du régime de reconnaissance et d'exécution du Règlement**. Ainsi, tout magistrat de l'Union sera lié par la décision tranchant la question de savoir si les parties doivent être renvoyées à l'arbitrage ou non, ce qui contredit directement l'affirmation de la Cour selon laquelle le dispositif de la décision *West Tankers* est conforme à l'article II.3 de la Convention de New York, puisque ce dernier permet à chaque juge national de se prononcer sur la validité d'une clause d'arbitrage et, le cas échéant, de renvoyer les parties à l'arbitrage. Le résultat de cette jurisprudence entre en contradiction avec cette disposition.

Par ailleurs, l'un des seuls instruments efficaces pour éviter d'avoir deux procédures parallèles, l'une étatique, l'autre arbitrale, à savoir les anti-suit injunctions, a été enterré par la Cour de Justice. On le voit, l'arrêt *West Tankers*, plutôt que de clarifier les interactions entre le Règlement Bruxelles I et l'arbitrage, les complique.

III) Critique de l'arrêt West Tankers

La doctrine a formulé une série de critiques à l'égard de cet arrêt. Relevons-en quelques-unes, tout en les développant quelque peu.

- 1) Le raisonnement de la Cour revient à vider l'exclusion de sa substance, ce qui facilite par ailleurs les actions torpédo

En effet, il sera extrêmement fréquent qu'un litige relatif à un contrat contenant une clause d'arbitrage relève, si l'on fait abstraction de cette clause, de la « matière civile et commerciale » visée par le Règlement Bruxelles I (par exemple, une procédure relative à un défaut d'exécution d'une obligation de paiement, de livraison...). Par conséquent, dès l'instant où l'objet d'une procédure relève du Règlement, la jurisprudence *West Tankers*

permet à une partie de mauvaise foi de saisir le juge d'un Etat membre en violation flagrante d'une clause d'arbitrage. Il suffit à cette partie de démontrer que l'objet principal du litige est bien visé par le Règlement. La Cour de Justice **encourage ainsi les actions dites « torpédo »**, destinées à perturber le cours d'une procédure devant le juge ou le tribunal arbitral normalement compétent¹⁶. En arbitrage, le problème des actions torpédo n'est pas tellement une question d'interruption de la procédure arbitrale puisque les arbitres peuvent se déclarer compétents (effet positif du principe de compétence-compétence) et examiner les demandes, nonobstant la décision d'un juge étranger de statuer sur le fond. La perturbation se situera davantage au niveau des coûts que ces procédures parallèles impliquent pour les parties et des problèmes d'exécution de la sentence qui entrerait en conflit avec une décision de justice¹⁷.

Allons plus avant à cet égard. Imaginons ainsi que le juge saisi conclut à l'invalidité de la clause d'arbitrage, là où le tribunal arbitral, statuant sur sa propre compétence conformément au principe *kompetenz-kompetenz*, considère que la clause d'arbitrage est valable. Nous serions face à deux procédures parallèles. Bien sûr, cela pourrait également arriver si l'exclusion du Règlement était respectée à la lettre puisque les instruments internationaux pertinents, spécialement la Convention de New York, sont muets sur cette question. En revanche, dans cette dernière hypothèse, la décision du juge ne bénéficierait pas du système de reconnaissance et d'exécution du Règlement, ce qui est par contre le cas suite à la décision *West Tankers*.

***West Tankers* a donc pour conséquence que la sentence arbitrale sera en conflit avec un jugement sur le même objet non pas dans le seul pays où celui-ci aura été rendu, mais dans toute l'Union européenne.** Tout juge européen lié par le Règlement se verrait ainsi forcé de reconnaître et d'exécuter une décision ayant invalidé une clause d'arbitrage, alors même que selon son propre droit national, elle aurait été parfaitement valide.

Que peut faire la partie qui souhaite respecter la clause d'arbitrage ?

Deux solutions réalistes semblent s'ouvrir à elle. Premièrement, il faudrait qu'elle obtienne un jugement déclaratoire de la validité de la clause dans l'Etat membre dans lequel elle souhaite requérir la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. Un tel jugement, bien qu'ayant l'arbitrage pour objet, serait apparemment couvert par l'article 34(3) du Règlement

¹⁶ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 321 ; C. PRICE, "Arrêt *West Tankers Case*": l'intentement ou la poursuite d'une procédure dans un Etat membre différent de celui désigné dans la convention d'arbitrage », *J.D.E.*, 2009, p. 102.

¹⁷ V. VAN HOUTTE et S. BOURGEOIS, « Anti-suit injunctions and the *West Tankers* decision: closing remarks », in P. WAUTELET *et. al.*, *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 325.

qui permet de refuser de reconnaître un jugement étranger s'il est contraire à un jugement rendu entre les mêmes parties dans l'Etat membre requis. La partie entendant faire respecter la sentence pourrait ainsi opposer ce jugement déclaratoire au jugement (étranger) ayant invalidé la clause d'arbitrage et ayant statué au fond¹⁸. Les auteurs laissent cependant entendre que cela pourrait être considéré par la Cour de Justice comme contraire au principe de confiance mutuelle. De plus, pour que l'article 34(3) s'applique, il faudrait obtenir un tel jugement déclaratoire dans chaque Etat membre où la reconnaissance et l'exécution de la sentence seraient requises, là où l'autre jugement bénéficierait automatiquement, comme nous l'avons relevé, du régime de reconnaissance et d'exécution du Règlement dans toute l'Union européenne.

Deuxièmement et de manière plus controversée, l'on pourrait s'appuyer sur l'article 71 (1) du Règlement selon lequel « *le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions* ». L'on peut ainsi soutenir que la Convention de New York prévaut sur le Règlement. En conséquence, un juge pourrait refuser la reconnaissance du jugement étranger rendu en violation de la clause d'arbitrage¹⁹, estimant que l'article II.3 de la Convention permet à tout juge, en fonction de sa propre appréciation (et non de celle d'un autre)²⁰, de renvoyer les parties à l'arbitrage, à moins que la clause soit inopérante, caduque ou non susceptible d'être appliquée. Cela semble cependant entrer à nouveau en contradiction avec le principe de confiance mutuelle.

2) Le fondement du raisonnement de la Cour est discutable

Certains critiquent le contournement que fait la Cour de l'exclusion de l'arbitrage dont devrait *a priori* bénéficier une procédure d'anti-suit injunction. En effet, constatant que cette dernière ne relève pas du champ d'application du Règlement, la Cour parvient toutefois à condamner cette pratique par le truchement de l'effet qu'elle peut avoir sur une procédure qui elle, est soumise aux règles de Bruxelles I.

Il convient donc selon la Cour de faire abstraction de la procédure d'anti-suit injunction et de ne prendre en compte que la seconde, celle qui a lieu devant le juge italien. Une telle solution

¹⁸ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, « Arbitration and Brussels I Regulation: before and after *West Tankers* », in P. WAUTELET *et. al.*, *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 293 et 294.

¹⁹ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *ibidem*, pp. 294 et 295.

²⁰ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *ibidem*, pp. 298 et 299.

ignore en quelque sorte la volonté commune des parties de recourir à l'arbitrage, et ainsi de soustraire la résolution de leur conflit aux juridictions étatiques, qu'elles soient anglaises ou italiennes²¹. L'avocat général, dans ses conclusions à propos de l'affaire *West Tankers*, avait d'ailleurs considéré que les travaux préparatoires de la Convention de Bruxelles indiquaient que celle-ci ne pourrait porter atteinte aux règles internationales de l'arbitrage²². Précisément, le respect de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est un principe essentiel de l'arbitrage international, consacré par l'article II.1 de la Convention de New York de 1958²³.

Il nous semble cependant que cette critique, en ce qu'elle considère que la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est ignorée, n'est pas tout à fait correcte. Le juge saisi sur le fond, le juge italien en l'espèce, devra en effet malgré tout prêter attention à la volonté des parties en examinant la validité de la clause d'arbitrage sur base de l'article II.3 de la Convention de New York. Ce que l'on peut en revanche soutenir, c'est que la Cour, en incluant dans son raisonnement l'effet que la procédure d'anti-suit injunction aura sur la procédure judiciaire, favorise et tente de protéger la procédure qui nie la clause d'arbitrage, au détriment de celle qui a pour objectif d'en obtenir le respect. Ainsi, elle n'adopte pas une posture pro-arbitrale.

²¹ C. PRICE, *op. cit.*, p. 101.

²² Conclusions de l'Avocat Général Mme J. KOKOTT dans l'affaire *Allianz SpA c. West Tankers Inc.* (C-185/07), présentées le 4 septembre 2008, disponibles à <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dedf2d71a9efaa433a8a60b248ca421564.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNyTe0?text=&docid=66648&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35702> (visité le 13 juillet 2014), point 66 ; C. PRICE, *op. cit.*, p. 101.

²³ C. PRICE, *ibidem*, pp. 101-102.

IV) Le processus de révision du Règlement Bruxelles I

Suite à cette jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, l'on voit que des difficultés surviennent concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par le juge d'un Etat membre en violation d'une clause d'arbitrage. Le Règlement Bruxelles I comporte un article 73 qui imposait à la Commission de rendre un rapport sur l'application de cet instrument au Parlement, au Conseil et au Comité économique et social. Le cas échéant, ce rapport devait être accompagné de propositions d'adaptation du Règlement. C'est dans ce cadre que les institutions européennes se sont interrogées sur l'opportunité de revoir le statut de l'arbitrage dans le Règlement Bruxelles I.

En avril 2009, la Commission délivra un *Livre Vert*²⁴ qui contenait essentiellement deux propositions.

a. Une modification spécifique des règles de reconnaissance et d'exécution

Une première proposition consistait à ajouter au Règlement un motif de refus de reconnaissance et d'exécution d'un jugement rendu en violation d'une sentence arbitrale²⁵. Une telle solution n'aurait cependant pas remédié au problème dans l'hypothèse où une sentence n'aurait pas encore été rendue²⁶. C'est pourquoi l'International Bar Association proposait de permettre à ce motif de refus d'être invoqué dès lors qu'un jugement serait contraire à une sentence arbitrale ou qu'il aurait été rendu en méconnaissant une clause d'arbitrage qui serait valide selon le droit national du juge requis²⁷.

Cela n'empêcherait pas d'avoir des décisions contradictoires dans des Etats membres différents, mais au moins le jugement rendu au fond en violation d'une clause d'arbitrage ne bénéficierait pas automatiquement du système de reconnaissance et d'exécution du Règlement²⁸.

²⁴ *Livre Vert* du 21 avril 2009 sur la révision du règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2009) 0175 Final, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009DC0175&from=FR> (visité le 13 juillet 2013).

²⁵ *Livre Vert*, point 7.

²⁶ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, pp. 295 et 296.

²⁷ IBA Arbitration Committee, *Submission to the European Commission*, 15 juin 2009, §§ 38 et 40, disponible à http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#brussels (visité le 6 juillet 2014).

²⁸ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 296.

b. Une suppression partielle de l'exclusion de l'arbitrage

La Commission proposait encore dans son rapport de supprimer en partie l'exclusion de l'arbitrage. Les règles de compétence auraient été applicables aux procédures judiciaires liées à l'arbitrage. Les cours et tribunaux de l'Etat membre du siège de l'arbitrage auraient reçu une compétence exclusive à l'égard de ces dernières²⁹. Il en serait ainsi pour les procédures relatives à l'existence ou à la validité d'une convention d'arbitrage, avec une règle déterminant le droit applicable à cette validité (puisque la Convention de New York n'en dit rien)³⁰.

Ces suggestions furent néanmoins rejetées par le Parlement européen en 2010, qui proposait, au contraire, d'élargir l'exclusion mais également de contrer la jurisprudence *West Tankers* en empêchant le jugement au fond violant la clause d'arbitrage, à la manière de ce que l'IBA avait proposé, de lier les autres juges de l'Union³¹. Cela n'aurait pas empêché des procédures parallèles de se dérouler, l'illégalité des anti-suit injunctions restant par ailleurs de mise³².

Plus avant dans le processus de révision de Bruxelles I, la Commission déposa la même année une proposition de Règlement³³ qui contenait un **mécanisme spécifique de litispendance** destiné à répondre aux difficultés soulevées par l'affaire *West tankers*. Un article 29(4) aurait été intégré dans le chapitre du Règlement relatif à la litispendance et à la connexité, libellé comme suit :

«4. Lorsque le siège convenu ou désigné d'un arbitrage se situe dans un État membre, les juridictions d'un autre État membre dont la compétence est contestée en vertu d'une convention d'arbitrage **sursoient à statuer** dès que **les juridictions** de l'État membre où se trouve le siège d'arbitrage **ou le tribunal arbitral** ont été saisis d'un recours ayant pour objet

²⁹ Livre vert, point 7.

³⁰ Livre vert, point 7.

³¹ Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur la mise en œuvre et la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (2009/2140(INI)), disponible à <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0304+0+DOC+XML+V0//FR> (visité le 15 juillet 2014), point 10.

³² F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 298.

³³ Proposition de Règlement du Parlement européen et de Conseil du 14 décembre 2010 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2010) 748 final, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:FR:PDF> (visité le 15 juillet 2014).

de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite convention d'arbitrage.

Le présent paragraphe ne fait pas obstacle à ce que la juridiction dont la compétence est contestée se dessaisisse dans le cas visé ci-dessus si sa législation nationale l'exige.

Lorsque l'existence, la validité ou les effets de la convention d'arbitrage sont établis, la juridiction saisie décline sa compétence.

Le présent paragraphe n'est pas applicable aux litiges relatifs aux matières visées aux sections 3, 4 et 5 du chapitre II. »³⁴

Cette proposition consistait donc principalement à régler les situations similaires à celles de l'affaire *West Tankers*, tout en donnant une alternative aux anti-suit injunctions³⁵. Si cet article avait alors été en vigueur, le juge italien aurait dû surseoir à statuer dès lors que le tribunal arbitral situé à Londres avait été saisi de la question de sa propre compétence et, ce dernier ayant conclu à sa compétence, décliner sa compétence au profit du tribunal arbitral.

On le voit, ce système permettait de compenser l'impossibilité de prononcer une anti-suit injunction face à une action torpédo, puisque la saisine, même a posteriori, du juge du siège ou du tribunal arbitral à propos de la validité de la clause d'arbitrage oblige le juge étranger saisi à surseoir à statuer³⁶.

Par contre, il laisserait coexister deux systèmes de reconnaissance et d'exécution des jugements liés à l'arbitrage³⁷. D'une part, si la juridiction du siège confirme la validité de la clause d'arbitrage, ce jugement liera les autres juges de l'Union, ce qui violerait l'article II.3 de la Convention de New York qui permet, comme déjà indiqué, à chaque juge national d'apprécier si une clause compromissoire est nulle, caduque ou non susceptible d'être appliquée. D'autre part, si le juge du siège conclut à l'invalidité de la clause, l'autre juge saisi reste libre de confirmer ou d'infirmer la validité de cette dernière, et ce jugement n'entrera pas dans le champ d'application de Bruxelles I puisqu'il sera visé par l'exclusion. Il en va de même de la première décision, puisque l'article 29(4) qui était proposé indique que le jugement ne lie les autres magistrats européens que dans l'hypothèse où il confirme la validité ou l'existence de la clause d'arbitrage.

³⁴ Proposition de Règlement du Parlement européen et de Conseil du 14 décembre 2010, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2010) 748 final, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:FR:PDF> (visité le 15 juillet 2014), article 29 (4), p. 34.

³⁵ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 322.

³⁶ S. FRANCO, *ibidem*, p. 322.

³⁷ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 300.

Tout en offrant une solution imparfaite à l'interdiction des anti-suit injunctions pour les raisons susmentionnées, la proposition risquait de poser d'autres problèmes. Elle n'indique pas ce qu'il y a lieu d'entendre par clause d'arbitrage. Ainsi, si elle n'est pas mise par écrit ou est invoquée contre des tiers, faudra-t-il que le juge hors du siège de l'arbitrage sursoie à statuer dès l'instant où la question de l'existence ou de la validité d'une clause imaginaire serait soulevée devant le juge du siège ou un arbitre³⁸? Elle n'indique pas non plus ce qu'il y a lieu d'entendre par « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée » au sens de la Convention de New York (article II.3). Ces questions sont laissées au hasard des différents droits nationaux³⁹. Cela dépendra de l'étendue reconnue à l'effet négatif du principe compétence-compétence dans ces derniers (*cf. infra*).

Par ailleurs, quid si le siège de l'arbitrage n'est pas clairement ou pas du tout indiqué ? Le siège détermine pourtant l'application même de l'article 29(4)⁴⁰, puisque le système de litispendance n'est applicable que « *Lorsque le siège convenu ou désigné d'un arbitrage se situe dans un État membre (...)* ».

V) La refonte du Règlement Bruxelles I

Quel fut finalement le résultat de ce processus de révision du Règlement, spécialement concernant l'arbitrage (A)? Après avoir répondu à cette question, nous en verrons les conséquences sur la jurisprudence *West Tankers* (B).

A) Aperçu des changements

Cette dernière proposition de la Commission européenne ne fut finalement pas adoptée non plus, les Etats membres estimant qu'elle allait trop loin⁴¹. Le nouveau Règlement Bruxelles I (1215/2012)⁴² issu de la refonte abroge l'actuel Règlement 44/2001 (art. 80) et sera d'application à partir du 10 janvier 2015 (art. 66). **Il maintient l'exclusion de l'arbitrage telle quelle** dans son article 1^{er}, point 2, d).

³⁸ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *ibidem*, p. 300.

³⁹ V. LAZIC, "The Commission's Proposal to amend the arbitration exception in the EC jurisdiction Regulation: How 'much ado about nothing' can end up in a 'comedy of errors' and in anti-suit injunctions Brussels-style", *Journal of International Arbitration*, 2012, vol. 29, n° 1, pp. 32 et 33.

⁴⁰ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 301.

⁴¹ P.A. NIELSEN, « The Recast Brussels I Regulation », *Nordic Journal of International Law*, vol. 83, 2014, p. 70.

⁴² Règlement (UE) N° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 351/1 du 20 décembre 2012.

Par contre, l'article 73(2) indique maintenant clairement que l'application de la Convention de New York n'est pas affectée par les dispositions du Règlement. Un **considérant n° 12** a encore été inséré dans le préambule du texte, censé clarifier l'interface entre le Règlement et l'arbitrage, que l'on peut résumer comme suit :

- Le premier alinéa rappelle l'exclusion et indique que rien dans le règlement n'empêche une juridiction, saisie d'une demande faisant l'objet d'une convention d'arbitrage, de statuer sur la validité de cette dernière (renvoi à l'arbitrage, surséance à statuer, constater que la clause est nulle...).
- Le second alinéa pose que la décision d'une juridiction d'un Etat membre à propos de la question de savoir si une clause d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée **ne bénéficie pas du système de reconnaissance et d'exécution** du Règlement, **que cette question ait été examinée à titre principal ou incident**.
- Le troisième alinéa établit qu'un jugement au fond issu d'un Etat membre qui conclurait à l'**invalidité** de la clause d'arbitrage **pourra** être reconnu et exécuté conformément au Règlement, sans que cela n'empêche les juridictions des Etats membres de reconnaître et d'exécuter des sentences arbitrales étrangères conformément à la Convention de New York, qui prime sur le Règlement.

La question du conflit entre un tel jugement et une telle sentence n'est pas réglée par le Règlement. Par conséquent, il faudra s'en remettre aux droits nationaux à cet égard⁴³.

- Enfin, le quatrième alinéa indique que « *Le présent règlement ne devrait pas s'appliquer à une action ou demande accessoire portant, en particulier, sur la constitution d'un tribunal arbitral, les compétences des arbitres, le déroulement d'une procédure arbitrale ou tout autre aspect de cette procédure ni à une action ou une décision concernant l'annulation, la révision, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, ou l'appel formé contre celle-ci* ».

B) Conséquences potentielles sur la jurisprudence West Tankers

L'on sait que deux enseignements principaux peuvent être tirés de la jurisprudence *West Tankers* analysée précédemment. D'une part, une procédure dont l'objet tombe dans le champ

⁴³ P.A. NIELSEN, *op. cit.*, 2014, p. 71.

d'application du Règlement est réglée par celui-ci, quand bien même une question incidente liée à l'existence d'une clause d'arbitrage serait posée. D'autre part, une telle procédure ne peut pas être affectée par une anti-suit injunction prononcée dans un autre Etat membre.

Ainsi, tout le raisonnement de la Cour pour conclure à l'interdiction des anti-suit injunctions est fondé sur les prémices suivantes : lorsque la question de la validité d'une clause d'arbitrage est une question incidente, la procédure concernée tombe sous le champ d'application du Règlement⁴⁴, avec la conséquence que l'on sait au niveau de la reconnaissance du jugement concerné dans l'Union.

Le second alinéa du considérant n°12 précise à présent qu'« Une décision rendue par une juridiction d'un Etat membre concernant la question de savoir si une convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée **ne devrait pas être soumise aux règles de reconnaissance et d'exécution inscrites dans le présent règlement, que la juridiction se soit prononcée sur cette question à titre principal ou incident** »⁴⁵. Autrement dit, les questions relatives à l'arbitrage, y compris la validité d'une clause d'arbitrage, sont bel et bien visées par l'exclusion de l'article 1^{er}, point 2, d), qu'elles soient posées à titre principal ou incident dans une procédure judiciaire.

D'abord, **une décision au fond ayant conclu à l'invalidité de la clause, à titre principal ou incident, ne devra plus être reconnue et exécutée conformément au Règlement**⁴⁶, ce qui était le cas suite à l'arrêt *West Tankers*.

Ensuite, il semble désormais difficile d'affirmer qu'une procédure d'anti-suit injunction puisse être interdite sous prétexte qu'elle prive d'effet utile un Règlement qui ne s'applique plus, selon le considérant, aux décisions se prononçant, à titre principal ou incident, sur la validité d'une clause d'arbitrage⁴⁷. Le lien qui avait été fait par la Cour entre la première procédure et la procédure judiciaire étrangère, via l'effet néfaste indirect que la première avait sur la seconde en privant le juge de se prononcer sur sa propre compétence, semble être réduit à néant par ce considérant du nouveau Règlement.

⁴⁴ M. MOSES, « Will anti-suit injunctions rise again in Europe? », 20 novembre 2013, blog disponible à <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/11/20/will-anti-suit-injunctions-rise-again-in-europe/> (visité le 8 juillet 2014).

⁴⁵ Souligné par nous.

⁴⁶ L. H. WILHELMSEN, « The recast Brussels I Regulation and arbitration: revisited or revised ? », *Arbitration International*, LCIA, 2014, vol. 30, Issue I, p. 182.

⁴⁷ M. MOSES, « Will anti-suit injunctions rise again in Europe? », blog, *op. cit.*.

Le considérant ajoute, à son troisième alinéa, qu'un jugement au fond ayant conclu à l'invalidité d'une clause d'arbitrage pourra mais ne devra pas être reconnu et exécuté conformément au Règlement, alors que l'arrêt *West Tankers* en faisait une obligation. Le considérant poursuit en affirmant que cette faculté ne doit pas préjudicier à l'application du système de reconnaissance et d'exécution de la Convention de New York en présence d'une sentence arbitrale étrangère. Ainsi, le règlement ne tranche pas la question de savoir ce que le juge requis doit faire lorsqu'on lui demande la reconnaissance et l'exécution d'un tel jugement qui entre en conflit avec une sentence arbitrale étrangère⁴⁸. La réponse au conflit entre la reconnaissance d'une sentence ou d'un jugement sera donnée par les droits nationaux⁴⁹.

L'on peut soutenir que les procédures d'anti-suit injunction elles-mêmes sont clairement exclues du champ d'application du Règlement à la lecture du dernier alinéa du considérant. Ainsi, le dernier alinéa du considérant indique que « *le présent règlement ne devrait pas s'appliquer à une **action** ou demande accessoire portant, en particulier, sur la constitution d'un tribunal arbitral, les compétences des arbitres, **le déroulement d'une procédure arbitrale ou tout autre aspect de cette procédure (...)*** »⁵⁰. Cela ne constitue rien de nouveau dans la mesure où la Cour de Justice avait déjà admis dans *West Tankers* que les procédures d'anti-suit injunction n'entrent pas en tant que telles dans le champ d'application de Bruxelles I.

Enfin, le premier alinéa indique que « **Rien** dans le présent règlement ne devrait empêcher la juridiction d'un État membre, lorsqu'elle est saisie d'une demande faisant l'objet d'une convention d'arbitrage passée entre les parties, de **renvoyer les parties à l'arbitrage (...)** ». Comme le souligne pertinemment S. Francq, pourquoi serait-il dès lors interdit pour un juge de prononcer une anti-suit injunction qui obligera les parties à régler leur litige devant le seul tribunal arbitral⁵¹?

Pour résumer, le nouveau Règlement Bruxelles I, bien qu'il n'ait pas supprimé (même partiellement) l'exclusion de l'arbitrage ni intégré de système de litispendance comme cela avait été proposé par la Commission (et comme nous le proposerons ultérieurement), n'est pas

⁴⁸ P.A. NIELSEN, *op. cit.*, 2014, p. 71.

⁴⁹ P.A. NIELSEN, *ibidem*, 2014, p. 71.

⁵⁰ Souligné par nous.

⁵¹ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 324.

marqué non plus du sceau du statu quo. Au-delà d'une clarification de l'interface entre arbitrage et procédures judiciaires classiques, le considérant n°12 supprime essentiellement la conséquence de l'arrêt *West Tankers*, en l'occurrence l'obligation de reconnaissance et d'exécution dans l'Union européenne d'un jugement au fond ayant invalidé – à tort ou à raison – une clause d'arbitrage. Il remet également en cause les fondements du raisonnement ayant mené la Cour de Justice à interdire les anti-suit injunctions. Par ailleurs, la primauté de la Convention de New York est clairement établie tant dans le considérant que dans le nouvel article 73(2). Par contre, **le problème des actions torpédo et des procédures parallèles n'a pas été abordé**, ce qui maintient le risque tant de jugements contradictoires quant à la validité d'une clause d'arbitrage que de conflit entre une sentence et un jugement⁵². Les jugements au fond ayant invalidé une clause d'arbitrage pourront, à la lecture de l'alinéa trois, toujours circuler dans l'Union, sans que le conflit avec une sentence arbitrale ne soit réglé.

Faut-il désormais considérer que tous les aspects de l'arbitrage sont exclus du Règlement, même lorsque des questions y relatives sont posées à titre incident ? En soi, le texte du Règlement n'a pas changé, à part la primauté explicitement consacrée de la Convention de New York mais qui était déjà déduite de l'article 71(1) du Règlement 44/2001. Les clarifications et modifications de la jurisprudence *West Tankers* sont déduites d'un considérant dont la force obligatoire est incertaine⁵³. Bien que les considérants soient normalement destinés à justifier ou clarifier le corps du texte légal, certains d'entre eux vont clairement au-delà de cet objectif. C'est le cas du considérant qui a fait l'objet de notre attention puisqu'il fait état de règles qui ne ressortent nullement du Règlement. Plus encore, il est libellé de manière impérative. Sur base de l'interprétation téléologique des textes européens, qui implique la prise en compte de l'intention du législateur, que la Cour de Justice fait sienne, un considérant peut acquérir sa force obligatoire par la voie juridictionnelle⁵⁴.

Cependant, si l'intention du législateur était d'élargir l'exclusion de l'arbitrage, pourquoi ne pas l'avoir fait dans le corps de l'instrument ? Bref, il faudra que de nouvelles questions préjudicielles soient posées à la Cour de Justice pour répondre aux questions qui demeurent⁵⁵.

⁵² M. MOSES, « Will anti-suit injunctions rise again in Europe? », blog, *op. cit.* ; L. H. WILHELMSSEN, *op. cit.*, p. 184.

⁵³ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 324.

⁵⁴ S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.*, 2008, n° 31, p. 2159.

⁵⁵ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 324.

VI) Quelles améliorations pour l'avenir ? ⁵⁶

On l'a vu, le nouveau Règlement n'empêchera pas des procédures parallèles d'advenir. Entre l'exclusion réaffirmée, voire élargie, de l'arbitrage suggérée par le Parlement européen⁵⁷ et le premier projet de la Commission⁵⁸ que nous avons commentés, cette dernière avait finalement proposé une solution de compromis qui consistait en un mécanisme de litispendance qui peut être décrit comme suit : le juge d'un Etat membre saisi d'un litige visé par une clause d'arbitrage doit surseoir à statuer dès lors que le juge de l'Etat membre du siège ou le tribunal arbitral lui-même est saisi, même a posteriori, de la question de l'existence ou de la validité de la clause. Une fois que l'un de ceux-ci conclut à la validité de la clause d'arbitrage, le premier doit décliner sa compétence. Dans le cas contraire, il reste libre de renvoyer les parties à l'arbitrage ou non en fonction de sa propre appréciation de la validité⁵⁹. Ce mécanisme de litispendance n'a cependant pas été retenu dans la version finale du nouveau Règlement Bruxelles I.

La situation actuelle (exclusion de l'arbitrage) est principalement justifiée par l'existence de la Convention de New York qui offrirait un cadre juridique suffisant à l'interface entre juridictions étatiques et arbitrage. C'est l'argument de la plupart des *stakeholders* interrogés lors de l'étude réalisée par la Commission antérieurement à la publication de son Livre Vert⁶⁰. Cette affirmation nous semble cependant discutable. Bien que le monde de l'arbitrage soit réticent à une régulation européenne de cette question⁶¹, l'existence d'une organisation

⁵⁶ **Réflexions basées sur un entretien avec le Pr. Stéphanie Francq (22 juillet 2014).**

⁵⁷ Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur la mise en œuvre et la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (2009/2140(INI)), disponible à <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0304+0+DOC+XML+V0//FR> (visité le 15 juillet 2014).

⁵⁸ Livre Vert du 21 avril 2009 sur la révision du règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2009) 0175 Final, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009DC0175&from=FR> (visité le 13 juillet 2013).

⁵⁹ Proposition de Règlement du Parlement européen et de Conseil du 14 décembre 2010, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2010) 748 final, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:FR:PDF> (visité le 15 juillet 2014), article 29 (4), p. 34.

⁶⁰ B. HESS, T. PFEIFFER ET P. SCHLOSSER, « Report on the application of the regulation Brussels I in the Member States » (ci-après, le « **Rapport Heidelberg** »), Study JLS/C4/2005/03, septembre 2007, disponible à http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf (visité le 24 juillet 2014), §§ 108 et s..

⁶¹ Voy. par exemple, ASSOCIATION FOR INTERNATIONAL ARBITRATION, "Submission of the Association for International Arbitration in relation to the Green Paper released in connection with the review of Regulation 44/2001", 25 juin 2009, disponible à <http://arbitration->

internationale telle que l'Union européenne constitue une belle opportunité de prévenir les actions torpédo et de réduire les instances parallèles entre tribunal arbitral et juridictions étatiques sur son territoire ; problématiques que la Convention de New York ne permet pas de rencontrer. D'ailleurs, les auteurs du Rapport Heidelberg ont indiqué que la primauté de la Convention de New York ne doit pas empêcher l'adoption de mesures complémentaires ou d'appui à ce que celle-ci prévoit⁶².

Nous n'apercevons pas en quoi le compromis qui avait été suggéré par la Commission risque à ce point de compromettre le monde de l'arbitrage. Au contraire, l'efficacité, principe essentiel à l'arbitrage, voudrait que les situations dénoncées soient évitées autant que faire se peut, ce à quoi un mécanisme de litispendance permet de contribuer.

Nous avons déjà eu l'occasion de relever certaines critiques formulées à l'égard de cette proposition de la Commission européenne. Tentons d'y répondre.

Premièrement, nous avons relevé que l'article II.3 de la Convention de New York permet à chaque juge national de déterminer lui-même s'il convient de renvoyer les parties à l'arbitrage. Or, être lié à cet égard dans le cadre d'un mécanisme de litispendance par la décision du juge du siège semble entrer en contradiction avec la disposition précitée. Certaines dispositions de la Convention paraissent cependant indiquer que la décision du juge du siège lie les magistrats d'autres pays, spécialement l'article V(1)(e). Cela révélerait une volonté plus générale des auteurs de la Convention de donner à la décision du juge du siège une certaine primauté⁶³.

Ensuite, nous avons fait référence aux questions qui pouvaient se poser en l'absence d'indication du siège de l'arbitrage dans la clause. En effet, pour que le mécanisme de litispendance soit activé, il faut que le « *siège convenu ou désigné* » se situe dans un Etat membre. Si la détermination du siège n'est pas claire ou inexistante, il s'agirait d'ajouter dans le texte une règle déterminant la loi applicable à cette question. Si une institution arbitrale a été désignée, il faudra probablement que le juge étranger saisi attende que le siège soit déterminé par celle-ci avant de surseoir à statuer⁶⁴. Il s'agit d'un mal inévitable, sachant que la grande majorité des clauses d'arbitrage désigne le siège. Le problème se posera dès lors rarement.

adr.org/activities/profwork/pdf_files/response_on_green_paper_Brussels_I_regulation.pdf (visité le 24 juillet 2014).

⁶² Rapport Heidelberg, §116.

⁶³ C. CONSOLLA et M. STELLA, « Brussels I Regulation amendment proposals and arbitration », in F. POCAR *et al.*, *Recasting Brussels I*, Milan, CEDAM, 2012, pp. 48 et 49.

⁶⁴ F. LEFÈVRE et O. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 301.

Il convient d'avoir à l'esprit que les risques de procédures parallèles constituent une préoccupation en droit international privé de manière plus générale. Ce n'est pas propre aux relations entre arbitrage et tribunaux étatiques. Le moyen le plus efficace jusqu'à présent pour répondre à ce type de problématique réside précisément dans le mécanisme de litispendance internationale. La faiblesse du mécanisme qui avait été proposé par la Commission est qu'il faut initier la procédure arbitrale ou saisir le juge du siège de l'arbitrage pour forcer le juge étranger à surseoir à statuer⁶⁵. Ce que l'on voudrait dans le monde arbitral, c'est que la primauté de la clause d'arbitrage existe à tout instant⁶⁶, sans devoir provoquer une situation de procédures parallèles pour activer le mécanisme.

Une solution pourrait consister à établir une règle uniforme à destination des juges des Etats membres saisis d'un litige apparemment soumis à une clause d'arbitrage, de manière à uniformiser leur réaction face à une telle situation. Autrement dit, cette règle fixerait la conception de **l'effet négatif du principe de compétence-compétence** au niveau européen. L'on sait que l'effet positif de ce principe revient à permettre aux arbitres de déterminer eux-mêmes s'ils sont compétents. C'est d'ailleurs un élément qui contribue au risque de procédures parallèles. L'effet positif de ce principe est reconnu de manière quasiment universelle et est devenu un principe général de l'arbitrage international⁶⁷. En revanche, l'effet négatif porte sur la question de savoir dans quelle mesure le juge doit décliner sa juridiction en présence d'une clause d'arbitrage. Autrement dit, en appliquant l'article II.3 de la Convention de New York, le juge doit-il procéder à une analyse en profondeur de la validité de la clause d'arbitrage, ou en opérer un examen *prima facie* ? La doctrine de l'effet négatif de ce principe favorise cette dernière option en instaurant une sorte de priorité chronologique en faveur de l'arbitre pour déterminer la validité de la clause d'arbitrage⁶⁸. Cette solution est particulièrement d'application en France au travers de l'article 1448 du Code de procédure civile, qui vise deux hypothèses. D'une part, lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi, le juge doit d'office se déclarer incompétent. D'autre part, si le premier n'a pas encore été saisi, le second ne peut se prononcer compétent que si la clause d'arbitrage est

⁶⁵ C. CONSOLLA et M. STELLA, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁶ Élément inspiré de l'entretien avec S. Francq.

⁶⁷ G.-A. DAL, « L'arrêt 'West Tankers' et l'effet négatif du principe de compétence-compétence », obs. sous C.J.U.E., C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, 10 février 2009, *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 25; M. MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, 2e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 91.

⁶⁸ N. ERK, *Parallel proceedings in international arbitration : a comparative European perspective*, International Arbitration Law Library, vol. 30, Kluwer Law International, 2014, p. 37.

manifestement nulle ou *manifestement* inapplicable. L'on retrouve ici le caractère pro-arbitral du droit français.

En Angleterre par contre, l'effet négatif n'a pas été consacré. Les tribunaux ont un pouvoir d'examen de la validité de la clause plus étendu et non limité à un contrôle *prima facie*⁶⁹. Il en va de même en Allemagne⁷⁰. En réalité, seul le droit français semble avoir adopté l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans l'Union européenne⁷¹.

Il est clair que l'avantage de l'aspect négatif de ce principe, à travers un contrôle *prima facie* (voire pas de contrôle en fonction de l'hypothèse), est qu'il a pour effet de rendre la tâche moins aisée à la partie qui souhaite torpiller l'arbitrage de mauvaise foi. Cela assure également davantage de sécurité juridique en comparaison d'un examen plus approfondi. En effet, une règle européenne implémentant l'effet négatif du principe compétence-compétence serait plus susceptible de mener à une même solution, que l'on soit devant le juge anglais ou espagnol.

Serait-ce cependant réaliste ? D'abord, l'on voit bien, sur base des développements qui précèdent, que l'effet négatif est loin d'être unanimement admis parmi les Etats membres. La vision du contrôle qu'il convient d'accorder au juge national est très différente d'un pays à un autre. Alors que le principe même du mécanisme de litispendance a dû être abandonné par la Commission suite à la levée de boucliers des Etats membres et des professionnels du secteur, il serait difficile de négocier une règle uniforme sur l'effet négatif du principe de compétence-compétence, censée clarifier et uniformiser l'application de ce mécanisme. Ensuite, quand bien même une telle règle serait-elle négociée au niveau européen, elle serait nécessairement flanquée d'exceptions, au rang desquelles l'ordre public, ce qui laisserait le champ libre aux particularités nationales, notamment quant aux matières qui sont arbitrables ou non⁷². Par exemple, tous les membres de l'Union n'ont pas la même opinion en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges en droit du travail. Chaque pays n'a pas la même vision de ce qu'il est équilibré ou juste de soumettre à l'arbitrage ou non.

Ces éléments mènent à penser que l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est à l'heure actuelle pas réaliste, même s'il est séduisant en ce qu'il permet d'éviter l'écueil principal du mécanisme de litispendance (tant la procédure arbitrale que la procédure devant le juge étranger doivent être initiées) et qu'il offre une certaine efficacité et sécurité juridique.

⁶⁹ N. ERK, *ibidem*, p. 46.

⁷⁰ ZPO, art. 1032 et 1040 ; N. ERK, *ibidem*, p. 49.

⁷¹ ZPO, art. 1032 et 1040 ; N. ERK, *ibidem*, p. 49.

⁷² Élément inspiré de l'entretien avec S. Francq.

Par conséquent, plus efficace qu'une règle de litispendance serait difficile à envisager. Il serait intéressant de l'accompagner, le cas échéant, d'un **motif de refus de reconnaissance du jugement étranger**. Ceci permettrait de répondre à deux situations problématiques.

D'une part, il est possible qu'une procédure judiciaire soit initiée en violation d'une clause d'arbitrage, sans que le processus arbitral soit parallèlement lancé. Dans ce cas, comme déjà relevé, les conditions pour activer le mécanisme de litispendance ne sont pas réunies puisque celui-ci suppose par hypothèse des procédures parallèles. L'on peut dès lors soutenir l'insertion dans le Règlement Bruxelles I d'un motif de refus de reconnaissance d'un jugement rendu en violation d'une clause d'arbitrage. Cela serait apprécié au regard du droit soit du pays dans lequel la reconnaissance est requise, soit du pays du siège de l'arbitrage⁷³. Ceci est conforme à la proposition de l'IBA déjà mentionnée dans notre étude du processus de révision du Règlement⁷⁴.

D'autre part, la proposition de la Commission ne contenait pas de sanction en cas de non respect de la règle de litispendance. Ce nouveau motif de refus constituerait une telle sanction⁷⁵.

VII) Quelles alternatives aux anti-suit injunctions ?

Les procédures judiciaires parallèles à une procédure arbitrale sont généralement plus longues que celle-ci. Les premières peuvent être initiées de manière à bénéficier d'un levier qui permettra d'inciter l'adversaire à conclure une transaction à l'amiable⁷⁶ qu'il n'aurait pas conclue en l'absence d'une telle manœuvre, le souci de régler les litiges rapidement et à moindres coûts constituant en effet un souci majeur dans la vie des affaires. Comme déjà indiqué, de telles procédures parallèles peuvent donner lieu à des décisions contradictoires sur le fond. Bien que le considérant analysé précédemment remette en cause l'interdiction des anti-suit injunctions, il est probable que la Cour de Justice persiste dans sa volonté d'interdire de telles mesures lors d'arrêts ultérieurs⁷⁷. Face aux éventuelles manœuvres dilatoires de

⁷³ P. KINDLER, « Torpedo actions and the interface between Brussels I and international commercial arbitration », in F. POCAR *et. al.*, *Recasting Brussels I*, Milan, CEDAM, 2012, p. 67.

⁷⁴ IBA Arbitration Committee, *Submission to the European Commission*, 15 juin 2009, §§ 38 et 40, disponible à http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#brussels, (visité le 6 juillet 2014).

⁷⁵ P. KINDLER, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁶ J.-P. FIERENS et B. VOLDERS, « Monetary relief in lieu of anti-suit injunctions for breach of arbitration agreements », *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. IX, 2012, pp. 92 et 93.

⁷⁷ M. MOSES, « Will anti-suit injunctions rise again in Europe? », blog, *op. cit.*.

l'adversaire, et sachant que les anti-suit injunctions ne sont plus disponibles en Angleterre, et qu'elles ne l'ont jamais été dans les pays de *civil law*, quels autres moyens efficaces une partie peut-elle mettre en œuvre pour recourir à l'arbitrage comme prévu?

A) Les dommages et intérêts accordés par le tribunal arbitral pour violation de la clause d'arbitrage

Un tel remède semble être un substitut efficace aux anti-suit injunctions⁷⁸, même s'il intervient *a posteriori*. J.-P. Fierens et B. Volders considèrent que cette voie ne doit pas être considérée comme une alternative faute de mieux, mais qu'elle présente au contraire des avantages par rapport aux anti-suit injunctions⁷⁹.

Premièrement, il s'agit d'une sentence arbitrale comme les autres, qui bénéficierait à ce titre du système de reconnaissance et d'exécution de la Convention de New York. Pour les auteurs, l'existence d'un jugement contradictoire sur le fond, même issu du pays du juge requis, ne correspond à aucun des motifs de refus de reconnaissance contenus dans l'article V de la Convention⁸⁰. Certains considèrent cependant que l'exception d'ordre public de l'article V(2)(b) pourrait être appliquée par le juge de l'Etat dont est issu le jugement contradictoire⁸¹. Cette disposition viserait le conflit suivant : d'une part, la requête de reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale condamnant à des dommages et intérêts une partie pour avoir violé la convention d'arbitrage en initiant une procédure judiciaire ; d'autre part, le jugement au fond dans le même litige.

La question de savoir si un tel conflit, spécialement au sein du même ordre juridique, peut justifier l'activation de l'article V(2)(b) est une question ouverte qu'il appartiendra au juge de trancher⁸².

Deuxièmement, ces sentences ne sont pas visées par l'interdiction de *West Tankers*⁸³. La suite du processus arbitral à Londres dans l'affaire *West Tankers*, ayant eu lieu en parallèle avec la

⁷⁸ J.-P. FIERENS et B. VOLDERS, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁹ J.-P. FIERENS et B. VOLDERS, *ibidem*, p. 95.

⁸⁰ J.-P. FIERENS et B. VOLDERS, *ibidem*, p. 98.

⁸¹ E. KANTOR, « The 'West Tankers' saga continues : can damages compensate for breach of an arbitration clause? », 1er mai 2012, blog disponible à <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/05/01/the-%E2%80%98west-tankers%E2%80%99-saga-continues-can-damages-compensate-for-breach-of-an-arbitration-clause/> (visité le 16 juillet 2014).

⁸² E. KANTOR, blog, *ibidem*.

⁸³ J.-P. FIERENS et B. VOLDERS, *op. cit.*, pp. 98 à 101.

procédure devant le juge italien, la House of Lords ainsi que devant la Cour de Luxembourg, en est un exemple parfait.

Les arbitres ont rendu une première sentence partielle, considérant que la clause d'arbitrage liant West Tankers et Erg devait également lier l'assureur par le mécanisme de la subrogation. Ayant constaté que l'avocat général avait rendu ses conclusions devant la Cour de Justice, le tribunal arbitral a décidé de ne pas se prononcer temporairement sur la demande de **dommages et intérêts de West Tankers pour violation par l'assureur de la clause d'arbitrage**. Sur le fond, le tribunal considéra que West Tankers n'était pas responsable, ni à l'égard de Erg, ni à l'égard de l'assureur de ce dernier⁸⁴.

Le premier obtint encore d'un tribunal de commerce anglais la nomination d'un nouveau panel arbitral, appelé à statuer sur les dommages et intérêts susmentionnés. Ce dernier devait déterminer si, d'une part, l'assureur était redevable de dommages et intérêts à l'égard de West Tankers pour les frais encourus dans le cadre de la procédure italienne et, d'autre part, s'il devait indemniser West Tankers des sommes auxquelles il serait condamné par le juge italien. Constatant que la Cour de Justice avait établi que l'assureur ne pouvait se voir priver du droit d'introduire une action sur base de l'article 5, point 3 du Règlement, le tribunal arbitral a considéré qu'il n'était pas autorisé, au regard du droit européen, à accorder les dommages et intérêts demandés par *West Tankers*⁸⁵ puisque cela serait revenu à sanctionner l'assureur pour avoir exercé son droit à introduire une action en justice en Italie.

West Tankers fit appel de cette sentence devant le juge étatique, conformément à l'article 69 de l'Arbitration Act 1996 qui prévoit ce recours pour erreur de droit. La High Court, dans un arrêt du 4 avril 2012⁸⁶, considéra tout d'abord que « (...) *what the [arbitral] tribunal considered was the "philosophy" of the ECJ [in West Tankers] was that the right to bring proceedings in the court first seised under the Regulation (here the Italian court) should take precedence, not only over any proceedings in another national court, including arbitration proceedings which fall outside the Regulation (which was the direct question the ECJ was deciding), but also over any proceedings before an arbitral tribunal (...)* »⁸⁷. However, ***the Respondents can point to no wider principle of European law which requires a private arbitral tribunal in one member state to repose mutual trust in any system of law other than***

⁸⁴ V. VAN HOUTTE et S. BOURGEOIS, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁵ V. VAN HOUTTE et S. BOURGEOIS, *ibidem*, p. 326.

⁸⁶ England and Wales High Court, 4 April 2012, disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/854.html>.

⁸⁷ England and Wales High Court, 4 April 2012, disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/854.html>, §52.

that of the national court which supervises and protects the arbitral process in the jurisdiction where the arbitration takes place. Certainly there is nothing in the reasoning of the ECJ which would require an arbitral tribunal to recognise some principle of mutual trust beyond that extending to its own supervising court, in the case of this arbitral tribunal, the English Commercial Court (...). ”⁸⁸

“In my judgment, arbitration falls outside the Regulation and an arbitral tribunal is not bound to give effect to the principle of effective judicial protection. It follows that the tribunal was wrong to conclude that it did not have jurisdiction to make an award of damages for breach of the obligation to arbitrate or for an indemnity.”⁸⁹

Par conséquent, la jurisprudence anglaise considère pour le moment qu’un tribunal arbitral n’est pas lié par les principes qui seraient sous-jacents au Règlement selon la jurisprudence de la Cour de Justice. Notons que le juge anglais fait bien la distinction entre tribunal arbitral et juge étatique, ce dernier étant bien entendu lié par le Règlement et la jurisprudence de la Cour de Luxembourg correspondante, rendant dès lors impossible pour lui une décision accordant des dommages et intérêts pour violation d’une clause d’arbitrage. Cette indemnisation doit être réclamée au juge étranger (européen) qui a été saisi⁹⁰. En effet, la Cour de Justice a établi dans plusieurs de ses décisions, y compris dans *West Tankers*, qu’aucun juge n’est mieux placé qu’un autre pour déterminer la compétence de ce dernier⁹¹.

Reste à voir si ce type d’indemnisation est disponible dans le droit national que le tribunal arbitral est appelé à appliquer⁹². D’autres questions se poseront au tribunal : l’intentement d’une procédure judiciaire suffit-il en lui-même pour réclamer des dommages et intérêts, ou est-il nécessaire de prouver la mauvaise foi ? ⁹³

Ensuite, une fois le juge saisi par la partie qui cherche à perturber la résolution du litige, faut-il que la partie victime de la violation de la clause adopte un comportement proactif en invoquant une exception d’incompétence⁹⁴ ? L’on pourrait argumenter devant le tribunal arbitral qu’elle n’a rien fait pour limiter son dommage. D’un autre côté, peut-on reprocher à

⁸⁸ England and Wales High Court, 4 April 2012, disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/854.html>, § 59.

⁸⁹ England and Wales High Court, 4 April 2012, disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/854.html>, § 68.

⁹⁰ V. VAN HOUTTE et S. BOURGEOIS, *op. cit.*, p. 328.

⁹¹ Originellement, voy. C.J.C.E., C-351/89, *Overseas Union Insurance e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, 27 juin 1991, Rec. p. I-3317, §24.

⁹² V. VAN HOUTTE et S. BOURGEOIS, *op. cit.*, p. 328.

⁹³ K. BROWN et P. FRIEDLAND, “A claim for monetary relief for breach of agreement to arbitrate as a supplement or substitute to an anti-suit injunction”, in A.J. VAN DEN BERG, *International Arbitration 2006 : back to basics?*, ICCA Congress Series, 2007, p. 274.

⁹⁴ K. BROWN et P. FRIEDLAND, *ibidem*, p. 275.

une partie de ne pas avoir invoqué une telle exception alors même que l'arbitrage a précisément pour essence d'éloigner les parties des juridictions étatiques⁹⁵ ?

B) Faire supporter les coûts de la procédure arbitrale par la partie qui a violé la clause d'arbitrage

A moins que les parties aient réglé cette question dans la clause d'arbitrage, les arbitres bénéficient d'une certaine discrétion en ce qui concerne la répartition des coûts de la procédure arbitrale (frais dus à l'institution arbitrale, honoraires des arbitres...) entre les parties à l'issue de celle-ci⁹⁶. Ils peuvent alors prendre en compte le comportement procédural des parties. C'est dans ce contexte que l'on peut imaginer de faire supporter les coûts par la partie qui a violé la clause d'arbitrage en initiant une procédure judiciaire de manière dilatoire⁹⁷.

Conclusion

Cette étude a été l'occasion d'examiner la problématique de l'interface entre arbitrage et juridictions étatiques au regard de la réglementation européenne relative à la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. Nous avons vu que l'exclusion de l'arbitrage du Règlement Bruxelles I (ancienne et nouvelle mouture) n'est pas à prendre à la lettre. La Cour de Justice a en effet été amenée à inclure certaines décisions judiciaires relatives à l'arbitrage, spécialement concernant à la validité des clauses compromissoires, dans le système Bruxelles I. Ainsi, un jugement au fond ayant préalablement conclu à l'invalidité d'une clause d'arbitrage bénéficiait, suite à la jurisprudence *West Tankers*, du système européen de reconnaissance et d'exécution des décisions, avec les conséquences que l'on sait en termes de conflit avec la future sentence arbitrale. Le considérant n°12 du Règlement 1215/2012 semble avoir apporté un certain nombre de clarifications, voire de nouveautés, à l'égard de cette problématique, sans avoir cependant mis fin au risque de procédures parallèles, risque pour le moins indésirable dans un secteur où l'efficacité est érigée en principe essentiel. Il est regrettable que les institutions européennes n'aient pas saisi l'opportunité de régler cette question de manière claire et définitive. Un système cohérent et efficace au niveau européen

⁹⁵ K. BROWN et P. FRIEDLAND, *ibidem*, p. 275.

⁹⁶ M. MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, op. cit., pp. 197 et 198.

⁹⁷ J. ROSELL, « Arbitration costs as relief and/or damages », *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, Issue 2, pp. 116 et 117.

aurait en effet pu contribuer à renforcer l'attrait pour les places d'arbitrage (Paris, Londres...) situées dans l'Union.

Nous avons proposé d'instaurer un mécanisme de litispendance dans le Règlement, à l'instar de ce que la Commission avait – sans succès – initialement suggéré, tout en apportant certains éléments nouveaux par rapport au projet de cette dernière. Il nous semble que la litispendance constitue la solution la plus réaliste pour éviter les procédures parallèles, qui découragera par ailleurs la partie de mauvaise foi tentée d'introduire une action judiciaire au mépris d'une clause d'arbitrage. Le souci de disposer des anti-suit injunctions lorsque le siège est situé en Angleterre, et les éventuelles frustrations découlant de leur interdiction par la Cour de Justice, en seraient diminués. L'insertion d'un nouveau motif de refus de reconnaissance des décisions a également été proposée.

Ce système de litispendance entre procédure judiciaire et arbitrale n'existant pas en l'état du droit positif, et face au constat de l'interdiction des anti-suit injunctions, nous avons encore évoqué l'une ou l'autre alternative à ces dernières. L'octroi par le tribunal arbitral de dommages et intérêts à la partie victime du comportement déloyal de son adversaire ou l'allocation des coûts de la procédure arbitrale à ce dernier semblent constituer une sanction tout aussi dissuasive, même si leur non-respect ne fait pas encourir de sanction pénale.

Pour conclure, il est permis d'espérer voir la Commission faire état d'un projet plus ambitieux en ce qui concerne les relations entre Bruxelles I et l'arbitrage lorsqu'il s'agira de revoir la dernière version du Règlement à l'horizon 2022. Il nous paraît en effet, de manière plus générale, que le projet européen et l'espace géographique de l'Union représentent l'opportunité d'instaurer un ensemble cohérent de règles communes relatives à l'interaction entre arbitrage et justice étatique, objectif qu'il serait utopiste d'espérer atteindre au niveau mondial avec une éventuelle révision de la Convention de New York. Il sera également important de respecter les différentes sensibilités parmi les cultures juridiques européennes, sous peine d'assister à nouveau aux oppositions auxquelles la Commission a dû faire face lors du processus de révision du Règlement 44/2001.

Bibliographie

A) Législation

Traités internationaux

- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958.
- Convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Bruxelles le 27 septembre 1968.
 - JENARD (P.), « Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 », *J.O.C.E.*, 1979, C 59/1.

Législation de l'Union européenne

- Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L 12/1 du 16 janvier 2001.
- Règlement (UE) N° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 351/1 du 20 décembre 2012.

Travaux préparatoires

- B. HESS, T. PFEIFFER ET P. SCHLOSSER, « Report on the application of the regulation Brussels I in the Member States » (« Rapport Heidelberg »), Study JLS/C4/2005/03, septembre 2007, disponible à http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf (visité le 24 juillet 2014).
- *Livre Vert* du 21 avril 2009 sur la révision du règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2009) 0175 Final, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009DC0175&from=FR>
 - IBA Arbitration Committee, *Submission to the European Commission*, 15 juin 2009, disponible à http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#brussels (visité le 3 août 2014).
 - ASSOCIATION FOR INTERNATIONAL ARBITRATION, “Submission of the Association for International Arbitration in relation to the Green Paper released in connection with the review of Regulation 44/2001”, 25 juin 2009, disponible à http://arbitration-adr.org/activities/profwork/pdf_files/response_on_green_paper_Brussels_I_regulation.pdf (visité le 24 juillet 2014).

- Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur la mise en œuvre et la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (2009/2140(INI)), disponible à <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0304+0+DOC+XML+V0//FR>
- Proposition de Règlement du Parlement européen et de Conseil du 14 décembre 2010 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2010) 748 final, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:FR:PDF>

Législations nationales

Allemagne

- Zivilprozessordnung (ZPO), art. 1032 et 1040.

France

- Code de procédure civile (CPC), art. 1448.

B) Jurisprudence

Jurisprudence européenne

- C.J.C.E., C-351/89, *Overseas Union Insurance e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, 27 juin 1991, Rec. p. I-3317.
- C.J.C.E., C-190/89, *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, 25 juillet 1991, <http://curia.europa.eu>.
- C.J.C.E., C-391/95, *Van Uden Maritime BV c. Deco-Line*, 17 novembre 1998, <http://curia.europa.eu>.
- C.J.C.E., C-159/02, *Turner c. Grovit*, 27 avril 2004, <http://curia.europa.eu>.
- C.J.C.E., C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, 10 février 2009, <http://curia.europa.eu>.
 - Conclusions de l'Avocat Général Mme J. KOKOTT dans l'affaire *Allianz SpA c. West Tankers Inc.* (C-185/07), présentées le 4 septembre 2008, disponibles à <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dedf2d71a9efaa433a8a60b248ca421564.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNyTe0?text=&docid=66648&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35702>

Jurisprudence anglaise

- England and Wales High Court, 4 April 2012, disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/854.html>.

C) Doctrine

- BOURGEOIS (S.) et VAN HOUTTE (V.), « Anti-suit injunctions and the West Tankers decision: closing remarks », in P. WAUTELET *et. al.*, *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 321 à 333.
- BROWN (K.) et FRIEDLAND (P.), « A claim for monetary relief for breach of agreement to arbitrate as a supplement or substitute to an anti-suit injunction », in A.J. VAN DEN BERG, *International Arbitration 2006 : back to basics?*, ICCA Congress Series, 2007, pp. 267 à 281.
- CONSOLLA (C.) et STELLA (M.), « Brussels I Regulation amendment proposals and arbitration », in F. POCAR *et. al.*, *Recasting Brussels I*, Milan, CEDAM, 2012, pp. 37 à 56.
- DAL (G.-A.), « L'arrêt 'West Tankers' et l'effet négatif du principe de compétence-compétence », obs. sous C.J.U.E., C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, 10 février 2009, *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 25.
- FIERENS (J.-P.) et VOLDERS (B.), « Monetary relief in lieu of anti-suit injunctions for breach of arbitration agreements », *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. IX, 2012, pp. 92 à 103.
- FRANCO (S.), « La refonte du Règlement Bruxelles I – Champ d'application et compétence », *R.D.C.*, Vol. 5, 2013, pp. 307 à 333.
- KANTOR (E.), « The 'West Tankers' saga continues : can damages compensate for breach of an arbitration clause? », 1er mai 2012, blog disponible à <http://kluerarbitrationblog.com/blog/2012/05/01/the-%E2%80%99west-tankers%E2%80%99-saga-continues-can-damages-compensate-for-breach-of-an-arbitration-clause/> (visité le 16 juillet 2014).
- KINDLER (P.), « Torpedo actions and the interface between Brussels I and international commercial arbitration », in F. POCAR *et. al.*, *Recasting Brussels I*, Milan, CEDAM, 2012, p. 67.
- LAZIC (V.), « The Commission's Proposal to amend the arbitration exception in the EC jurisdiction Regulation: How 'much ado about nothing' can end up in a 'comedy of errors' and in anti-suit injunctions Brussels-style », *Journal of International Arbitration*, 2012, vol. 29, n° 1, pp. 19 à 47.
- LEFÈVRE (F.) et VAN DER HAEGEN (O.), « Arbitration and Brussels I Regulation: before and after *West Tankers* », in P. WAUTELET *et. al.*, *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 286 à 302.

- LEMAIRE (S.), “Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.*, 2008, n° 31, pp. 2157 à 2161.
- MOSES (M.), *The principles and practice of international commercial arbitration*, 2e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- MOSES (M.), « Will anti-suit injunctions rise again in Europe? », 20 novembre 2013, blog disponible à <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/11/20/will-anti-suit-injunctions-rise-again-in-europe/> (visité le 8 juillet 2014).
- NIELSEN (P.A.), « The Recast Brussels I Regulation », *Nordic Journal of International Law*, vol. 83, 2014, pp. 61 à 71.
- PRICE (C.), “Arrêt “*West Tankers Case*”: l’intentement ou la poursuite d’une procédure dans un Etat membre différent de celui désigné dans la convention d’arbitrage », *J.D.E.*, 2009, pp. 100 à 102.
- ROSELL (J.), « Arbitration costs as relief and/or damages », *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, Issue 2, pp. 115 à 126.
- WILHELMSSEN (L. H.), « The recast Brussels I Regulation and arbitration: revisited or revised ? », *Arbitration International*, LCIA, 2014, vol. 30, Issue I, pp. 169 à 185.

Table de matières

Introduction.....	1
I) L'exclusion de principe de l'arbitrage du champ d'application du Règlement 44/2001 (« Bruxelles I »).....	2
II) Une exclusion mise à mal par la Cour de Justice de l'Union européenne	4
A) L'arrêt <i>Marc Rich</i> (1991).....	4
B) L'arrêt <i>Van Uden</i> (1998)	5
C) L'arrêt <i>Turner c. Grovit</i> (2004).....	6
D) L'arrêt <i>West Tankers</i> (2009)	7
a. Les faits.....	7
b. Réponse de la Cour	8
c. Les enseignements de la jurisprudence <i>West Tankers</i>	10
III) Critique de l'arrêt <i>West Tankers</i>	10
IV) Le processus de révision du Règlement Bruxelles I	14
V) La refonte du Règlement Bruxelles I	17
A) Aperçu des changements	17
B) Conséquences potentielles sur la jurisprudence <i>West Tankers</i>	18
VI) Quelles améliorations pour l'avenir ?	22
VII) Quelles alternatives aux anti-suit injunctions ?	26
A) Les dommages et intérêts accordés par le tribunal arbitral pour violation de la clause d'arbitrage	27
B) Faire supporter les coûts de la procédure arbitrale par la partie qui a violé la clause d'arbitrage	30
Conclusion	30
Bibliographie.....	32