

# IL EST INTERDIT D'INTERDIRE : RÉFLEXIONS SUR L'UTILISATION DES ANTI-SUIT INJUNCTIONS DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

par

**Emmanuel GAILLARD**

*Professeur à l'Université de Paris XII  
Associé, Shearman & Sterling LLP, Paris*

## RÉSUMÉ

Le développement inquiétant des *anti-suit injunctions* pour faire obstacle au déroulement de l'arbitrage, tant dans les Etats de *common law*, dans lesquels cette technique était connue, que dans certains Etats de tradition civiliste, suscite fréquemment des réactions en sens inverse de la part de juridictions d'autres Etats sous la forme d'*anti-anti-suit injunctions*. Les juridictions de chaque Etat prétendent ainsi imposer à celles de tous les autres leur conception de l'invalidité ou de la validité d'une convention d'arbitrage. Il importe d'affirmer fortement que ces mesures sont également condamnables, tant au regard des exigences du droit international public que de celles du droit de l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle la saine maxime selon laquelle « il est interdit d'interdire » prend, en la matière, tout son sens.

## SUMMARY

*The disturbing development of anti-suit injunctions designed to jeopardize arbitration proceedings, not only in common law countries, in which this technique was already known, but also in certain civil law countries, often gives rise to opposite reactions on the part of other jurisdictions, in the form of anti-anti-suit injunctions. The jurisdictions of each State thereby claim to impose upon all others their understanding of the invalidity or of the validity of the arbitration agreement. It is urgent to state, in the strongest terms, that all of these measures are equally inappropriate, in light of the requirements of both public international law and arbitration law. In this respect, the sound maxim according to which "it is forbidden to forbid" takes its fullest meaning.*

1. Les slogans qui fleurissaient sur les murs de Paris en 1968 ont marqué une époque. En particulier, l'autodérision libertaire du « il est interdit d'interdire » est restée très présente dans les esprits. La maxime s'applique aujourd'hui très exactement à la situation dans laquelle, selon une technique empruntée il est vrai à une tradition juridique différente de la nôtre, les juridictions d'un Etat interdisent aux parties, voire aux arbitres, de poursuivre une procédure d'arbitrage, tandis que celles d'un autre Etat interdisent à ces mêmes parties de se prévaloir de la décision leur interdisant d'avancer. En termes plus juridiques, les *anti-suit injunctions* s'opposent aux *anti-anti-suit injunctions*, chaque Etat ayant la prétention de régir, le plus souvent de façon extraterritoriale, l'aptitude des parties à se prévaloir d'une convention d'arbitrage. Le phénomène a connu récemment un développement inquiétant et le moment paraît venu de dénoncer de la manière la plus ferme le caractère illégitime de l'une comme l'autre de ces prétentions (1).

2. Comme le *trust* ou la *floating charge*, l'*anti-suit injunction* est une technique connue des droits de *common law* et ignorée, jusqu'à une époque récente, des droits de tradition civiliste (2). Elle consiste de la part d'un juge d'un Etat donné, Royaume-Uni, Etats-Unis, Canada, Australie par exemple, non seulement à retenir sa compétence ou à envisager de le faire, mais également, dans le souci de protéger cette compétence – ou plus généralement de protéger ce qu'il estime être la compétence la plus juste – à interdire aux parties de saisir les juridictions d'un autre Etat ou, si elles l'ont déjà fait, à leur ordonner de se désister de cette procédure ou de la suspendre (3). De lourdes sanctions,

---

(1) En ce sens, v. également le rapport de clôture de Ph. Fouchard au colloque IAI du 21 novembre 2003 consacré à *L'utilisation des « anti-suit injunctions » dans l'arbitrage international*, à paraître. V. *infra*, p. 157 le compte rendu de ce colloque, par Axelle Lemaire.

(2) Sur le développement récent des *anti-suit injunctions* dans les droits d'Etats de tradition civiliste, v. cep. *infra*, n° 9 et s. Sur l'ensemble de la question, v. spéc. S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Th. Paris I, 1999 ; du même auteur, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.669.

(3) En droit anglais, l'arrêt fondateur a été rendu dans une affaire *Cohen v. Rothfield* [1919] 1 K.B. 410, dans lequel la *Court of Appeal* a imposé à une partie de se désister d'une action introduite en Ecosse. Initialement destinée à faire obstacle à une action étrangère "*oppressive or vexatious*", la mesure est devenue un moyen de faire respecter la conception anglaise du for le plus "*convenient*". Les critères de l'octroi de la mesure ont été précisés par le *Privy Council* dans l'affaire *Aerospatiale* [1987] 1 A.C. 871. Aux Etats-Unis, il s'agit d'éviter un

attachées à la notion de *contempt of court* et incluant des peines d'amende et d'emprisonnement, sanctionnent la violation de ces injonctions.

Les conditions de l'octroi de ces mesures, dont les juridictions de *common law* ont conscience qu'elles doivent être utilisées avec une certaine réserve compte tenu des problèmes de droit international public qu'elles soulèvent (4), ont été assouplies lorsqu'il s'agit de faire respecter un accord des parties sur la juridiction compétente. Aussi la technique de l'*anti-suit injunction* a-t-elle été utilisée de longue date pour faire respecter aussi bien les clauses attributives de compétence exclusive (5) que les conventions d'arbitrage. Dès 1911, c'est pour préserver l'efficacité d'une clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Londres que la *Court of Appeal* a interdit à une partie anglaise de porter le différend devant les juridictions espagnoles (6). Le procédé a été régulièrement utilisé aux mêmes fins depuis lors, tant en Angleterre (7) qu'aux Etats-Unis (8).

---

"irreparable miscarriage of justice" : v. par ex. *Laker Airways Ltd v. Sabena Belgian World Airlines*, 731 F 2<sup>d</sup> at 927. Sur l'évolution des critères applicables dans les droits de *common law*, v. par ex. J. Arkins, "Boarderline Legal : Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdictions", *J. Int. Arb.*, 2001.603 ; H. Muir-Watt, note sous *Chambre des Lords*, 13 décembre 2001, *Rev. crit. DIP*, 2003.116.

(4) Aussi le *Privy Council* ne manque-t-il pas de rappeler que "*since such an order indirectly affects the foreign court, the jurisdiction is one which must be exercised with caution*", Aff. *Aerospatiale*, préc., p. 892. Suivant une technique qui leur est familière, les juridictions américaines opèrent pour leur part un bilan coûts-avantages dans lequel ils pèsent le souci de faire obstacle à une procédure injustifiée et vexatoire et les considérations de *Comity* qui s'opposent à toute interférence à l'égard des actions des juridictions étrangères. Pour un exemple de mise en œuvre de cette méthode, v. *infra*, n° 18.

(5) V. par ex., pour la protection, par les juridictions anglaises, d'une clause attributive de compétence exclusive en leur faveur, *Continental Bank N.A. v. Aeakos Compania Naviera SA* [1994] 1 W.L.R. 588.

(6) *Pena Copper Mines Ltd v. Rio Tinto Ltd*, (1911) 105 L.T. 846 (C.A.).

(7) V. par ex., l'affaire *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd* dans laquelle la *Court of Appeal* ordonne à une partie de suspendre une procédure en Suisse pour assurer l'efficacité d'une convention prévoyant un arbitrage à Londres, [1983] 1 W.L.R. 1026 ; *The Angelic Grace* [1995] 1 *Lloyd's Rep.* 87, où la *Court of Appeal* ordonne, pour la même raison, de suspendre une procédure intentée en Italie. Sur cette jurisprudence, v. par ex. L. Collins, "Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration", in *ASA Special Series n° 15* (janvier 2001), p. 85.

(8) V. par ex., *US Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit, Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co., Ltd.*, 21 novembre 1990, 919 F.2d 822 (2<sup>nd</sup> Cir. 1990) ; *US Court of Appeals, 5<sup>e</sup> Circuit, Kaepa, Inc. v. Achilles Corporation*, 14 février 1996, 76 F.3d 624 (3<sup>d</sup> Cir. 1996) ; *US District Court, Southern District of Texas, BHP Petroleum (Americas) Inc. et al. v. Walter F. Baer Reinhold*, 28 avril 1997, 12 *Int. Arb.*

La compatibilité de ces décisions avec les exigences du droit international public et, en ce qui concerne le Royaume-Uni, avec la Convention de Bruxelles, devenue le règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et la Convention de Lugano, ainsi qu'avec la Convention européenne des droits de l'homme a donné lieu à de sérieuses controverses (9), sans que cela suffise à dissuader les juridictions des Etats de *common law* de recourir à cette technique (10).

3. Pendant longtemps, l'incidence de ces mesures sur le déroulement de l'arbitrage et sur le sort ultérieur de la sentence était resté marginal. Les *anti-suit injunctions* prononcées au soutien de l'arbitrage n'ont en effet qu'une utilité réduite. Rien n'empêche les juridictions qui n'ont pu connaître du fond du litige en raison de l'*anti-suit injunction* destinée à protéger la compétence arbitrale de ne pas reconnaître la sentence pour les raisons mêmes qui les auraient conduites à retenir leur compétence initiale. A l'inverse, l'acceptation de plus en plus générale du principe de compétence-compétence (11) suffisait à permettre aux arbitres de poursuivre leur mission quelles que soient les prétentions des juridictions de tel ou tel Etat à retenir leur

---

*Rep. I-1* (May 1997) ; *US Court of Appeals, Second Circuit, Smith Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc. et al. v. Travamark Two B.V.*, 8 décembre 1999, 198 F.3d 88 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999) ; *US District Court, Southern District of Florida, Supercanal Internacional S.A. v. Francisco Antonio Jorge Elias et al.*, 23 avril 2001 ; *US District Court, District of Minnesota*, 17 décembre 2001, 176 F.Supp. 2d 937 (D. Minn. 2001).

(9) V. spéc. S. Clavel, trav. préc. ; S.R. Swanson, "The Vexatiousness of a Vexation Rule : International Comity and Antisuit Injunctions", 30 *Georges Washington J. Int'l Law & Eco.* 1 (1996) ; M. Lenenbach, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment Under European Civil Procedure and The Hague Convention", 20 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 257 (1998) et, les propos très critiques de H. van Houtte, "May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced Under the Brussels and Lugano Conventions?", 13 *Arb. Int'l* 85 (1997), spéc. p. 91. Pour l'affirmation de l'incompatibilité d'une *anti-suit injunction* américaine avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, v. civ. Bruxelles, 18 décembre 1989, R.W. 1990-1991.676 et obs. H. Born et M. Fallon in *J.T.* 1992.438.

(10) Pour une position américaine réservée à ce sujet, v. G. Bermann, "The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation", 28 *Colum. J. Transnat'l L.* 589.

(11) Sur l'ensemble de la question, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 650 et s.

compétence sur le même objet, de sorte que l'*anti-suit injunction* prononcée au soutien d'un arbitrage se déroulant dans un Etat différent de celui dont les juridictions étaient visées par la mesure ne présentait qu'un intérêt limité.

En revanche, le développement spectaculaire, au cours des dernières années, d'*anti-suit injunctions* destinées à faire obstacle au déroulement de l'arbitrage soulève des interrogations de nature très différente. La question se pose en effet de savoir s'il est opportun, pour faire pièce à ces manœuvres, de réagir par des mesures de même nature ayant un objet opposé ou s'il suffit, comme on le pense, de reconnaître, dans un premier temps, l'autonomie de la procédure arbitrale par rapport aux prétentions concurrentes des ordres juridiques nationaux, et, dans un second, la liberté de chacun de ces ordres juridiques de se prononcer, indépendamment des autres, sur l'acceptation en son sein de la sentence à intervenir.

4. Aussi, après avoir décrit les prétentions des juridictions de certains Etats d'interdire à une partie de laisser l'arbitrage se dérouler (I), la tentative des juridictions d'autres Etats, voire de tribunaux arbitraux, d'interdire à ces premières d'interdire de laisser l'arbitrage se dérouler (II), on examinera les mérites de la solution consistant à s'interdire d'interdire (III).

## **I. – L'INTERDICTION DE LAISSER SE DÉROULER L'ARBITRAGE**

5. Bien que la technique des *anti-suit injunctions* soit, à l'origine, propre aux droits de *common law*, la prétention de faire obstacle au déroulement d'une procédure arbitrale en recourant à ce type d'interdiction s'est aujourd'hui développée aussi bien dans les Etats de *common law* (A) que dans certains Etats de tradition civiliste (B).

### **A) L'interdiction prononcée par les juridictions d'Etats de *common law***

6. Le propre de la technique de l'*anti-suit injunction* réside dans l'ambition de faire prévaloir sa propre conception de la juridiction compétente, et donc, le cas échéant, de la validité ou de l'invalidité d'une convention d'arbitrage, sur celle de toute

autre juridiction, étatique ou arbitrale, qui pourrait être saisie ou qui a été effectivement saisie de la question.

Les juridictions américaines et, dans une moindre mesure, anglaises, y ont eu recours dans le but d'interdire à une partie de faire prospérer une procédure arbitrale intentée, selon elles, à tort (12).

7. Le procédé est aujourd'hui couramment utilisé dans le contentieux des contrats d'Etat. La tentation est grande en effet pour un Etat ou une entreprise nationale de tenter de faire échec à l'application d'une convention d'arbitrage librement acceptée mais dont la validité est contestée de s'adresser aux juridictions de son propre Etat pour voir interdire à son cocontractant d'engager une procédure arbitrale à son encontre ou, si celle-ci a été formée, pour lui voir ordonner de s'en désister.

L'affaire ayant opposé la société *Hubco* au *Water and Power Development Authority of Pakistan (WAPDA)* à propos d'un projet de construction et d'exploitation d'une centrale d'énergie électrique au Pakistan pour une valeur de 1,8 milliard de dollars US en fournit une illustration. Les contrats litigieux contenaient une clause compromissoire aux termes de laquelle les litiges devaient être réglés par voie d'arbitrage CCI à Londres. Une procédure d'arbitrage ayant été lancée en juillet 1998 sur le mode de calcul du prix de l'électricité produite, WAPDA, considérant certains des contrats illégaux et prétendant qu'ils avaient été obtenus par fraude et corruption, a saisi les juridictions pakistanaises de ces questions et leur a demandé d'enjoindre à la demanderesse à l'arbitrage de suspendre l'arbitrage. Celles-ci ont fait droit à la demande et, par arrêt en date du 14 juin 2000, la Cour suprême du Pakistan a maintenu leur décision au motif que l'allégation de corruption rendait la matière non arbitrale (13).

La Cour suprême du Pakistan a confirmé cette position consistant à sanctionner sa propre vision de la non-arbitrabilité d'un litige par voie d'*anti-suit injunctions* assorties de menaces

---

(12) V. par ex. aux Etats-Unis, *Hull v. Norcom* 750 F.2d 1547 (11<sup>th</sup> cir. 1985) ; *PaineWebber Inc. v. Fowler* 791 F.Supp. 821 (D. Kan, 1992) ; *In re Y&A Group Sec. Lit.* 38 F.3d 380 (8<sup>th</sup> Cir. 1994).

(13) 16 *Arb. Int.* 439 (2000). Sur cette affaire, v. également L. Barrington, "*Hubco v. WAPDA : Pakistan Top Court Rejects Modern Arbitration*", 11 *Am. Rev. Int'l Arb.*, 385 (2000). L'auteur rapporte que la décision a fait l'objet d'une transaction ultérieure, p. 395.

de *contempt of court* dans l'affaire opposant la société suisse *SGS* au *Gouvernement du Pakistan*. La société ayant saisi le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sur le fondement du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre la Suisse et le Pakistan d'une demande tendant à voir constater la violation par l'Etat des engagements résultant du traité, la partie défenderesse n'a pas hésité à demander à ses propres juridictions d'enjoindre à la société suisse de suspendre la procédure arbitrale. Par arrêt du 3 juillet 2002, la Cour suprême du Pakistan a fait droit à cette demande au motif essentiel que le Traité bilatéral ne liait pas le Pakistan (14). Si elles n'ont pu empêcher le déroulement de l'arbitrage (15), les mesures sollicitées des juridictions pakistanaïses ont contraint un arbitre, qui possédait des intérêts au Pakistan, à démissionner.

8. Les juridictions des Etats de *common law* ne sont cependant plus les seules à tenter d'imposer par voie d'*anti-suit injunction* leur conception de ce qui constitue une convention d'arbitrage valable.

## **B) L'interdiction prononcée par des juridictions d'Etats de tradition civiliste**

9. De façon générale on observe, au Québec, soumis à une forte influence de *common law*, mais aussi dans des Etats comme la France ou l'Allemagne une tendance de la jurisprudence à ne plus hésiter, dans certaines circonstances encore limitées, à enjoindre à un plaideur de suspendre ou se désister d'une action introduite à l'étranger (16). D'autres juridictions y ont eu

---

(14) "*SGS (...) is hereby restrained from taking any step, action or measure to pursue or participate or to continue to pursue or participate in the ICSID arbitration*" (décision, n° 77). Le texte intégral de la décision a été publié in *19 Arb. Int.* 179 (2003) avec le commentaire de M. Lau, « *Note on Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan through Secretary, Ministry of Finance* ».

(15) Sur la mesure en sens inverse prise par le Tribunal arbitral mis en place sous l'égide du CIRDI, v. *infra*, n° 15.

(16) Pour le Québec, v. les arrêts du 9 juillet 1999 de la Cour supérieure du Québec et du 29 novembre 1999 de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Lac d'Amiante du Canada Ltée et 2858-0702 Québec Inc. v. Lac d'amiante du Québec Ltée*, commentés par S. R. Shackleton in *Int. Arb. Law Rev.*, 2000, N-6 ; pour l'Allemagne, v. M. Lenenbach, art. préc. et pour la France, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 2002, *Banque Worms c/ Epoux Brachot et autres*, qui accepte, dans

recours pour faire obstacle à la mise en œuvre d'une clause compromissoire.

10. Dans plusieurs de ces affaires, ces décisions ont été prises à la demande de la société nationale chargée du développement de certains projets dans le secteur de l'énergie, comme s'il existait, en ce domaine, un curieux effet d'émulation. Dans l'affaire opposant la *Companhia Paranaense de Energia (COPEL)*, société nationale brésilienne, à la société de projet *UEG Arancaria Ltda*, la demande d'injonction a, là encore, été formée en réaction à une demande d'arbitrage soumise à la Chambre de commerce internationale (CCI) en application des clauses du contrat qui prévoyaient que les litiges seraient réglés par voie d'arbitrage à Paris, sous l'égide de la CCI. En droit brésilien, l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre demeure controversée (17). Estimant, pour cette raison, la convention d'arbitrage nulle, la société nationale a saisi les juridictions brésiliennes d'une demande d'annulation de la clause compromissoire assortie d'une demande d'injonction à la partie demanderesse à l'arbitrage de suspendre la procédure. Par ordonnance du 3 juin 2003, un juge de la ville de Curitiba, dans l'Etat de Parana au Brésil, a fait droit à cette demande sous astreinte de 0,5 % du montant litigieux par jour d'infraction. La décision spécifie qu'elle devra être notifiée à la CCI (18).

11. Parfois, c'est à l'exécution de la sentence qu'il s'agit de s'opposer. Tel était le cas dans l'affaire opposant la société nationale indonésienne *Pertamina* à la société de projet *KBC*, à propos de la construction et du développement d'une centrale géothermique en Indonésie. Le projet ayant été suspendu par le Gouvernement indonésien, KBC a engagé, sur le fondement des clauses compromissoires des contrats litigieux, une procédure arbitrale en Suisse en application du règlement de la CNUDCI. En décembre 2000, le tribunal arbitral a condamné Pertamina à

---

le contexte d'une faillite internationale, que le juge français ordonne sous astreinte à l'un des créanciers de se désister d'une procédure de saisie immobilière introduite en Espagne sur un immeuble du débiteur, *D.*, 2003.797, note G. Kairallah ; *JCP*, 2002 II 10201, concl. J. Sainte-Rose, note S. Chaillé de Néré ; *Gaz. Pal.*, 25-26 juin 2003, 29, note M.-L. Niboyet.

(17) Sur la question, en droit comparé, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, n° 534 et s. ; J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, 2002, n° 235.

(18) Décision inédite, aff. CCI n° 12 689.

payer à KBC des dommages-intérêts pour un montant de l'ordre de 260 millions de dollars US (19). Après avoir tenté de former un recours en annulation au siège de l'arbitrage, rejeté en avril 2001 faute de règlement de la provision pour frais de justice, Pertamina a formé en Indonésie, en mars 2002, une demande d'annulation de la sentence assortie d'une demande d'injonction tendant à voir interdire à KBC d'exécuter la sentence à l'étranger. KBC avait en effet obtenu, en décembre 2001, l'exequatur de la sentence aux Etats-Unis (20). Les juridictions indonésiennes ont fait droit à la demande d'injonction de Pertamina et ont interdit à KBC de tenter d'exécuter la sentence. Compte tenu des mesures de rétorsion prises aux Etats-Unis, Pertamina a demandé, en mai 2002, aux juridictions indonésiennes de suspendre l'injonction mais cette demande, à laquelle la société nationale devant acquérir l'électricité produite s'opposait, a été rejetée par les juridictions indonésiennes. Le 27 août 2002, le Tribunal de Djakarta a annulé la sentence motif pris notamment de sa contrariété à l'ordre public et a prononcé une injonction interdisant à KBC d'exécuter la sentence sous peine d'avoir à payer une amende de 500 000 \$ US par jour d'infraction (21). De telles mesures ne pouvaient manquer d'appeler, de la part des juridictions américaines, des mesures inverses, ainsi qu'on aura l'occasion de le constater (22).

## II. – L'INTERDICTION D'INTERDIRE DE LAISSER SE DÉROULER L'ARBITRAGE

12. Pour les juridictions d'Etats qui connaissent l'*anti-suit injunction* et qui ne partagent pas la conception de la validité ou de l'invalidité de la convention d'arbitrage des juridictions ayant interdit aux parties de laisser l'arbitrage se dérouler, la réaction

---

(19) *Karah Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT, PLN (Persero)*, sentence du 18 décembre 2000, 16 *Int'l Arb. Rep. C-2* (Mars 2001).

(20) *In the matter of an arbitration between Karah Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, US District Court for the Southern District of Texas*, 4 décembre 2001, 190 *F.Supp. 2d* 936.

(21) Tribunal de Djakarta, 27 août 2002, disponible sur le site internet de *Int. Arb. Rep.* ([www.newslettersonline.com/mealeys/alltitles.htm](http://www.newslettersonline.com/mealeys/alltitles.htm)).

(22) *V. infra*, n° 13.

naturelle à cette mesure est de prononcer une mesure inverse, elle-même énergiquement sanctionnée (A). Dans certaines hypothèses, les arbitres eux-mêmes sont appelés à intervenir (B).

#### **A) L'interdiction d'interdire prononcée par une juridiction étatique**

13. L'affaire *Pertamina* fait ressortir de manière presque caricaturale les excès auxquels donnent lieu les prétentions antagonistes de plusieurs systèmes juridiques à faire prévaloir, chacun pour le monde entier, leur propre conception de la possibilité pour les parties de faire régler un litige donné par voie d'arbitrage. Tandis que les juridictions indonésiennes étaient saisies d'une demande tendant à voir interdire l'exécution aux Etats-Unis de la sentence, KBC s'empressait de demander aux juridictions américaines d'enjoindre à Pertamina de suspendre cette demande d'injonction.

La mesure, effectivement octroyée dans la journée sous forme de *Temporary Restraining Order* par la *District Court* du *Southern District of Texas*, n'ayant pas été respectée et les juridictions indonésiennes ayant prononcé l'injonction, KBC a demandé la condamnation de Pertamina pour *contempt* au juge américain. Celui-ci a ordonné le retrait de la demande indonésienne et condamné Pertamina pour *contempt*. Entre-temps, le Président de Pertamina protestait de son intention de ne pas se prévaloir de la décision indonésienne. Le juge américain n'en a pas moins maintenu son interdiction et sa condamnation pour *contempt*. C'est à l'issue de cette décision, que Pertamina a indiqué au juge indonésien vouloir respecter, mais qu'une société sœur contestait, que le Tribunal de Djakarta a prononcé, sous astreinte de 500 000 US \$ par jour, l'injonction de ne pas exécuter la sentence aux Etats-Unis et qu'il a annulé la sentence. Le juge américain ayant, une fois encore, confirmé sa décision de condamnation, l'affaire a été portée devant la Cour d'appel fédérale pour le 5<sup>e</sup> circuit. Avant d'analyser la décision de cette juridiction dont il conviendra de saluer le sens de la mesure et la justesse des vues (23), on retiendra de la décision de première instance l'impression de malaise que laissent ces injonctions contradictoires et également illégitimes au regard du droit inter-

---

(23) V. *infra*, n° 18. Sur la procédure de première instance, v. E. Gaillard, "The Misuse of Anti-Suit Injunctions", *NYLJ*, 1<sup>er</sup> août 2002.

national public en ce qu'elles s'adressent en réalité à des juridictions étrangères sous couleur de sanctionner les parties qui y ont recours (24).

## **B) L'interdiction d'interdire prononcée par un tribunal arbitral**

14. Compétents pour connaître de leur compétence, les arbitres peuvent eux-mêmes adresser des recommandations aux parties, notamment celle de s'abstenir d'aggraver le différend, voire prendre à leur égard les mesures provisoires qui leur paraissent s'imposer. Ces mesures n'auront certes pas l'autorité qui s'attache à des décisions immédiatement exécutoires de juridictions étatiques dont l'*imperium* n'est pas contestable, mais elle peuvent avoir une incidence non négligeable sur l'issue du litige. Rien n'empêche, selon nous, aux arbitres de recommander aux parties d'éviter d'aggraver le différend en sollicitant diverses mesures destinées à perturber le déroulement de l'arbitrage (25). Il est vrai que si une partie a choisi d'adopter une stratégie de rupture, la mesure n'aura vraisemblablement qu'un effet limité.

15. Il en va différemment en matière d'arbitrage CIRDI puisque cette forme d'arbitrage repose entièrement sur la Convention de Washington de 1965 et connaît un principe d'exclusivité des décisions des arbitres à l'égard des décisions des juridictions d'un Etat quelconque. En outre, aux termes de l'article 54 de la Convention, les sentences CIRDI jouissent dans tous les Etats ayant ratifié la Convention de Washington de la même autorité qu'un jugement définitif de l'ordre juridique local. De ce fait, les recommandations que les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI sont habilités à prononcer ont une valeur particulièrement forte.

Il n'est pas surprenant dans ces conditions que, dans l'affaire opposant *SGS au Gouvernement du Pakistan*, le tribunal arbitral CIRDI saisi en application du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre la Suisse et le Pakistan ait recom-

---

(24) Sur la question, v. les auteurs cités *supra*, note 8, spéc. S. Clavel, Thèse préc., n° 410 et s. et les réf.

(25) V. par ex., en ce sens, la sentence rendue à Genève dans l'affaire CCI n° 8887, *Bull. CCI*, 2000.91. *Adde*, en des termes plus prudents, la sentence rendue à Paris dans l'affaire CCI n° 9593, *Bull. CCI*, 2000.105 et, en termes particulièrement énergiques, la sentence rendue le 14 mai 2001 par P. Tercier, arbitre unique, dans l'affaire CCI n° 8307 et le rapport de L. Lévy, colloque IAI, préc.

mandé à l'Etat de ne prendre aucune mesure pour solliciter une condamnation pour *contempt* en application de la décision rendue par la Cour suprême du Pakistan le 3 juillet 2002 (26) et que cette mesure ait été respectée par les parties.

16. Il reste que, de façon générale, la solution des conflits susceptibles de résulter de visions différentes par les juridictions de différents Etats de la validité ou de l'étendue de certaines conventions d'arbitrage, se trouve, à notre sens, non dans l'affirmation par chacune d'une compétence ayant une portée internationale absolue mais dans la reconnaissance de la possibilité, pour chaque ordre juridique, de se prononcer sur le sujet, indépendamment des positions prises par tel ou tel autre ordre juridique, dans le respect de ses engagements internationaux au premier rang desquels figure la Convention de New York.

C'est émettre le vœu que chaque juridiction ait la sagesse, après tout conforme aux exigences du droit international, non seulement de s'interdire d'interdire, mais également de s'interdire d'interdire d'interdire.

### III. – L'INTERDICTION D'INTERDIRE D'INTERDIRE DE LAISSER SE DÉROULER L'ARBITRAGE

17. L'arrêt rendu le 18 juin 2003 dans l'affaire *Pertamina* par la Cour d'appel fédérale des Etats-Unis pour le 5<sup>e</sup> circuit marque un tournant important dans l'évolution de la jurisprudence américaine (A) et constitue une excellente illustration des principes que les Etats confrontés aux prétentions extraterritoriales d'autres Etats devraient, selon nous, mettre en œuvre (B).

#### A) L'évolution de la jurisprudence américaine

18. Saisie d'un appel de la décision du Tribunal du *Southern District* du Texas qui avait interdit à *Pertamina* de se prévaloir

---

(26) Décision du 16 octobre 2002, inédite et pour un commentaire le rapport de K. Kerameus au colloque IAI, préc.. Sur la décision de la Cour suprême du Pakistan, v. *supra*, note 13. V. également les ordonnances de procédure n° 4 et 5 rendues dans l'affaire *CSOB c/ République slovaque* les 11 janvier 1999 et 1<sup>er</sup> mars 2000, disponibles sur le site internet du CIRDI ([www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)), ordonnant à une partie de suspendre une procédure collective devant les juridictions slovaques.

de la décision indonésienne et condamné cette société pour *contempt*, la Cour d'appel pour le 5<sup>e</sup> circuit adopte une position beaucoup plus mesurée. Pour apprécier si la procédure intentée à l'étranger est « *vexatious or oppressive* » la Cour analyse les effets que la décision indonésienne d'annulation de la sentence est susceptible d'avoir aux Etats-Unis. De façon tout à fait remarquable, compte tenu des controverses qui continuent d'opposer les auteurs à ce sujet (27), elle relève, en citant l'affaire *Chromalloy* (28), que « les juridictions américaines et les juridictions d'autres Etats ont reconnu ou déclaré exécutoires des sentences en dépit de leur annulation dans un Etat ayant compétence [pour prononcer une telle annulation] ». C'est du reste ce qu'ont fait les juridictions de Hong Kong dans l'affaire *Pertamina* (29). Cela prouve que « le juge saisi d'une demande d'exécution d'une sentence peut procéder et quelquefois procède à sa propre analyse des griefs opposés à l'exécution de la sentence. En résumé, les procédures judiciaires multiples sur les mêmes questions de droit sont caractéristiques de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales en application de la Convention [de New York] ». S'il est exact, dans le régime de la Convention, que les juridictions compétentes pour connaître d'une demande d'annulation sont libres de faire prévaloir leurs propres critères, les juridictions du lieu d'exécution sont liées par les conditions prévues par la Convention de New York. C'est au regard de cette analyse que la Cour conclut que

---

(27) V. par exemple, dans un sens favorable à l'exécution des sentences annulées dans leur Etat d'origine, D. Rivkin, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience", *ICCA Congress Series No. 9, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, 1999, p. 528 et, dans un sens critique, E. Schwarz, "A Comment on *Chromalloy*. Hilmarton à l'américaine", *J. Int. Arb.*, 1997.125 ; D. Freyer, H. Gharavi, "Finality and Enforceability of Foreign Arbitral Awards: From 'Double Exequatur' to the Enforcement of Annulled Awards: A Suggested Path to Uniformity Amidst Diversity", 13 *ICSID Rev.*, 101 (1998). Sur la question, v. également les auteurs cités *infra*, note 33.

(28) *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F Supp. 907 (D.D.C. 1996) qui donne effet aux Etats-Unis à une sentence annulée en Egypte, comme l'ont fait, dans la même affaire, les juridictions françaises, Paris, 14 janvier 1997, *République arabe d'Egypte c/ société Chromalloy Aero Services*, *Rev. arb.*, 1997.385.

(29) *Karaha Bodas Co LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, *High Court of the Hong Kong Special Administrative Region*, 27 mars 2003, 2003 HKCU Lexis 378. La décision est fondée sur le motif contestable que les juridictions indonésiennes n'avaient pas compétence pour annuler la sentence mais la solution est parfaitement justifiée.

la décision indonésienne ne constitue pas une charge inéquitable. Les juridictions d'Etat tiers demeurant libres de ne pas tenir compte de la décision indonésienne, « il est tout sauf clair qu'il en résulte pour KBC [dont il n'est pas établi qu'elle possède des actifs en Indonésie] une charge financière ». Ce sont ces considérations, mises au regard des exigences du droit international, qui ont conduit la Cour d'appel à infirmer la décision de première instance. La Cour observe très justement que « la doctrine de la courtoisie internationale comporte une règle d'auto-limitation qui invite les juridictions à restreindre raisonnablement l'application extraterritoriale de leur autorité de souverain ». Aussi, « même si c'est à tort que les juridictions indonésiennes ont exercé leurs pouvoirs », il n'en résulte pas nécessairement que les juridictions américaines doivent elles-mêmes prononcer une injonction. « Maintenir [une telle mesure] ne ferait qu'exacerber davantage encore la difficulté, sur un plan diplomatique, sinon juridique ».

Aussi, tout en déclarant partager « la frustration des premiers juges à l'égard du comportement de Pertamina et de ses conseils », la Cour infirme la décision de prononcer une injonction à l'égard de Pertamina (30).

19. Une telle auto-limitation mérite d'être saluée. Au-delà des principes de droit international public qu'elle rappelle, la décision met en lumière les règles du droit de l'arbitrage dont l'adoption généralisée rend inutile le recours à la technique contestable des *anti-suit injunctions*.

## **B) Les principes du droit de l'arbitrage applicables**

20. Trois principes du droit de l'arbitrage devraient permettre de régler, dans le strict respect des exigences du droit international, les situations dans lesquelles les juridictions de certains Etats sont tentées de recourir à la technique des *anti-suit injunctions*.

21. Le premier est naturellement le principe de compétence-compétence qui donne aux arbitres le pouvoir de statuer sur leur

---

(30) *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, US Court of Appeals for the Fifth Circuit, arrêt du 18 juin 2003, 335 F.3d 357, et, pour un commentaire, E. Gaillard, « *Anti-suit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine », *JDI*, 2003.1105.

propre compétence et qui impose donc aux parties de soumettre, au moins dans un premier temps, les moyens tirés de l'invalidité ou de la portée de la convention d'arbitrage aux arbitres eux-mêmes. Qu'elles émanent des juridictions du siège ou des juridictions d'Etats tiers, les *anti-suit injunctions* méconnaissent ce principe, très généralement reconnu en droit comparé (31), ce qui devrait suffire à justifier que l'on n'y ait pas recours (32).

22. Bien qu'il ne bénéficie pas encore d'une reconnaissance aussi large, le principe selon lequel chaque ordre juridique demeure libre de donner effet, en application de ses propres critères de ce qui constitue une sentence arbitrale valable, à une sentence annulée dans l'Etat d'origine, est également appelé à jouer un rôle important en la matière. La croyance erronée que l'annulation prononcée dans un Etat compétent pour connaître d'une telle demande (33) aura une efficacité internationale absolue pourra conduire les juridictions d'un autre Etat à prononcer une *anti-suit injunction* pour préserver l'efficacité de la sentence. Telle était la démarche des premiers juges dans l'affaire *Pertamina*. La prise de conscience du fait qu'une annulation n'aura d'effet que dans l'Etat dont les juridictions ont prononcé cette annulation invite à plus de sérénité. C'est la consécration de ce principe par la Cour d'appel du 5<sup>e</sup> circuit qui lui permet d'infirmer la décision de prononcer une *anti-suit injunction*. Il n'est pas nécessaire d'interdire aux parties de faire prospérer la procédure indonésienne : il suffit de ne tenir aucun compte de la décision à intervenir. Parfaitement respectueuse de la Convention de New York, qui ne fait que fixer les conditions minimales de la reconnaissance d'une sentence sans jamais interdire une reconnaissance plus large (34), cette solution procède d'une

---

(31) Sur l'acceptation très générale du principe de compétence-compétence, au moins dans son effet positif permettant aux arbitres de se prononcer sur ces questions, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, n° 653 et s.

(32) V. également en ce sens, S. Clavel, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », art. préc., spéc. p. 702 et s.

(33) Aux termes de la Convention de New York, il peut s'agir aussi bien des juridictions du siège de l'arbitrage que de celles en vertu de la loi desquelles la sentence a été rendue (article V(1)(e)).

(34) Sur l'ensemble de la question, v. Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997.329 ; J. Paulsson, « L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL) », *Bull. CCI*, 1998, n° 21, p. 14 ; E. Gaillard, « L'exécution des sentences annulées dans leur Etat d'origine », *JDI*, 1998.645. *Contra*, J.-F. Poudret et S. Besson, *op. cit.*, n° 1013.

conception de la répartition des compétences irréprochable au regard des principes du droit international public.

23. Le dispositif serait cependant incomplet si l'on ne reconnaissait pas également la liberté d'un tribunal arbitral de poursuivre sa mission, lorsqu'il l'estime justifiée, en dépit des injonctions en sens contraire susceptibles de lui être adressées par diverses juridictions étatiques, qu'il s'agisse de celles du siège ou de celles d'un Etat tiers. Plus encore que la précédente dont elle ne constitue que l'anticipation, la règle ne s'est dégagée que très récemment (35). Elle est cependant essentielle si l'on souhaite éviter que ne renaisse la double tentation, pour certaines juridictions, de faire échec à l'arbitrage avant même que la sentence ne puisse être rendue et, pour d'autres, d'interdire aux premières de prendre de telles mesures. Si, forts du principe de compétence-compétence, les arbitres sont habilités à se prononcer eux-mêmes sur les incidents de toute nature susceptibles de leur être soumis, quelles que soient les injonctions susceptibles de leur être adressées en sens contraire, il leur appartient de rendre une décision à ce sujet, quitte à ce que chaque ordre juridique se prononce ultérieurement sur le sort qu'il convient de réserver — pour ce qui le concerne — à cette décision.

24. Cette conception, qui participe, comme la précédente, de l'idée que les arbitres tiennent leurs pouvoirs de l'ensemble des ordres juridiques susceptibles de reconnaître leur sentence à certaines conditions et non du seul droit du siège (36) est de nature à éviter, dans cette situation également, que ne s'opposent *anti* et *anti-anti-suit injonctions* dans un chaos que réprouve le droit international.

25. L'adoption généralisée de ces principes, qui nous paraissent caractériser le droit moderne de l'arbitrage international, devrait rendre très largement inutiles les *anti-suit injonctions* et s'accompagner de leur banissement.

---

(35) Sur la question, v. la sentence CCI n° 10 623, 7 décembre 2001, *Bull. ASA*, 2003.21, et E. Gaillard, « L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage », *Etudes en l'honneur de Claude Reymond*, Litec, 2004.

(36) Sur les diverses positions possibles sur le fondement même de l'arbitrage, v. E. Gaillard, « L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage », art. préc., et, en sens contraire, O. Sandrock, "To continue nationalizing or to de-nationalize ? That's the question now in international arbitration", 12 *Am. Rev. Int'l Arb.* 301 (2001).