

Publicado en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 575-586.

## **ANTI-SUIT INJUNCTIONS ET ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL: MESURES ADRESSÉES AUX PARTIES ET AU TRIBUNAL ARBITRAL**

José Carlos Fernández Rozas  
Catedrático de Derecho internacional privado  
de la Universidad Complutense de Madrid

1. Habituellement le juge n'est appelé à intervenir dans l'arbitrage que lorsque, au cours de la procédure d'arbitrage, se produit une situation pathologique ; en d'autres termes, le juge n'intervient que dans le cadre de ce que l'on nomme le « contentieux arbitral »<sup>1</sup> : c'est l'intervention de contrôle<sup>2</sup>. Mais il existe une dimension complémentaire et non moins importante, qui découle de l'absence d'*imperium* qui affecte l'arbitre : il s'agit des relations d'assistance judiciaire, qui conduisent précisément au développement notable du particularisme de cette forme spécifique de règlement des litiges. Les législations contemporaines confèrent au juge une série de pouvoirs qui découlent, précisément, d'une utilisation appropriée de la clause compromissoire et qui se concrétisent par une intervention dite *in favor arbitrii*, nettement distincte de l'intervention traditionnelle qui impliquait une véritable interférence avec l'arbitrage.

Ce système a aussi une double dimension. La première est de contenu négatif : la défense de l'intervention judiciaire dans ces affaires qui, conforme à la loi, doivent se soumettre à l'arbitrage, sauf les exceptions contemplées par la propre loi. La seconde est de contenu positif : le devoir de collaboration des tribunaux étatiques dans les procès arbitraux en matières telles que la désignation et récusation d'arbitres, l'exécution de mesures conservatoires et la production de preuves, entre autres. D'autre côté, dans certains systèmes le juge étatique est faculté pour intervenir quand il se produit une « conduite scandaleuse » (*misconduct*) de la part de l'arbitre ou du tribunal d'arbitrage. Cette intervention a pour but d'adopter les mesures pertinentes pour veiller à l'intégrité de la procédure d'arbitrage. L'admission de cette figure divise sérieusement les systèmes actuels, ceux favorables au développement de l'arbitrage étant fortement réticents à l'admettre<sup>3</sup> ; entre autres raisons parce que l'intervention concèderait à la partie hostile à l'arbitrage une grande marge de manœuvre pour retarder à sa guise la procédure d'arbitrage. C'est pourquoi ce contrôle est souvent différé à la phase

---

<sup>1</sup> Ph. Fouchard, "Le juge et l'arbitrage : Rapport général", *Rev. arb.*, 1980, pp. 416.

<sup>2</sup> Ph. Fouchard, "L'arbitrage judiciaire", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 169.

<sup>3</sup> Voir dans la jurisprudence française Cour d'appel de Paris, 18 novembre 1987 et 4 mai 1988, *Rev. arb.*, 1988, pp. 657 ss et note Ph. Fouchard.

d'annulation de la sentence arbitrale, se contentant certaines législations de régler l'intervention judiciaire pour la récusation des arbitres.

Les relations de collaboration des tribunaux avec les arbitres sont clairement évidentes tant dans la Loi type Uncitral que dans la plupart des nouvelles lois étatiques sur l'arbitrage. Ces dispositions favorisent l'assistance judiciaire dans les procès arbitraux en matières relatives à la désignation et récusation d'arbitres, l'adoption et, particulièrement, l'exécution de mesures conservatoires, et la production de preuves, entre autres.

2. La plupart des systèmes juridiques ont coutume de donner au juge la possibilité d'intervenir à toutes les étapes de la constitution et du fonctionnement du tribunal arbitral<sup>4</sup>. Mais en droit comparé, on note aujourd'hui une nette division entre deux modèles de relations « juge-arbitre ». Les systèmes anglo-saxons se distinguent fortement des systèmes continentaux pour ce qui a trait à l'intervention du juge<sup>5</sup>. Ces derniers se caractérisent par la volonté de reconnaître aux arbitres un domaine d'intervention plus étendu et de les habiliter largement à se prononcer tant en fait qu'en droit ; il est dès lors impossible de faire appel au juge au cours de la procédure d'arbitrage pour lui soumettre des questions de droit. Au contraire, les systèmes anglo-saxons sont dominés par l'institution du *case stated* en vertu de laquelle la décision du juge s'impose à l'arbitre et qui s'explique par un souci de préserver la sécurité juridique en garantissant l'unité de jurisprudence entre les décisions des arbitres et celles des juges. On a vu dans cette pratique, non sans raison, l'un des obstacles majeurs à une réelle harmonisation de l'arbitrage à une échelle mondiale<sup>6</sup> et, bien que son domaine d'application tende dernièrement à décroître dans les systèmes dont elle est issue, elle réapparaît dans des systèmes appartenant à des familles différentes sous la forme de *rara avis*.

Dans de nombreux pays respectueux de l'arbitrage, l'organe public confère une réelle efficacité aux décisions de l'arbitre en accordant à celui-ci des pouvoirs illimités en matière de règlement des litiges, c'est-à-dire en l'autorisant à se prononcer sur tous les éléments qui concourent à la solution du litige et sur toutes les questions qui lui seraient soumises par les parties. Mais il n'a aucun pouvoir en matière d'exécution. Ainsi, pour recourir à des mesures de contrainte, il doit faire appel au juge ordinaire. De sorte que si les juges ordinaires sont obligés d'apporter l'aide de leur juridiction aux arbitres, les arbitres et les parties au litige doivent en user avec modération et de bonne foi. Ces interconnexions entre les activités judiciaires et arbitrales sont aujourd'hui une réalité et sont absolument indispensables à un bon déroulement de l'arbitrage. On a même soutenu le paradoxe selon lequel l'arbitrage, qui par essence repose sur un affranchissement à l'égard de la justice étatique, a néanmoins besoin de celle-ci pour s'épanouir. Et à cet égard, rien ne vaut une spécialisation de la justice étatique dans ses rapports avec l'arbitrage. C'est pourquoi, dans les Etats où l'arbitrage se déroule

---

<sup>4</sup> Articles 1684.1°, 1685 et 1687.1° du Code judiciaire belge ; articles 1026 à 1035 du Code de Procédure Civile néerlandais ; articles 1029.2°, 1031 et 1045 du Code de Procédure allemand ; articles 179.2°, 180.3° et 185 de la Loi suisse de droit international privé ; articles 809.3° et 815.2° du Code de Procédure italien ; articles 7 et 8 Loi espagnole 60/2003 d'arbitrage, etc... Dans les pays de *common law* le juge joue également un rôle considérable en la matière.

<sup>5</sup> La généralité des termes utilisés par la Section 72 de l'*Arbitration Act* de 1996 illustre un choix délibéré en faveur d'une compétence de contrôle étendue de la juridiction anglaise sur l'arbitrage.

<sup>6</sup> P. Sanders, "L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)", *Rev. arb.*, 1980, p. 238.

normalement, il existe en marge des fonctions ordinaires d'assistance des juges aux arbitres une tendance à l'aménagement dans les tribunaux de chambres spécialement prévues pour connaître des recours en annulation contre les sentences. Est ainsi assurée une uniformisation de la jurisprudence, indispensable à la sécurité qu'exige le commerce international.

3. Dans ce contexte de relations « juge-arbitre » est de plus en plus fréquent en pratique des *anti-suit injunctions*. Avec caractère général nous sommes devant d'une mesure restrictive *in personam* dirigé à une des parties dans un procédé civil pour qu'il renonce à commencer ou continuer un procès civil devant un tribunal étranger. En effet, pleinement adressée aux parties, ce type de mesure consiste en un commandement donné à un plaideur par les juridictions d'un autre Etat ou un tribunal arbitral de se désister de l'action en cause<sup>7</sup>. Malgré les origines médiévales des ordonnances (*injunctions*) de poursuite d'une procédure les systèmes judiciaires nationaux ont développé des solutions différentes pour délivrer des injonctions interdisant aux parties de commencer ou continuer des procédures dans un autre Etat. Ce n'est que pendant les vingt dernières années que les juristes étrangers au *common law* ont remarqué son existence et son activité. Dans l'affaire *Rio Tinto* on négocié la propriété d'une exploitation minière en l'Espagne; les parties décidèrent d'extraire minéral des mines dans un contrat soumise au droit anglais et qu'il incluait une clause arbitrale à la faveur d'arbitres nommés d'accord au droit anglais. En le moment dans laquelle il surgit la dispute, la compagnie espagnole « Rio Tinto » ignorant la clause compromissoire il présente la demande devant les tribunaux espagnols contre la compagnie belge. Néanmoins cette dernière obtint une *anti-suit injunction* de la Court of Appeal destiné de paralyser le procédé dans l'Espagne et fondée en la circonstance dont la clause compromissoire avait comme objecte éviter un éventuel procédé judiciaire et que dit objet contractuel pouvait être objet d'exécution forcé<sup>8</sup>.

Cette figure juridique est présente surtout dans le territoire anglais<sup>9</sup> et, étant donné le développement des connexions entre les parties et les procédures dans le commerce international, elle est devenue quotidienne en Europe<sup>10</sup>, en dépit d'inspirer une grande alarme<sup>11</sup>. Son incidence dans le déroulement des procédures et, notamment, son

---

<sup>7</sup> Cf. E. Gaillard, "Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine", *Journ. dr. int.*, t. 130, 2003, p. 1106.

<sup>8</sup> *Pena Copper Mines Ltd. V. Rio Tinto Co Ltd.* (1911) 105 LT 846 (CA).

<sup>9</sup> L.C. Ho, "Anti-suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: A Restatement", *ICLQ*, vol. 52, 2003, pp. 697-736, spec. 701-704.

<sup>10</sup> *Heyman v. Heyman*. *Dicey & Morris, On the Conflict of Law*, vol. I, Londres, 1993, pp. 409-410.

<sup>11</sup> Selon R. Carrier, "L'*antisuit injunction* est une bombe nucléaire. Cette mesure permet à tous les juges de *common law* d'interdire à un plaideur de saisir ou de poursuivre une action à l'étranger. Une telle ordonnance sera généralement émise si la Cour estime que la procédure étrangère est contrariante ou oppressive. Les pays de droit civil ne connaissent pas cette procédure ; leurs juges ont beaucoup moins de pouvoir que leurs homologues des pays *common law*. Si les juges français s'interdisent toute injonction de ce style, ils ne sont néanmoins pas pour autant totalement désarmés face à des décisions étrangères rendues par des tribunaux qu'ils estiment manifestement incompétents. Ils ne réagiront que sur le terrain de la reconnaissance et de l'exécution en France de la décision étrangère : ils refuseront à cette décision tout effet en France s'ils estimaient que le juge étranger n'était pas doté de compétence indirecte. Les juges anglais agissent, eux, à la racine du mal, et empêchent la procédure de se dérouler à l'étranger. Toute désobéissance à leur ordre est sévèrement sanctionnée tant sur le plan civil que pénal" (Cf., *L'anti-suit injunction* (Mémoire de D.E.S.S en Droit: Option Droit Maritime et des Transports), Faculté de Droit et des Sciences Politiques d'Aix-Marseille III, 2001.

efficacité extraterritoriale<sup>12</sup>, ont attiré l'attention des secteurs de la juridiction (mesure par laquelle un juge étatique interdit à un plaideur d'initier ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère<sup>13</sup>) et de l'arbitrage internationaux sur ce particulière technique du procès. En effet, l'emploi des *anti-suit injunctions* dans le domaine de l'arbitrage commercial international au cours des dernières années a connu un développement inquietant ; les juridictions de nombreux systèmes juridiques du *common law*, mais aussi de tradition civiliste, y ont fréquemment recours, à la demande d'une partie à une convention d'arbitrage, pour faire obstacle au déroulement de l'arbitrage ou à l'exécution de la sentence arbitrale<sup>14</sup>.

4. Le rôle protagoniste de l'intervention judiciaire dans l'arbitrage a eu le mérite d'éclipser les possibilités des arbitres pour accorder aussi *anti-suit injunctions*. Mais il est faisable la présence d'une *anti-suit injunction* arbitrale. Certainement l'arbitre a une liberté limitée : il peut donner des ordres aux parties mais pas à de tiers. Néanmoins cette affirmation mérite être nuancée. D'une côté, les droits modernes de l'arbitrage reconnaissent à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des mesures intérimaires ; l'art. 17 Loi-type transformé ce panorama, en autorisant le tribunal arbitral, sauf accord contraire des parties, à ordonner des mesures conservatoires à pétition de partie et à exiger, selon les cas, une garantie appropriée par rapport à de telles mesures<sup>15</sup>. D'une autre partie, certaine pratique arbitrale internationale tend à recommander à une des parties de renoncer à des procédures judiciaires destinées à obtenir des mesures provisoires<sup>16</sup>. Bien entendu que rien proscrit à l'arbitre faire défense à une partie de saisir un juge ou un tiers arbitre, mais la pratique impose à celui ci une attitude de prudence. Certainement l'arbitre peut intimer à une partie de ne pas initier une procédure, arbitrale ou étatique ; même prendre certaines conclusions dans une telle procédure, par exemple en suspension. Mais il le fera avec prudence : le remède peut en effet aggraver le mal car le

<sup>12</sup> Voir S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Paris I (thèse), 1999,

<sup>13</sup> T.C. Hartley, "Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation", *AJCL*, 1987, pp. 487 ss; G.A Bermann, "The Use of Anti-suit Injunction in International Litigation", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.28, 1990, pp.589-631.

<sup>14</sup> L. Collins, *Anti-Suit Injunction Process and Arbitration*, ASA Special Series n° 15 2001, 85-96.

<sup>15</sup> Celle-ci est la position de l'art. 23 de la Loi espagnole 60/2003 d'arbitrage qu'il règle les pouvoirs des arbitres pour adopter ce type de mesures. En Amérique Latine, les pays qui ont adopté récemment des lois sur arbitrage ont eu de différentes positions à ce sujet, bien qu'on puisse soutenir qu'une ample majorité a adopté fidèlement la Loi type. Ainsi, il y a des pays qui ont maintenu la tendance traditionnelle à reconnaître uniquement le pouvoir des tribunaux pour décréter des mesures conservatoires, en niant toute autorité des arbitres sur cette matière. Tel est le cas du Brésil et de Costa Rica. À mon avis, cette position augmente, malheureusement, le risque d'intervention judiciaire dans les procès arbitraux, ce qui se détourne du sens et de l'intention de la Loi type de réduire l'intervention judiciaire et d'accélérer le procès arbitral. Néanmoins, la plupart des législations a adopté les principes établis dans la Loi type et, en conséquence, a reconnu que les arbitres ont le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires et de requérir des garanties par rapport à ces mesures, comme on peut constater dans les lois de Bolivie, du Guatemala, du Mexique, du Panama, du Paraguay, du Pérou et du Venezuela, ainsi que dans les projets de loi d'Argentine et du Chili. Dans ces cas, la collaboration des tribunaux se limite uniquement à l'exécution de telles mesures. Finalement, quelques pays, avec la position la plus libérale, se sont éloignés de la Loi type, en autorisant le tribunal arbitral, non seulement à décréter de telles mesures conservatoires, mais aussi à ordonner directement son exécution au moyen du secours de la force publique, sans nécessité de faire appel aux tribunaux, ce qui arrive en Colombie et en Équateur -dans ce dernier cas uniquement si les parties l'ont ainsi accordé-.

<sup>16</sup> Art. 47 Convention New York 1965. Voir P. Friedland, "Provisional Measures and ICSID Arbitration", *Arbitration International*, 1986, pp. 335 ss.

pouvoir judiciaire, indirectement destinataire de la mesure, peut réagir de manière efficace<sup>17</sup>. Pour le cette raison il s'est déclaré catégoriquement que les *anti-suit injunctions* sans le relais (et l'exequatur ?) d'un tribunal étatique, elles sont seulement des invitations à ne pas compliquer ou aggraver le contentieux<sup>18</sup>.

5. Distincts points de vue peut être contemplés pour l'examen des aspects plus remarquables posés par ces mesures, ce qui garantit l'analyse de son impact international (selon qu'elles soient rendues par le juge de l'endroit de l'arbitrage ou par un autre), et selon qu'elles soutiennent l'arbitrage ou qu'elles empêchent le déroulement de celui-ci. Aussi, selon leur objet, ces mesures peuvent commencer ou poursuivre une instance arbitrale, commencer ou poursuivre une instance judiciaire (constitution du tribunal arbitral, mesures provisoires, annulation ou exécution de la sentence) ou interdire ou interdire d'interdire ; selon leur but ces mesures peuvent imposer l'arbitrage ou s'y opposer... Je vais circonscrire le traitement des injonctions dans l'arbitrage commercial international du point de vue de leurs destinataires, c'est-à-dire, les parties ou la cour arbitrale.

6. Dans toutes les hypothèses dans lesquelles le juge national doit examiner la validité et l'efficacité au fond de la convention d'arbitrage, que ce soit pour statuer sur sa propre compétence comme lorsque la question de la validité de la convention se pose de façon autonome. Le cas anglais, est le plus frappant. Ce système autorise en effet les parties à saisir le juge avant ou pendant la procédure arbitrale pour lui demander de statuer sur la validité et l'efficacité de la clause, sans qu'entre en jeu sa compétence au fond<sup>19</sup>. La jurisprudence anglaise interdit parfois de saisir des juridictions étrangères si la procédure ainsi engagée constitue un *equitable wrong* ou une violation d'un engagement contractuel, spécialement d'une prorogation de for ou d'une convention arbitrale. En effet, les juridictions anglaises peuvent être amenées à prononcer une injonction visant à suspendre des procédures entamées à l'étranger en contradiction avec la clause arbitrale contenue dans le contrat, lorsque celle-ci donne compétence à la cour arbitrale de Londres (*anti-suit injunction*) ; à moins que le demandeur à l'instance n'exerce son action devant une juridiction d'un état étranger sur un fondement extra-contractuelle<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Cf. L. Levi, "Les *anti-suit injunctions* prononcées par les arbitres en droit commun de l'arbitrage", dans le colloque *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Paris, novembre, 2003.

<sup>18</sup> Cf. P. Fouchard, "Les *anti-suit injunctions*. Quels remèdes?", *ibid*.

<sup>19</sup> Dans l'affaire *Fagor Arrasate Soc. Coop. v. Caparo Group Ltd. y Caparo Maruti Ltd.* (England and Wales) High Court of Justice (Commercial Court), Clarke J, August 7, 1998) la *High Court of Justice* se prononça sur une question de fond. Consultée sur le point de savoir si la convention d'arbitrage étendait ses effets à la société-mère du groupe, elle examina les liens unissant celle-ci à sa filiale et s'interrogea sur l'éventuelle soumission des deux sociétés au contrat. La réponse au fond affecta la portée de la convention d'arbitrage, qui fut déclarée applicable exclusivement à la filiale. L'arbitrage ne put se poursuivre qu'à l'égard de celle-ci, par le biais d'une mesure anti-procès.

<sup>20</sup> Cf. *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v. Pagnan SpA (The Angelic Grace)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87. Dans l'arrêt *Welex v. Rosa Maritime* [2002] 2 Lloyd's Rep. 701, une injonction visant à suspendre les procédures entamées à l'étranger fut accordée afin d'empêcher les juridictions polonaises de statuer sur l'affaire, alors que la clause d'arbitrage contenue dans le contrat, donnait compétence à la justice arbitrale anglaise.

Une autre possibilité consiste en effet à solliciter d'un tribunal étatique une mesure anti-procès ou *anti-suit injunction*<sup>21</sup>. Cette mesure permet à tous les juges de *common law* d'interdire à un plaideur de saisir ou de poursuivre une action à l'étranger. Une telle ordonnance sera généralement émise si la Cour estime que la procédure étrangère est contrariante ou oppressive. Nous sommes devant une institution, inconnue des pays de droit civil mais courante dans les systèmes de *common law*, consiste en une injonction de ne pas faire adressée à la partie qui est demanderesse devant une juridiction ordinaire ou devant une procédure arbitrale: son destinataire doit s'abstenir d'engager ou de poursuivre l'instance devant le juge ou l'arbitre.

D'un point de vue dogmatique, l'*anti-suit injunction* trouve sa justification dans la théorie générale du contrat. Comme la convention d'arbitrage est un contrat liant deux personnes privées, son inexécution par l'une d'elles constitue un *breach of contract*<sup>22</sup>. Avec des importantes conséquences. En pratique, la portée de cette mesure, et avec elle l'efficacité de la fonction d'assistance du juge à ce stade, est liée à la portée de la sanction dont est assortie l'injonction en cas de non respect; son inobservation s'analyse comme un outrage au tribunal et emporte des conséquences quant aux biens et éventuellement quant à la personne de son destinataire. Sa force exécutoire dépend toutefois de la présence physique de ce dernier ou de ses biens sur le territoire de la juridiction étatique susceptible de faire exécuter la sanction. A défaut, l'inobservation de l'injonction reste en fait impunie et l'instance judiciaire commencée malgré la convention d'arbitrage se poursuit. Toutefois, la décision qui serait rendue à l'issue de ce procès ne serait pas reconnue dans l'Etat où a été prononcée l'*anti-suit injunction*<sup>23</sup>.

7. Si tels sont les outils typiquement utilisés pour préserver la possibilité même d'engager une procédure arbitrale et de la mener à son terme une fois qu'elle a débuté, en évitant qu'il soit statué deux fois sur un même litige, il ne faut certainement pas croire en leur infaillibilité: l'*anti-suit injunction* n'est efficace que si l'est également la menace de sanction dont elle s'accompagne. Aux termes de l'article 6, al. 4 de la Convention de Genève de 1961 relatif à la litispendance, le juge étatique dispose d'une marge d'appréciation des circonstances, qui lui permet de se prononcer en faveur de la poursuite du procès parallèle à l'instance arbitrale plutôt que de le suspendre. En définitive, si certaines législations font obligation au juge de renvoyer les parties à l'arbitrage en vertu d'une exception ou d'un déclinatoire, d'autres (celles appartenant à la famille anglo-saxonne) lui confèrent un certain pouvoir discrétionnaire lui permettant d'ignorer la clause d'arbitrage lorsque la partie qui l'a saisi parvient à établir qu'il serait juste et approprié d'autoriser la poursuite de l'instance judiciaire.

Dans ces circonstances, la partie favorable au procès arbitral, qui voit ses espérances déçues, peut tenter d'obtenir le soutien judiciaire, par la voie indirecte d'une action en déclaration de non-responsabilité qui, ultérieurement et en tant que *res*

---

<sup>21</sup> Voir M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiprocés (anti-suit injunctions)*, Santiago de Compostela, 2000. Pour la jurisprudence, voir *Pena Copper Miles Ltd v. Rio Tinto Co. Ltd*, (1902) *The Law Times* 846; *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds*, [1983] 1 WLR 1026; *Sohio Supply v. Gatoil*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 588; *The Angelic Grace*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 168, [1995] 1 Lloyd's Rep. 87; *Philip Alexander Securities & Futures Ltd. v. Bamberger and Others*, [1996] *The Times*, 22 juillet.

<sup>22</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, Zurich, 1989, pp. 31-75.

<sup>23</sup> J.C. Fernández Rozas, "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 290, 2001, pp.100-1002.

*iudicata*, pourra être opposée à une demande de reconnaissance de la décision judiciaire prononcée en dépit de la clause d'arbitrage<sup>24</sup> ; elle pourra également servir de fondement à une demande d'indemnisation contre la partie qui n'a pas respecté cette clause<sup>25</sup>. Cette indemnisation devra couvrir toutes les dépenses et pertes auxquelles son bénéficiaire aura été exposé en conséquence de la violation de la clause d'arbitrage par la partie adverse, y compris, par conséquent, les frais engagés pour invoquer l'exception à la compétence judiciaire ou pour solliciter une mesure anti-procès.

8. Il peut être utile de rappeler certaines caractéristiques desdites mesures:

A) Au moment d'octroyer une *anti-suit injunction*, nous retrouvons des intérêts privés; celui qui tient à l'obtenir doit démontrer devant la cour que le comportement de la contrepartie représente le non-accomplissement d'une convention préalable d'arbitrage. Ladite inexécution signifie l'ouverture de deux procédures avec identité de parties, d'objet et de cause.

B) Néanmoins, la mesure ne vise pas seulement la satisfaction de l'intérêt privé; une des considérations réitérées dans la jurisprudence relative à ce sujet est l'inconvénient de maintenir ouverts deux forums connaissant de la même matière. La situation susmentionnée peut être résolue dans le domaine judiciaire moyennant l'exception de litispendance, et la technique *prior tempore, potior iure*, est considérée injuste, du fait de sa rigidité, dans l'entourage anglo-saxon. Elle peut être alors substituée par une option en faveur de la juridiction compétente dont la base ne soit pas le critère chronologique, mais une conviction au sujet de la compétence. Dans l'arbitrage, ces considérations acquièrent une importance majeure, étant donné qu'une situation de litispendance entre juges et arbitres ne peut pas être établie. Sans aucun doute, si un tribunal arbitral est compétent, ceci découle d'une convention arbitrale valide qui a créé ladite compétence, en annulant de même celle de toute autre juridiction nationale. Evidemment, ceci requiert que juges et arbitres interprètent exactement de la même manière l'efficacité, la validité et l'extension de la convention arbitrale. La réalité démontre que ce n'est pas toujours le cas, et que la coexistence de procédures judiciaires et arbitrales simultanées et identiques quant au fond est possible.

C) Du point de vue signalé, les *anti-suit injunctions* ont été considérées comme un mécanisme flexible qui permet de corriger des comportements privés abusifs, d'éviter la poursuite de procédures simultanées et, finalement, le risque d'arrêts contradictoires.

Les considérations précédentes ont pour but d'alléger cette analyse des préjudices avec lesquels les juristes formés en droit civil abordent ladite figure juridique de l'injonction. La doctrine continentale l'a rejetée en considérant cette mesure comme « une intolérable ingérence dans la justice (et la souveraineté) étrangères »<sup>26</sup>, dans le sens de que toute *anti-suit injunction* prononcées par un juge étatique « c'est toujours un mal »<sup>27</sup> et il se surveille une trace de cette attitude dans les conclusions de l'Avocat Général Ruíz-Jarabo Colomer à l'occasion de l'affaire *Turner v. Grovit* (2003) et dans

<sup>24</sup> *Philip Alexander Securities & Futures Ltd. v. Bamberger and Others*, prec.

<sup>25</sup> *Mantovani v. Carapelli*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 375; *The Jay Bola*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279.

<sup>26</sup> S. Clavel, "Anti-suit injunctions et arbitrage", *Rev. arb.*, 2001, pp. 669 ss, spéc. pp. 701-706.

<sup>27</sup> Ph. Fouchard, "Les *anti-suit*....", *loc. cit.*

la récente Résolution de l'Institut de Droit International de Bruges (2003), selon laquelle « des *anti-suit injunctions* peuvent interférer dans des procédures étrangères en violation de la *Comity*. ». C'est pourquoi et avec un caractère le plus explicite l'Institut considère que « les juridictions qui accordent des *anti-suit injunctions* devraient être sensibles aux exigences de la *comity* et, en particulier, ne devraient accorder de telles injonctions que lorsqu'il y a (...) violation d'un accord relatif au choix du tribunal ou d'un accord d'arbitrage »<sup>28</sup>. Mais il ne faut pas oublier que le cas de l'arbitrage est, d'emblée, nettement différent, puisque l'ordonnance d'arrêter la procédure n'est pas dirigée à une juridiction de l'État, mais aux parties et aux arbitres. D'une part, les *anti-suit injunctions* peuvent servir à l'amélioration du déroulement de l'arbitrage comme institution, en empêchant la poursuite d'une procédure judiciaire intentée de mauvaise foi ; d'autre part, une telle mesure peut viser à paralyser un arbitrage, ce qui situe le débat non pas en termes de souveraineté juridictionnelle, mais en termes de respect du principe de compétence-compétence.

9. Les *anti-suit injunctions* peuvent être adressées par le juge à une des parties dans une convention ou dans une procédure arbitrale dans deux directions :

A) En interdisant à une des parties la poursuite d'une procédure judiciaire intentée avec inexécution d'une convention arbitrale préalablement conclue et considérée valide par le juge. L'affaire la plus claire est *Tracomina SA c. Sudan Oil Seeds*<sup>29</sup>. Dans ce cas, le plaideur qui intente la mesure cherche le soutien judiciaire pour mener à terme une pure mesure d'exécution (*specific performance*) d'une obligation contractuelle. Étant donné que son adoption est facultative pour le juge, il faut considérer deux données essentielles quant à son fondement. D'un côté, l'effective inexécution d'un devoir d'origine contractuelle entre les parties et, de l'autre, beaucoup plus conflictuel, la considération de la procédure ouverte en vertu du non-accomplissement du pacte d'arbitrage comme déraisonnable (*unconscionable*).

Quant l'affaire est liée à plus d'un forum, il est impossible de prouver une de ces conditions sans prouver l'autre ; c'est-à-dire, il est impossible d'affirmer le non-accomplissement d'une obligation contractuelle de saisir l'arbitrage sans considérer le juge choisi comme absolument incompétent. Par conséquent, ceci demande un jugement de valeur sur la portée de la juridiction étrangère qui, en matière de compétence judiciaire internationale, a été qualifié d'immixtion dans la souveraineté de chaque État et qui, dans l'arbitrage, sans le débat sur la souveraineté, il ne trouve pas sa place dans les normes applicables, notamment dans l'art. II. 3<sup>e</sup> de la Convention de New York de 1958. Ce texte établit la compétence unique de la juridiction nationale choisie par la partie responsable du non-accomplissement d'un accord d'arbitrage pour décider au sujet de la validité, l'efficacité et l'applicabilité de l'accord et pour envoyer, le cas échéant, les parties devant l'arbitrage. Cependant, il faut souligner que, même si ladite norme ne mentionne pas l'intervention du juge par le biais d'une *anti-suit injunction*,

---

<sup>28</sup> Résolution de l'Institut de droit international, Session de Bruges, 2003, 2<sup>ème</sup> Commission, "Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux 'anti-suit injunctions' : principes directeurs". Rapporteur : Sir Lawrence Collins ; co-Rapporteur : M. Georges Droz. Voir, aussi, *Annuaire de l'IDI*, vol. 70-1, 2002-2003, pp. 13-94.

<sup>29</sup> *Tracomina SA v. Sudan Oil Seeds* (2<sup>e</sup>), All E. R. Rep. 1026, 1983 ; l'adoption de la mesure a augmenté pendant les dernières années, comme il a été constaté par *Bankers Trust Co. v. Pt Jakarta Hotels & Development*, Lloyd's L.R., 1999, n° 910.



elle ne l'interdit pas non plus<sup>30</sup>. En effet, l'art. II. 3è offre différentes interprétations, comme il a été exposé par E. Gaillard par rapport au modèle français, dans lequel les décisions sur la validité et l'efficacité de la convention correspondent exclusivement aux arbitres, même si la partie choisit le juge français pour présenter sa demande judiciaire<sup>31</sup>.

De plus, cette interprétation extensive de l'art. II. 3è est en accord avec le droit anglais en matière d'arbitrage, selon la configuration du système d'après l'*Arbitration Act* de 1996, dont l'art. 32 autorise le juge national à se prononcer au sujet de l'existence et la validité d'une convention arbitrale comme question unique, mais dans des circonstances déterminées<sup>32</sup>. La possibilité susmentionnée constitue une des interventions judiciaires dans l'arbitrage plus notables dans l'entourage comparé. Dans cette situation, il n'est pas rare que le juge anglais puisse se manifester sur l'inexécution ou non d'une convention arbitrale moyennant l'interposition d'une demande judiciaire au Royaume-Uni ou à l'étranger. De ce point de vue, le principe de compétence-compétence des arbitres serait formulé comme il suit : les arbitres sont compétents pour se prononcer sur leur propre compétence, mais ils ne sont pas les seuls ; l'effet négatif de ce principe (éviction des pouvoirs du juge dans la matière) perdrait sa signification.

B) En interdisant à une partie la poursuite d'un arbitrage constitué défectueusement. Dans cette hypothèse, le point de départ est nettement différent ; l'arrêt judiciaire ne touche aucune juridiction nationale, mais seulement l'arbitrage demandé par une partie. Dans ce cas, la question essentielle est la compatibilité de la mesure avec les principes de l'arbitrage.

Dans la pratique, celui qui saisit un juge afin d'obtenir une *anti-suit injunction* qui empêche une partie la poursuite d'un arbitrage, est convaincu du caractère irrationnel du litige arbitral et a le désir de s'en délier avec une certaine sécurité juridique<sup>33</sup>. Elles sont typiques en Inde et au Pakistan<sup>34</sup> ; dans le cas considéré, la partie Inde obtint une ordonnance de la Cour suprême indienne contre la partie américaine d'abstention dans la procédure arbitrale et, dans le cas de ne pas être respectée, d'inexécution de la décision arbitrale aux États-Unis. Sans aucun doute, maintenir une procédure arbitrale, longue et coûteuse, avec la conviction, de bonne foi, de son illégalité, peut mériter une intervention interdisant, comme il a été signalé dans certaines occasions<sup>35</sup>. La seule considération qui soutient ces mesures contre l'arbitrage est la situation d'un manque particulier de défense de la partie qui se voit obligée à participer (dans sa défense) dans un arbitrage qui a été défectueusement intenté. Néanmoins, l'insécurité juridique des différentes perspectives nationales plane à nouveau dans ce domaine : le jugement sur la régularité de la procédure arbitrale est basé sur la validité et l'efficacité de la convention arbitrale, d'un point de vue des droits de substance et de procédure. Les conclusions sur ce sujet peuvent varier énormément d'un État à un autre. Il a été suggéré, comme point d'appui à cette décision, la réalisation d'un test de reconnaissance et d'exécution : dans

<sup>30</sup> *The Angelic Grace*, Lloyd's L.R. 1995, pp. 87 ss.

<sup>31</sup> E. Gaillard, "L'effet négatif de la compétence-compétence", *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, pp. 387 ss.

<sup>32</sup> M. Dessule, "Contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais avant la sentence", *Rev. arb.*, 2003, pp. 65 ss., spéc., pp. 70-77.

<sup>33</sup> *Oil & Natural Gas Commission Ltd. v. Western Company of North America* (1987).

<sup>34</sup> *Société Générale se Surveillance SA v. Pakistan* (2002), *Arbitration International*, vol. 19, pp. 182 ss.

<sup>35</sup> *Colon Container Terminal v. Fomento de Construcciones y Contratas*, ATFS du 14 juin 2000.

les cas où le juge est sûr de l'impossibilité d'exécuter le jugement arbitral qui retombe au moins dans son territoire, la mesure peut être justifiée.

10. Les *anti-suit injunctions* peuvent s'adresser aux arbitres, en ordonnant de bloquer la procédure arbitrale. Et il arrive encore qu'en dépit d'une convention d'arbitrage existante, lorsqu'une partie exerce une action devant une juridiction étatique, cette dernière s'adresse au tribunal arbitral pour lui interdire de façon péremptoire de poursuivre la procédure<sup>36</sup>, sans aucun respect pour la position que les arbitres auraient adoptée à cet égard. Certes, il est aisé aux arbitres d'ignorer une telle injonction lorsque le lieu où se déroule l'arbitrage est distinct de celui où la juridiction étatique a son siège. Mais si ces lieux coïncident, l'interférence peut être décisive et lier directement les arbitres. Selon les possibilités offertes par la législation nationale de la juridiction qui intervient ainsi, celle-ci peut aller jusqu'à paralyser en partie la procédure arbitrale, comme ce fut le cas dans l'affaire *Caparo Group Ltd. c. Fagor Arrasate Soc. Coop.*<sup>37</sup>. La défenderesse à un arbitrage CCI avait demandé à un juge anglais qu'il rende une ordonnance restreignant la compétence des arbitres à l'égard de la personnalité juridique de *Caparo Group*. L'ordonnance fut concédée après un examen sommaire des éléments en présence, parmi lesquels l'efficacité de la convention d'arbitrage. En pratique, une telle décision rendait matériellement impossible de poursuivre la procédure arbitrale à l'encontre de la défenderesse. Il s'agissait là d'une authentique mesure anti-procédurale. En tout état de cause, lorsque le lieu d'exécution d'une sentence coïncide avec celui où une juridiction agressive a son siège, l'efficacité de cette sentence risque fort d'être amoindrie<sup>38</sup>.

Comme il a été signalé auparavant, dans ce cas, le débat n'est pas posé en termes de collision entre juridictions d'États (dans les termes où il est formulé dans le domaine de l'Union Européenne<sup>39</sup>), mais dans le domaine des relations entre juridiction et arbitrage. La raison d'être d'une mesure contre un procès dans ce cas est identique à celle présentée au paragraphe antérieur : une des parties dans la procédure, ou le tribunal même, considère que l'existence de la procédure arbitrale est irrégulière. C'est pourquoi, le juge demande de la stopper. Evidemment, deux hypothèses sont possibles.

A) D'une part, il se présente la possibilité d'un accord entre les parties où entre les arbitres, de consultation, d'après les termes établis dans l'art. 32 de l'*Arbitration Act* de 1996, cette possibilité n'étant pas conflictuelle et, sans doute, aboutissant au désistement de la procédure arbitrale et reconnaissant le caractère inutile de la mesure coercitive.

B) D'autre part, et celui-ci est le sujet controversé, il faut se demander quelle importance peuvent octroyer les arbitres à une mesure contre un procès, adoptée par un juge national, mais demandée par une seule des parties (*Maritime International Nominees Establishment v. Gobierno de la República de Guinée*<sup>40</sup> et *Sea Dragon Inc. v.*

<sup>36</sup> Notamment dans le cadre de l'*Arbitration Act* anglais de 1996 (Section 72), qui autorise le juge à prendre des mesures coercitives relativement à l'arbitrage en cours.

<sup>37</sup> Order du 7 août 1998, *High Court of Justice, Commercial Court*, inédit.

<sup>38</sup> Y. Derains, "Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *Journ. dr. int.*, t. 120, 1999, p. 840.

<sup>39</sup> C. Ambrose, "Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?", *ICLQ*, vol. 52, 2003, pp. 401-424.

<sup>40</sup> ICSID, 22 décembre, 1989 Ad hoc Committee Decision in *Mine c. République de Guinée*.

*Uni-Ocean Singapore Pte. Ltd.*<sup>41</sup> ; dans les deux cas, à propos, le tribunal arbitral convainquit la partie bénéficiaire de la mesure de ne pas l'exécuter). Le problème doit être abordé du point de vue des relations entre juridiction et arbitrage ; évidemment, entre les deux institutions il n'existe pas de « relations structurelles, hiérarchiques ni de compétences », de telle sorte que la décision d'un juge national d'arrêter la procédure ne lie pas, *stricto sensu*, un tribunal arbitral, peut-être géographiquement éloigné. De cette perspective technique, la mesure du juge national pourra être considérée comme une donnée supplémentaire dans la décision arbitrale au sujet de la compétence, mais rien de plus. L'affirmation contraire équivaldrait à soutenir que la situation des tribunaux arbitraux ne serait qu'un cas de liberté surveillée et soumise au critère de la juridiction nationale.

11. Néanmoins, il ne faut pas mettre en doute l'efficacité de ces mesures en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de la décision arbitrale rendue, quand elle doit être exécutée dans le forum où l'*anti-suit injunction* a été conclue. Il est évident que son existence est preuve suffisante de l'irrégularité de l'arbitrage et, par conséquent, de l'accomplissement de l'art. V. 1.a) de la Convention de New York (invalidité de la convention arbitrale comme cause d'opposition à la reconnaissance). À nouveau, techniquement, elle ne lie les arbitres que dans leur devoir de rendre des décisions susceptibles raisonnablement d'exécution *multi fora*. Ainsi, cette hypothèse doit être entamée comme difficulté pratique.

Avantages et inconvénients d'une possibilité qui ouvre certainement de nombreuses opportunités, positive pour l'arbitrage, mais dont l'interprétation est très laborieuse ; seulement pour ladite cause cette initiative de débat doit être saluée.

D'autres sujets restent encore à débattre, mais l'idée générale est la possibilité de profiter de cette technique pour bénéficier l'arbitrage ; non pas pour le favoriser dans tous les cas, mais pour assurer sa régularité et éviter son utilisation frauduleuse. Cet aspect doit être entamé avec le maximum de soin pour ne pas altérer les relations entre juges et arbitres, telles qu'elles sont conçues actuellement. Dans ce contexte, l'arrêt de la Cour d'appel des Etats-Unis du 5<sup>ème</sup> circuit du 18 juin 2003, dans l'affaire *KBC v. Pertamina* doit être saluée pour le coup d'arrêt qu'il donne à l'utilisation de cette technique en matière d'arbitrage, constituant la reconnaissance des sentences annulées dans leur ordre juridique d'origine la nécessaire contrepartie de l'auto-limitation<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> ICCA Yb., Awards: *Sea Dragon, Inc. (Charterer) v. Uni-Ocean Line Singapore Pte., Ltd. (Owner)*. Award n° 1923 de 20 décembre 1983.

<sup>42</sup> E. Gaillard, "*Anti-suit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège...", *loc. cit.*, pp. 1105-1114.