

INDIAN CASE LAW REVIEW (2014–2015): ANTI-ARBITRATION INJUNCTIONS

REVUE DE JURISPRUDENCE INDIENNE (2014 – 2015): ORDONNANCES
« ANTI-ARBITRAGE »

Delphine CONSTANTIN

 India; Injunctions; International arbitration; National courts

The landmark decision rendered by the Indian Supreme Court on September 6, 2012 in *Bharat Aluminium Co v Kaiser Aluminium Technical Services (BALCO)* is today widely viewed as setting the foundations for a move by Indian jurisdictions towards a positioning more favourable to arbitration—with, essentially, greater deference to party autonomy and lesser court intervention in foreign-seated arbitrations.

This move is supported by the Indian Parliament, as amendments to the Arbitration & Conciliation Act, 1996 (the “Arbitration Act”) are being reviewed by the current legislature. In the same effort to facilitate arbitration processes in India, some of these amendments are in effect intended to clarify certain outstanding issues left pending by *BALCO*.

With the principle of autonomy in international arbitration now sanctioned by the apex court, the lower courts’ attention may increasingly be drawn to residual challenges to the arbitration process. That is, either challenges post-issue of an award; this has, for instance, included challenges to enforcement on grounds of domestic public policy. Or challenges prior to, or concurrently with, arbitration proceedings, by way of applications for anti-arbitration injunctions in local courts.

Each of the cases reviewed herein involves foreign parties entering into joint-venture or investment agreements with local partners. In two of these, requests for anti-arbitration injunctions had been submitted by the local parties in an attempt to stall their international counterparts’ attempts to initiate international arbitration proceedings in a foreign

La décision, déjà largement commentée, de la Cour suprême indienne du 6 septembre 2012 dans l’affaire *Bharat Aluminium Co v Kaiser Aluminium Technical Services* (ci-après, *BALCO*) est considérée comme ayant posé les fondements d’un nouveau positionnement des juridictions du pays en matière d’arbitrage international — et, concrètement, comme ayant consacré les principes de l’autonomie des parties et d’une intervention limitée des tribunaux nationaux dans les arbitrages ayant un siège étranger.

Ce mouvement jurisprudentiel est en outre appuyé par le Parlement fédéral, dont la mandature en cours a entrepris l’examen de nouvelles propositions de modifications à la loi indienne sur l’arbitrage et la conciliation (*Arbitration and Conciliation Act*, 1996) (ci-après, la « Loi sur l’arbitrage »). Dans le même esprit, ces modifications ont notamment et précisément pour objet de combler certaines des questions laissées pendantes par *BALCO*.

Le principe de l’autonomie de l’arbitrage international étant aujourd’hui sanctionné par la juridiction suprême, l’attention des tribunaux indiens semble se porter de façon croissante sur des contestations subsidiaires. Contestations tendant à faire obstacle à un arbitrage à l’étranger, soit postérieurement à la procédure — par des oppositions à l’exécution d’une sentence, y compris sur le fondement de l’ordre public interne ; soit, préalablement ou concomitamment à la procédure, par le moyen de requêtes portées devant les tribunaux nationaux aux fins de voir écartée l’application de conventions d’arbitrage — y compris par des ordonnances dites « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunction*).

Chacun des cas étudiés ci-dessous impliquait des parties étrangères ayant conclu des accords de *joint-venture* ou d’investissement avec des partenaires indiens. Dans deux cas, des requêtes avaient été soumises aux tribunaux locaux par les partenaires indiens afin de faire échec à une procédure d’arbitrage international dans un *forum* étranger. Dans chacun de

ces cas, les requêtes étaient motivées notamment au fondement de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage.

Pour mémoire, la s.45 dispose qu'

« une autorité judiciaire, lorsqu'elle est saisie d'un litige que les parties ont préalablement convenu de soumettre à l'arbitrage ... doit, à la demande de l'une des parties ou de toute autre personne agissant en leur nom, référer les parties à l'arbitrage, *sauf si cette autorité considère la convention d'arbitrage comme étant nulle, inopérante ou inapplicable.* » (souligné par l'auteur)

Ces décisions restent pour l'instant trop parcellaires pour que l'on puisse y discerner un véritable courant jurisprudentiel ; pour plusieurs d'entre elles, y compris dans certaines des espèces étudiées ici, elles font toujours l'objet de procédures d'appel. Elles sont néanmoins remarquables en ce qu'elles interviennent dans le contexte d'une stratégie affirmée du nouveau Premier Ministre, Monsieur Narendra Modi, pour encourager et accompagner les investissements étrangers en Inde — et du nouveau programme gouvernemental « *Make in India* » (Fabriquer en Inde).

HIGH COURT DE CALCUTTA, 29 SEPTEMBRE 2014, UNKNOWN V LOUIS DREYFUS

Louis Dreyfus Armateurs SAS (ci-après, LDA), une société de droit français ayant pour objet le transport et la manutention de cargo maritime, avait, à travers une sous-filiale de droit local, la société de projet Haldia Bulk Terminals Pvt Ltd (ci-après, HBT), conclu le 16 octobre 2009 un contrat d'opération et de maintenance (*O&M Agreement*) (ci-après, le « contrat O&M ») avec le Kolkata Port Trust (ci-après, KPT), une entité propriété de l'état fédéral. Le contrat O&M concernait les quais n°2 et n°8 du complexe portuaire de Haldia Dock Complex, détenu par KPT. Le contrat O&M était soumis au droit indien et comprenait une clause d'arbitrage prévoyant que les litiges seraient soumis à un tribunal arbitral local siégeant à Calcutta.

LDA et sa sous-filiale HBT ont par la suite allégué de multiples violations du contrat O&M par leurs contreparties indiennes qui, dans chaque cas, auraient eu pour objet ou effet de faire obstacle à la bonne exécution du contrat et à la viabilité de l'investissement de LDA en Inde — cela, outre des accusations de violences et d'intimidations à l'encontre des employés de HBT, notamment.

C'est dans ce climat et sur ces fondements que HBT a alors entrepris de résilier le contrat O&M. LDA et ses filiales ont par ailleurs dans le même temps engagé deux procédures arbitrales distinctes.

En premier lieu, HBT a engagé une procédure d'arbitrage ad hoc à l'encontre de KPT en application de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat O&M aux fins de voir indemnisées les conséquences des violations alléguées du contrat O&M. Il ressort à ce stade de la décision en objet que LDA, par le biais de sa filiale indienne ALBA Asia, aurait investi dans HBT, la société de projet, à hauteur de INR140 crore en équipements depuis la signature du contrat O&M. Les

forum—each time, on grounds of, inter alia, s.45 of the Arbitration Act.

By way of reminder, s.45 provides that:

“a judicial authority, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an [arbitration] agreement ... shall, at the request of one of the parties or any person claiming through or under him, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is *null and void, inoperative or incapable of being performed*”¹ (emphasis added).

These lower court decisions may not indicate a trend. Some, including the cases reviewed below, are subject to appeal. They are, however, significant in light of the Indian political context and of an affirmed strategy by the new Prime Minister, Mr Narendra Modi, to encourage and support increased foreign investments in India—under the Indian government's new “Make In India” initiative.

CALCUTTA HIGH COURT, SEPTEMBER 29, 2014, UNKNOWN V LOUIS DREYFUS

Louis Dreyfus Armateurs SAS (LDA), a French-incorporated dry bulk cargo transportation and handling company, acting through a local joint-venture subsidiary, Haldia Bulk Terminals (HBT), had entered into an Operation & Maintenance agreement (the “O&M Agreement”) on October 16, 2009 with Union-owned Kolkata Port Trust (KPT) with respect to berths Nos 2 and 8 of the Haldia Dock Complex of KPT. The O&M Agreement was subject to Indian law and contained a dispute resolution clause providing for arbitration in Calcutta.

LDA and HBT alleged multiple breaches of the O&M Agreement by their Indian counterparts, which, in each case, had the object or effect of impairing the performance of the O&M Agreement and the sustainability of LDA's investment—this, in addition to allegations of violence and intimidation against HBT staff, among others.

It is in this context and on this basis that HBT subsequently terminated the O&M Agreement. Concurrently, LDA and its subsidiaries also initiated two separate arbitration proceedings.

First, HBT initiated a domestic, ad hoc arbitration against KPT pursuant to the arbitration clause contained in the O&M Agreement, seeking damages as a result of the alleged breaches. LDA, through its Indian subsidiary ALBA Asia, was estimated to have invested in HBT, the project company, up to INR140 crore¹ in equipment since the signing of the O&M Agreement. The investors claimed to have made additional

cash injections of INR68 crore, both during the operating period under the O&M Agreement, and after termination, in order to address the operating losses resulting from the alleged breaches.

Secondly, LDA initiated international, UNCITRAL arbitration proceedings pursuant to art.9 of the treaty “on the reciprocal promotion and protection of investments” between France and India of September 2, 1997 (the “Treaty”). This action notified to the Government of India, the State of Bengal and KPT simultaneously on November 11, 2013, was based on LDA’s claims that:

“India, through its acts and omissions, ha[d] denied fair and equitable treatment to LDA, failed to provide protection and safety to LDA’s Investments in India and ha[d] ultimately indirectly expropriated LDA’s Investments in the project.”

LDA referred more specifically to the fact that:

“[f]rom the very inception of the project, India, the State [of Bengal] government, [KPT], and a number of authorities and agencies have consistently and deliberately, through their acts and omissions: - created impediments to the implementation of the Project in an efficacious manner; - compelled HBT to overstaff the project; - created impediments to the operation of the Project facilities in an efficacious manner in a normal, safe and conducive environment; - failed to provide protection and safety to the Project facilities or HBT’s personnel adequately or at all;- financially crippled the Investment and the Project; [a]s a result of which the Contract was rendered redundant and HBT was left with no choice but to terminate its Contract with [KPT].”

Being the first arbitration brought under the Treaty, the case is being closely watched by investors and potential investors in India, whose interest has been growing—this, against the backdrop of the country’s important infrastructure needs. Incidentally, and aside from the new government’s strategy to facilitate foreign investments in key sectors for the country’s economic growth, India is still in negotiations towards a free trade agreement with the EU.

Meanwhile, KPT responded to LDA’s notifications with a request for an anti-arbitration injunction to the High Court of Calcutta, which had jurisdiction over the Haldia port. KPT sought to bar LDA from taking further steps on the basis of the notification of claim under the Treaty’s art.9.

investisseurs auraient été contraint d’injecter à titre supplémentaire INR68 crore pendant la période d’opération du contrat O&M, ainsi que postérieurement à sa résiliation, pour faire face aux déficits opérationnels liés aux violations alléguées du contrat.

En second lieu, LDA a engagé une procédure d’arbitrage international — soumise aux règles UNCITRAL — en application de l’art.9 du traité « sur la promotion réciproque et la protection des investissements » conclu entre la France et l’Inde le 2 septembre 1997 (le « Traité »), notification en étant donnée le 11 novembre 2013 simultanément à la République indienne, à l’Etat du Bengale et à KPT. En cela, LDA entendait notamment se fonder sur le fait que :

« L’Inde, par ses actions et omissions, n’[avait] pas accordé un traitement juste et équitable à LDA, avait manqué à son obligation d’assurer protection et sécurité aux investissements de LDA en Inde et, de ce fait, avait en réalité indirectement exproprié les investissements faits par LDA dans le projet, causant de ce fait des dommages, des torts et des pertes irréparables à LDA, en violation de ses obligations en application du Traité. »

Dans ses écritures, LDA se référait plus particulièrement au fait que :

« dès le début du projet, l’Inde, le gouvernement de l’Etat [du Bengale], [KPT], et un certain nombre d’autorités et d’agences, avaient constamment et délibérément, par leurs actes ou omissions : - créé des obstacles à une exécution efficace du projet ; - contraint HBT à recruter du personnel au-delà des nécessités du projet ; - créé des obstacles à une opération efficace des installations du projet dans un environnement normal, sécuritaire et adéquat ; - manqué à leurs obligations d’assurer la protection et la sécurité des installations du projet ou du personnel de HBT de manière adéquate ou en tant que nécessaire ; - alourdi financièrement l’investissement et le projet ; en conséquence de quoi, le [contrat O&M] était devenu caduc et HBT n’avait d’autre choix que de résilier son contrat avec [KPT]. » (traduit par l’auteur)

De fait, et s’agissant du premier litige soumis à un arbitrage en application du Traité, ce contentieux est observé avec attention par les investisseurs et investisseurs potentiels en Inde, dont l’intérêt est croissant — en particulier dans le cadre des importants besoins du pays en infrastructures. Par ailleurs, et outre la politique volontariste du gouvernement indien pour faciliter les investissements étrangers dans plusieurs secteurs-clés de sa croissance, l’Inde est toujours en phase de négociation d’un traité de libre-échange avec l’Union européenne.

KPT a entretemps répondu aux notifications de LDA par une requête devant la *High Court* de Calcutta, dans le ressort de laquelle se situait le port de Haldia, aux fins de voir enjoindre à LDA de s’abstenir de toute nouvelle action sur la base de la notification des griefs portés sur le fondement de l’art.9 du Traité — et une ordonnance dite « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunction*) prononcée à cet effet.

Dans sa décision, la *High Court* de Calcutta a tout d'abord réaffirmé son pouvoir de rendre des ordonnances « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunctions*), au visa de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage. Elle a ensuite confirmé qu'une telle ordonnance supposait la démonstration qu'une convention d'arbitrage était « nulle, inopérante ou inapplicable ». C'est l'examen par la cour des conditions d'application de cette réserve posée par la s.45 qui est étudiée ici.

En l'espèce, s'agissant d'un traité international, la validité de la clause d'arbitrage était pour la cour difficilement contestable. La *High Court* a en lieu et place recherché si cette clause avait un caractère « opérant » — critère qui devait déterminer sa pertinence entre les parties au litige.

La cour a pour cela examiné et appliqué ce critère à chacune des parties ayant fait l'objet d'une notification par LDA — soit, la République indienne et l'Etat du Bengale, d'une part, et KPT, d'autre part.

Dans le cas de KPT, la cour a considéré que la clause d'arbitrage était « inopérante » à son égard, prenant acte du fait que cette dernière n'était pas partie au Traité. Par ailleurs d'ores et déjà partie à l'arbitrage local engagé par HBT en application du contrat O&M, elle ne pouvait être concurremment atraite devant le tribunal arbitral constitué en application d'un traité dont elle n'était pas signataire.

A l'inverse, dans les cas de la République indienne et de l'Etat du Bengale, et dans la mesure où l'Inde était bien évidemment partie au Traité (et donc à sa clause arbitrale), la présomption était pour la *High Court* que la clause était *prima facie* « opérante » — et que les parties devaient donc se soumettre à la procédure d'arbitrage international engagée sur ce fondement.

Cette décision de la *High Court* de Calcutta est également significative en ce qu'elle contribue à circonscrire les conditions d'octroi d'une ordonnance « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunction*) sur le fondement de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage. En excluant expressément, dans ses considérants, un certain nombre des éléments de fait et de droit soumis par le demandeur à l'appui de sa requête, la cour paraît aller dans le sens d'une interprétation stricte des critères posés par la s.45. Parmi les éléments discutés, et écartés par la cour comme ne suffisant pas à faire échec au caractère « opérant » de la clause d'arbitrage entre les parties, notamment : l'existence de procédures arbitrales et/ou judiciaires multiples concernant le même litige, pouvant conduire à des incohérences ou des difficultés d'application ; le fait que les actifs de KPT, défendeur à l'arbitrage, soient exclusivement localisés en Inde et, par conséquent, que l'exécution d'une sentence arbitrale pourrait être soumise aux tribunaux indiens ; ou encore la question de savoir si LDA entrait dans la définition du terme « investisseur » au sens du Traité. Sur ce dernier point, la cour rappelle utilement que :

In its decision, the Calcutta High Court first reaffirmed its authority to issue anti-arbitration injunctions under s.45 of the Arbitration Act. It then confirmed that this would require the courts to make a determination as to whether the arbitration agreement was “null and void, inoperative or incapable of being performed”, as per the reservation set out in s.45. It is the court's review of this reservation that is being examined here.

The validity of the arbitration agreement under the Treaty was hardly questionable in this instance. Rather, the court identified the “in/-operativeness” of the arbitration agreement as a moot point. Whether the arbitration agreement was in fact “operative” would essentially define the threshold to be met under s.45 in order for an anti-arbitration injunction to be issued.

In doing so, the court successively applied the test to each of the parties notified by LDA—being the Republic of India and the State of Bengal, on the one part, and KPT, on the other.

As for KPT, the court held that the arbitration agreement was “inoperative” and “incapable of being performed” since the latter was not a party to the Treaty. While otherwise already a party to the domestic arbitration initiated by HPT under the O&M Agreement, KPT could not be called into foreign arbitration proceedings on the basis of an agreement to which it was not a signatory.

Conversely, as regards the Republic of India and the State of Bengal, to the extent that India was a party to the Treaty (and hence to the arbitration agreement thereunder), the presumption was that the arbitration agreement was *prima facie* “operative” and that the foreign arbitration should be allowed to proceed among them.

The decision of the Calcutta High Court is also significant in that it contributes to define the scope of Indian courts' discretion to issue anti-arbitration injunctions. By excluding a number of the arguments of fact and law presented by the plaintiff in support of its request, the court appears to point to a strict interpretation of the reservation in s.45 of the Arbitration Act. Among items that would not suffice to defeat the presumption that an arbitration agreement is “operative”, the court discusses: the multiplicity of legal proceedings and the risk of inconsistent decisions; the fact that all of KPT's assets were in India and that enforcement of an award may be submitted to Indian courts; and whether LDA qualified as an “investor” under the Treaty. On the latter, the court notes that:

“The bilateral treaty is between the two sovereign nations. An investor under the treaty has been given certain rights and privileges which is enforceable under the treaty. Whether ... [LDA] could be treated as an investor is a matter to be decided by an arbitral tribunal duly constituted under the relevant rules.”

The court concludes with a guiding principle for the interpretation of s.45 of the Arbitration Act:

“The principle the court is required to keep is that, if there is a valid arbitration agreement between the parties, there is no escape from arbitration and the parties shall be referred to arbitration and resolve their dispute through the mechanism of arbitration.”

DELHI HIGH COURT, DECEMBER 22, 2014, V BAKSHI V MCDONALDS

McDonalds India Pvt Ltd (“McDonalds”), an Indian-incorporated subsidiary of the Delaware holding company, had entered into a joint venture agreement on March 31, 1995 with Mr Vikram Bakshi, an Indian citizen and henceforth its local partner. A joint-venture company was then established on June 29, 1995, which ran McDonalds operations in certain parts of India and was managed by the local partner. Each partner owned 50 per cent of the share capital in the joint-venture company. McDonalds had in addition been granted 100 per cent of the company’s preferential shares. The joint-venture agreement was governed by Indian law and contained an arbitration clause providing that disputes would be submitted to a tribunal under the LCIA Rules.

In 2013, a longstanding dispute among the partners crystallised, as McDonalds sought to block the local partner’s re-election as managing director of the joint-venture company (by way of a note circulated on August 6, 2013), and to exercise a call option in order to secure its partner’s 50 per cent shareholding (by way of a notice issued on August 16, 2013).

On September 9, 2013, the local partner challenged McDonalds’ actions before the Company Law Board (CLB), a quasi-judicial body, under the then Companies Act, 1956. By order dated September 16, 2013, the CLB “directed [McDonalds] to maintain status quo over the shareholding pattern of the company and the right of call option”.

On September 22, 2013, McDonalds filed a separate application to the CLB under s.45 of the Act, seeking to have the CLB proceedings stopped and the dispute referred to arbitration, as per the terms of the joint-venture agreement. McDonalds subsequently (and critically) withdrew its application.

« Le traité bilatéral est entre deux nations souveraines. Un investisseur au titre du [Traité] est au bénéfice de certains droits et privilèges qui sont applicables en vertu de ce [Traité]. La question de savoir si ... [LDA] pouvait être considéré comme un investisseur relève de la juridiction d’un tribunal arbitral dûment constitué en application des règles applicables. » (traduit par l’auteur)

La *High Court* conclut en rappelant le principe déterminant devant, à son sens, guider l’interprétation de la s.45 de la Loi sur l’arbitrage :

« Le principe que la cour doit retenir est que, si une convention d’arbitrage valide existe entre les parties, il n’y a pas d’alternative à l’arbitrage et les parties devront être référées à l’arbitrage et résoudre leurs différends selon le mécanisme de l’arbitrage. » (traduit par l’auteur)

HIGH COURT DE DELHI, 22 DECEMBRE 2014, V BAKSHI V MCDONALDS INDIA

McDonalds India Pvt Ltd (ci-après, « McDonalds »), une filiale de droit indien de la holding américaine du distributeur de fast-food (elle-même enregistrée dans l’Etat du Delaware, aux Etats-Unis), avait conclu le 31 mars 1995 un accord de *joint-venture* avec Monsieur Vikram Bakshi, un citoyen indien. Une société commune avait été constituée peu après, le 29 juin 1995, pour gérer les opérations de McDonalds dans certaines parties de l’Inde, sous la direction du partenaire local. Chaque associé était au bénéfice de 50 pour cent du capital de la société commune. En outre, McDonalds possédait 100 pour cent des actions préférentielles. L’accord de *joint-venture* était soumis au droit indien et contenait une clause arbitrale référant tout litige à un tribunal sous le régime des règles de la LCIA.

En 2013, un différend persistant entre les associés s’est cristallisé lorsque McDonalds s’est opposé à la réélection de son partenaire local comme gérant de la société de *joint-venture* — par le biais d’une note transmise le 6 août 2013. McDonalds a également, quelques jours plus tard, par note du 16 août 2013, notifié à son partenaire son intention de lever une option d’achat sur la part de capital détenue par Monsieur Bakshi dans la société commune.

Le 9 septembre 2013, Monsieur Bakshi saisissait le *Company Law Board* (ci-après, le CLB), une autorité quasi-juridictionnelle créée par l’ancienne loi indienne sur les sociétés (*Companies Act, 1956*) pour contester les actions de McDonalds. Rapidement, par décision du 16 septembre 2013, le CLB accueillait la requête du demandeur et « ordonnait à [McDonalds] de maintenir le statu quo sur la répartition de l’actionariat de la société et sur l’option d’achat ». (traduit par l’auteur)

Le 22 septembre 2013, McDonalds soumettait à son tour une requête distincte au même CLB, au visa de la s.45 de la Loi sur l’arbitrage, cela aux fins de voir le CLB se déclarer incompétent et référer le différend à l’arbitrage, conformément aux termes de la clause arbitrale contenue dans l’accord de *joint-venture*. McDonalds devait ensuite (et de manière déterminante) retirer sa requête devant le CLB.

Dans le même temps, McDonalds, par courrier en date du 28 novembre 2013, notifiât à Monsieur Bakshi la résiliation unilatérale de l'accord de *joint-venture*. Le lendemain, ce dernier recevait en outre communication que McDonalds engageait une procédure d'arbitrage LCIA, à Londres.

Monsieur Bakshi réagissait immédiatement en soumettant une nouvelle requête, cette fois devant la *High Court* de Delhi, aux fins qu'il soit enjoint à McDonalds d'interrompre sa procédure d'arbitrage. La *High Court* faisait droit à sa demande. C'est cette décision qui est examinée ici.

Contrairement aux décisions *Louis Dreyfus* et *MontBlanc* (également commentées ici), la cour n'a pas, dans cette espèce, considéré la validité de la clause d'arbitrage, ou son caractère « opérant » (*operative*) entre les parties comme déterminants au sens de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage. Dans ce cas, la *High Court* semble avoir plutôt avoir adopté une approche globale, en considérant la clause d'arbitrage comme l'un des éléments pertinents, mais un élément non-déterminant, de son pouvoir d'appréciation pour écarter une procédure d'arbitrage étrangère — et rendre une ordonnance « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunction*) à cet effet.

De fait, la cour procède à une analyse de l'ensemble des éléments de droit, mais aussi de fait, soumis par le demandeur pour fonder sa décision. C'est sur le fondement de l'ensemble de ces éléments, pris cumulativement, que la cour a pu considérer l'arbitrage comme étant, en l'espèce, l'option la moins « convenante » (*conveniens*) pour les parties, et, partant, estimé qu'une procédure locale devant le CLB serait plus adaptée. Ainsi, parmi les éléments avancés par le demandeur, la cour a notamment retenu : le fait que seules des parties indiennes soient parties au litige ; le fait que la cause de l'action se situait en Inde ; le fait qu'une sentence arbitrale pourrait en tout état de cause être exécutée en Inde ; et le fait que les parties avaient choisi de soumettre leur accord de *joint-venture* au droit indien — l'ensemble de ces éléments tendant, pour la cour, à indiquer que Londres serait un « *forum inconveniens* ». La cour souligne encore, à front renversé des décisions *Louis Dreyfus* et *MontBlanc*, que :

« l'argument selon lequel les parties avaient choisi une procédure d'arbitrage en pleine connaissance de cause, et qu'un arbitrage ne peut donc être considéré comme un « forum inconveniens », [ne peut être retenu] car, dans une situation où il n'existe pas de raison de choisir ce forum, que ce soit à raison du lieu d'exécution du contrat ou de la loi applicable à ce contrat, le tribunal ne permettra pas que la position dominante de l'une des parties soit utilisée au détriment de l'autre partie. » (traduit par l'auteur)

Le risque de conflit entre la procédure d'arbitrage à Londres et la procédure judiciaire engagée devant le CLB est également mis en exergue. Il est intéressant de noter que cet argument avait, là aussi, été expressément écarté dans les affaires *Louis Dreyfus* et *MontBlanc* par les *High Courts* de Calcutta et du Gujarat.

Concurrently, McDonalds unilaterally terminated the joint-venture agreement by letter of November 28, 2013. The next day Mr Bakshi also received notice that McDonalds had initiated LCIA arbitration proceedings, in London. Mr Bakshi immediately filed an application with the Delhi High Court and requested an injunction to refrain McDonalds from proceeding with the LCIA arbitration.

The anti-arbitration injunction was granted by the Delhi High Court. It is this decision that is being reviewed here.

In stark contrast with both the *Louis Dreyfus* and *MontBlanc* cases (also reviewed in this article), the court did not consider the validity of the arbitration agreement or its “operativeness” as determinative for the purposes of s.45 of the Arbitration Act. Rather, the court appears to have taken a holistic view of the plaintiff's arguments—with the arbitration agreement being considered relevant, but not in itself decisive, to a decision to oppose foreign arbitration proceedings and to issue an injunction under the Arbitration Act to that effect.

The court set out to proceed with an extensive review of the plaintiff's arguments, all of which, on balance, pointed to arbitration as being the least “convenient” option under s.45, namely: the fact that the dispute involved only Indian parties; the fact that the cause of action originated in India; the fact that an award may need to be enforced in India; the fact that the parties had chosen Indian law to govern the joint-venture agreement—all of which, per the High Court, made London a forum non conveniens. The Delhi High Court underlined that:

“The contention ... that the said agreement with regard to the venue of arbitration was signed with the eyes open and hence does not become forum non-conveniens because the court, in such a situation where the venue agreed has absolutely no special reason to be selected like carrying out the business, or applicability of the laws, will not permit one of the parties to use its dominant partner to the detriment of the opposite side.”

The risk of conflict between the arbitration proceedings and the proceedings before the CLB is also highlighted. It is interesting to note that, in each of the *Louis Dreyfus* and *MontBlanc* decisions, this argument was expressly rejected as irrelevant.

Finally, and surprisingly, McDonalds' decision to withdraw its application to the CLB, prior to initiating arbitration proceedings, appears to be considered by the court as an implied consent by McDonalds to the CLB's jurisdiction—and a de facto waiver of its rights under the arbitration agreement.

The Delhi High Court's decision appears as somewhat of an outlier in light of the Supreme Court's existing jurisprudence and, more recently, of both the *Louis Dreyfus* and *MontBlanc* decisions. It is difficult to determine at this stage whether this represents an isolated precedent, or should be viewed as a possible positioning by some Indian courts towards a return to greater judicial intervention in international arbitrations.

We understand that an appeal against this decision remains pending.

**HIGH COURT OF GUJARAT, JANUARY 23, 2015,
MONTBLANC SIMPLO V ENTRACK INTERNATIONAL
TRADING**

Unlike the two preceding cases, no anti-arbitration injunction was expressly sought here—although the matter at issue did involve a review of s.45 of the Arbitration Act on similar grounds and is relevant to the discussion as a result.

The Swiss-based Richemont group, through several subsidiaries, had entered into agreements with a group of Indian parties for the distribution of Richemont (including MontBlanc) brand products in India.

These agreements included two separate distribution agreements (dated April 1, 2007), various franchise agreements, as well as two side agreements (dated July 11, 2013 and March 21, 2014), which each extended the franchise agreements for a limited period. A term sheet was negotiated and signed on February 1, 2014 to explore a possible transaction.

Richemont proceeded to terminate its relationship with its Indian partners by letters dated March 15, 2014, with effect from September 30, 2014. A suit was filed in the Gujarat High Court on September 26, 2014 by the Indian parties, challenging Richemont's termination and seeking various monetary and non-monetary reliefs.

Richemont responded with an application in the same court under s.45 of the Arbitration Act, seeking that the suit be permanently stayed and that the dispute be referred to arbitration. It submitted that, because the dispute, as set out in the plaintiff's initial submission, arose due to termination of the agreements, and because each of these agreements

Enfin, étonnamment, la décision de McDonalds de retirer la requête en incompétence qu'elle avait formée devant le CLB, cela, avant d'engager une procédure d'arbitrage LCIA, a également, et de façon décisive, semble-t-il, été considérée par la cour comme un consentement implicite de McDonalds à la compétence du CLB — et un renoncement de fait à une procédure d'arbitrage.

La décision de la *High Court* de Delhi apparaît cependant comme une anomalie, à contre-courant de plusieurs jurisprudences de la Cour suprême et, plus récemment, des deux décisions étudiées ici. Il est difficile à ce stade de distinguer si cette décision *McDonalds* représente un cas isolé ou, au contraire, un réel positionnement de certaines juridictions indiennes en faveur d'un retour vers davantage d'encadrement des arbitrages internationaux.

Cette décision fait, à notre connaissance, toujours l'objet d'un recours.

**HIGH COURT DU GUJARAT, 23 JANVIER 2015,
MONTBLANC SIMPLO V ENTRACK INTERNATIONAL
TRADING**

Contrairement aux deux affaires précédentes, la *High Court* du Gujarat n'était saisie ici d'aucune demande d'ordonnance « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunction*). Dans la mesure où, s'agissant de faits similaires, la cour a néanmoins été amenée à conduire une analyse des conditions d'applications de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage, son étude reste pertinente au regard des deux espèces précédentes.

Le groupe suisse Richemont avait, à travers plusieurs filiales, conclu des accords de partenariat avec des parties indiennes pour la distribution en Inde de produits de plusieurs de ses marques (y compris la marque MontBlanc).

Ces accords comprenaient deux accords de distribution (*distribution agreements*) en date du 1 avril 2007, différents accords de franchise (*franchise agreements*), ainsi que deux accords accessoires (*side agreements*) en date des 11 juillet 2013 et 21 mars 2014, ayant pour objet de prolonger les accords de franchise pour une période limitée. Une *term sheet* avait également été signée le 1 février 2014 par lequel les parties s'engageaient à considérer une possible résolution amiable du litige.

Richemont a notifié la résiliation de ces accords à ses contreparties indiennes par courriers en date du 15 mars 2014, avec date d'effet au 30 septembre 2014. Ces derniers ont engagé une procédure devant la *High Court* du Gujarat le 26 septembre 2014, contestant la résiliation de Richemont et réclamant des réparations monétaires et en nature à divers titres.

Richemont répondit par une requête devant la même cour au visa de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage, aux fins de la voir se déclarer incompétente et le différend soumis à l'arbitrage. Richemont arguait du fait que le litige trouvait sa cause dans la résiliation des divers accords entre les parties, et que, dans la mesure où ces accords contenaient des clauses d'arbitrage, les

juridictions indiennes étaient nécessairement incompétentes.

Dans le même temps, Richemont engageait des procédures d'arbitrages, précisément en application de ces mêmes clauses. Soit, pour ce qui est des accords de distribution, des accords de franchise et des *side letters*, un arbitrage devant la Chambre suisse de commerce (SCC), à Genève, en Suisse ; et, pour ce qui est de la *term sheet*, un arbitrage devant la Chambre de commerce internationale (CCI), au même siège, à Genève, en Suisse.

De fait, la *High Court* du Gujarat fit droit aux arguments soumis pas Richemont. Sous réserve d'appel, le différend entre les anciens associés sera donc apprécié par des tribunaux arbitraux suisses.

En examinant la demande de Richemont, la *High Court* du Gujarat a, elle aussi, contribué à préciser les critères d'application de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage — et, partant, sans en être saisie en l'espèce, les contours des ordonnances « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunctions*) prises sur ce fondement par les juridictions indiennes. Parmi certains des considérants déterminants de la *High Court*, cette dernière rappelle en particulier que

« ce qui doit être établi est que les critères de la section 45 de la Loi sur l'arbitrage, avec la section 44, sont remplis. La section 45 exige qu'une autorité judiciaire soit saisie d'un litige concernant lequel il existe une convention entre les parties, tel qu'il est mentionné à la section 44 [de la même Loi]. La section 44 fait référence à une convention d'arbitrage écrite. » (traduit et souligné par l'auteur)

« Si les critères ci-dessus sont respectés, l'autorité judiciaire doit référer les parties à l'arbitrage *sauf à ce qu'elle considère que la convention est nulle, inopérante ou non applicable.* » (traduit et souligné par l'auteur)

La *High Court* poursuit par un examen *a contrario* des éléments de fait ou de droit qui ne sauraient écarter une convention d'arbitrage *prima facie* valide (au sens des ss.44 et 45) :

- « L'inapplicabilité (*unworkability*) n'est pas un fondement prévu par le législateur pour écarter les obligations caractérisées par la Cour Suprême comme des droits inaliénables à une procédure arbitrale et les tribunaux ne peuvent non plus, par le biais d'interprétations, créer des exceptions (à l'obligation de référer les parties à l'arbitrage) lorsqu'aucun fondement explicite n'existe. Cela ne violerait pas seulement la loi, mais de fait s'opposerait aux obligations qui ont été acceptées par les parties à des accords internationaux en toute connaissance de cause. » (traduit par l'auteur)
- « Les contraintes (*hardship*) [pouvant résulter de leur application] n'est pas un fondement permettant aux parties d'échapper aux conventions auxquelles elles ont souscrit volontairement, et en pleine connaissance de

contained an arbitration clause, an Indian court would have no jurisdiction.

Concurrently, Richemont initiated arbitration proceedings under the various agreements' arbitration clauses. Each of the distribution, franchise agreements and side letters provided for arbitration in accordance with the Rules of the Swiss Chamber of Commerce (SCC) in Geneva, Switzerland. The term sheet provided for arbitration under the Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), with the same seat, in Geneva, Switzerland.

The Gujarat High Court found in favour of Richemont. Subject to further appeal, the former partners' dispute will thus be adjudicated by arbitral tribunals in Switzerland.

In reviewing Richemont's application, the Gujarat High Court has incidentally also contributed to define the scope of s.45 of the Arbitration Act and hence the threshold to be met for "anti-arbitration injunctions" in India—although, again, no request for an injunction was specifically made in this case. Some of the key findings of the court are set out below:

"what has to be established is that the requirements of section 45 read with section 44 of the Act are duly complied with. Section 45 requires that a judicial authority should be seized with an action in a *matter in respect of which the parties have made an agreement* referred to in section 44 of the Act. Section 44 refers to an agreement in writing for arbitration." (emphasis added.)

"If the above requirements are satisfied, the judicial authority shall refer the parties to arbitration *unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.*" (emphasis added.)

The court then goes on to review circumstances of fact or law that would not suffice to defeat a *prima facie* valid arbitration agreement (under ss.44 and 45):

- "Unworkability is not a ground afforded by law makers to thwart obligations characterised by the Supreme Court as infeasible rights to arbitral proceedings nor can the court, through an interpretive mechanism create exceptions (from the obligation to relegate parties to arbitration) when no explicit ground exists. Doing so would not only distort the statute but eventually undermine obligations accepted by parties to international agreements with open eyes."
- "Hardship is not a ground on which parties can seek to avoid agreements which they have voluntarily and consciously entered into. The sole ground on which arbitration can be avoided under section 45 of the Act

is when the agreement is found to be null and void, inoperative or incapable of performance.”

- “The question as to which forum is better or workable does not fall within the scope or ambit of an application under section 45 of the Act.”

Here, the High Court of Gujarat takes an unambiguous stand in favour of a strict interpretation of the conditions in s.45 of the Arbitration Act to oppose foreign arbitration proceedings. In that, it goes decisively against the decision of the High Court of Delhi in *McDonalds*—which took a broader view of s.45 and used some discretion to determine, based on general considerations of law and fact, whether a foreign seat arbitration is in fact a forum conveniens for the parties.

The court concludes by reiterating that:

“what has to be examined is whether the arbitration agreement is in writing; whether the parties have undertaken to refer the differences which have arisen between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, to arbitration; and whether the differences relate to a subject matter which is capable of settlement by arbitration.”

Therefore, per the High Court:

“Once the pre-requisites of section 45 of the [Arbitration] Act have been satisfied and the court does not hold that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, there is no option for the court but to refer the matter to arbitration.”

CONCLUSION

Section 45 of the Arbitration Act may thus constitute, in the post-BALCO era, a residual ground, and a default option, to challenge foreign-seated arbitration proceedings in Indian courts.

The decisions of lower Indian jurisdictions that are reviewed here are of course subject to appeal. Their reading may still reflect Indian magistrates’ perception of the place of international arbitration within the Indian legal system—beyond the sole issues decided by BALCO.

Against this backdrop, the decisions of the High Courts of Calcutta and Gujarat bring an encouraging note for Indian and foreign practitioners in that they unambiguously argue

cause. Le seul fondement sur lequel une clause d’arbitrage peut être écartée en application de la section 45 de la [Loi sur l’arbitrage] est *lorsque cette clause est nulle, inopérante ou inapplicable.* » (traduit et souligné par l’auteur)

- « La question de savoir quel siège est préférable ou pratique [pour les parties] n’entre pas dans le champ d’application de la section 45 de la loi sur l’arbitrage. » (traduit par l’auteur)

Dans ses considérants, la *High Court* du Gujarat se positionne sans ambiguïté en faveur d’une interprétation stricte des conditions posées par la s.45 de la Loi sur l’arbitrage pour écarter une clause arbitrale. En cela, elle s’oppose frontalement à la décision précitée de la *High Court* de Delhi — en ce que cette dernière était allée au-delà des seuls critères de la s.45 dans son exercice d’interprétation et avait usé d’un large pouvoir discrétionnaire pour apprécier si un tribunal arbitral étranger était un *forum conveniens* pour les parties en cause.

La Cour du Gujarat conclut en réitérant que :

« ce qui doit être examiné est s’il existe une convention d’arbitrage écrite ; si les parties ont décidé de soumettre à l’arbitrage un litige né d’une relation juridique, de nature contractuelle ou non ; et si le litige concerne un objet susceptible d’être résolu par arbitrage. » (traduit par l’auteur)

Partant, et dès lors que la cour avait considéré que les critères de la s.45 étaient remplis, les moyens de droit ou de fait subsidiaires avancés par les parties devenaient caducs :

« Lorsque les conditions posées par la section 45 de la Loi sur l’arbitrage sont remplies, et qu’un tribunal ne considère pas que la clause arbitrale est nulle, inopérante ou inapplicable, ce tribunal n’a pas d’autre option que de soumettre le différend à l’arbitrage. » (traduit par l’auteur)

CONCLUSION

La s.45 de la Loi sur l’arbitrage peut être amenée à devenir, à l’ère post-BALCO, un fondement résiduel, et l’option par défaut, pour contester une procédure d’arbitrage étrangère devant les juridictions indiennes.

Les décisions de juridictions d’instances inférieures examinées ci-dessus sont naturellement sous réserve d’infirmer par la Cour suprême. En tant que telle, néanmoins, leur lecture reflète sans doute la perception actuelle par certains juges nationaux de la place de l’arbitrage international au sein du système judiciaire indien — au-delà des seules questions décidées par BALCO.

C’est dans ce contexte que les décisions de la *High Court* du Gujarat et de la *High Court* de Calcutta apportent une note encourageante pour les praticiens

indiens et étrangers, en ce qu'elles se positionnent sans ambiguïté en faveur d'une lecture stricte de la s.45 de la Loi sur l'arbitrage. En contribuant à circonscrire les contours des ordonnances « anti-arbitrage » (*anti-arbitration injunctions*) sur le fondement de ce texte, elles s'inscrivent donc résolument dans la perspective de la jurisprudence actuelle de la Cour suprême en matière d'arbitrage international.

La procédure d'appel de la décision *McDonalds* est également attendue en ce qu'elle pourra contribuer utilement à lever les incertitudes posées par la *High Court* de Delhi.

in favour of a strict interpretation of s.45 of the Arbitration Act—and, by contributing to limiting the scope for anti-arbitration injunctions on this basis, decisively align with the Supreme Court's recent positioning in the context of international arbitrations.

The appeal process in the *McDonalds* case is also expected to bring welcome clarifications to the Delhi High Court's decision.

Notes

1. 1 *crore* = 10,000,000.