

Les « mesures provisoires » en droit belge et en droit français de l'arbitrage : analyse comparée

Mémoire réalisé par
LAURENT REMY

Promoteur
YVES DE CORDT

Année académique 2016-2017
Master en droit

Nous remercions chaleureusement notre promoteur le Professeur YVES DE CORDT et le Professeur JEAN-FRANÇOIS VAN DROOGHENBROECK pour leurs précieux conseils prodigués lors de la rédaction de notre mémoire.

Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1. QU'EST-CE QU'UNE « MESURE PROVISOIRE » ?	4
Section 1. Définition des « mesures provisoires » en droit belge de l'arbitrage	4
Section 2. Définition des « mesures provisoires » en droit français de l'arbitrage	6
CHAPITRE 2. LA COLLABORATION DE L'ARBITRE ET DU JUGE ÉTATIQUE SUR LE TERRAIN DU PROVISOIRE	8
Section 1. Une collaboration reconnue par la loi	8
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	8
§ 2. En droit français de l'arbitrage	9
Section 2. Une réponse aux manquements du référé arbitral	10
CHAPITRE 3. L'ARBITRE ET LES « MESURES PROVISOIRES »	12
Section 1. Fondement de la compétence au provisoire de l'arbitre	12
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	12
§ 2. En droit français de l'arbitrage	12
Section 2. Nature et portée des « mesures provisoires » prises par l'arbitre	13
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	13
§ 2. En droit français de l'arbitrage	15
Section 3. A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » ?	18
§ 1. Le tribunal arbitral doit être compétent	18
A. En droit belge de l'arbitrage	18
B. En droit français de l'arbitrage	19
§ 2. Une demande émanant d'une partie à la convention d'arbitrage	19
A. En droit belge de l'arbitrage	19
B. En droit français de l'arbitrage	20
§ 3. L'urgence	20
A. En droit belge de l'arbitrage	20
B. En droit français de l'arbitrage	21

§ 4. Le caractère nécessairement contradictoire du référé arbitral	22
A. En droit belge de l'arbitrage	22
B. En droit français de l'arbitrage	22
§ 5. Saisine de l'arbitre	23
A. En droit belge de l'arbitrage	23
B. En droit français de l'arbitrage	23
§ 6. Une « mesure provisoire » nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage	24
A. En droit belge de l'arbitrage	24
B. En droit français de l'arbitrage	24
§ 7. Une compétence au provisoire exercée par un arbitre impartial	24
A. En droit belge de l'arbitrage	24
B. En droit français de l'arbitrage	25
§ 8. Une appréciation du bien-fondé de la demande de « mesure provisoire »	26
A. En droit belge de l'arbitrage	26
B. En droit français de l'arbitrage	26
§ 9. La constitution d'une garantie	26
A. En droit belge de l'arbitrage	26
B. En droit français de l'arbitrage	27
Section 4. Les « mesures provisoires » échappant à l'arbitre	27
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	27
§ 2. En droit français de l'arbitrage	28
Section 5. Forme de la décision contenant les « mesures provisoires » prises par l'arbitre	29
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	29
§ 2. En droit français de l'arbitrage	29
Section 6. Efficacité des « mesures provisoires » prises par l'arbitre	30
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	30
§ 2. En droit français de l'arbitrage	33
Section 7. La clause de renonciation au référé arbitral	36
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	36
§ 2. En droit français de l'arbitrage	37
Section 8. Les voies de recours contre les « mesures provisoires » prises par l'arbitre	38
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	38
§ 2. En droit français de l'arbitrage	40

CHAPITRE 4. LE JUGE ÉTATIQUE ET LES « MESURES PROVISOIRES »	43
Section 1. Fondement de la compétence au provisoire du juge étatique	43
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	43
§ 2. En droit français de l'arbitrage	45
Section 2. Nature et portée des « mesures provisoires » prises par le juge étatique	47
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	47
§ 2. En droit français de l'arbitrage	48
Section 3. A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » ?	49
§ 1. Le juge étatique doit être compétent	49
A. En droit belge de l'arbitrage	49
B. En droit français de l'arbitrage	50
§ 2. Une demande émanant d'une partie à la convention d'arbitrage	51
A. En droit belge de l'arbitrage	51
B. En droit français de l'arbitrage	51
§ 3. L'urgence	52
A. En droit belge de l'arbitrage	52
B. En droit français de l'arbitrage	53
§ 4. Le caractère non nécessairement contradictoire du référé judiciaire	54
A. En droit belge de l'arbitrage	54
B. En droit français de l'arbitrage	54
§ 5. Saisine du juge étatique	55
A. En droit belge de l'arbitrage	55
B. En droit français de l'arbitrage	55
§ 6. Une « mesure provisoire » non nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage	56
A. En droit belge de l'arbitrage	56
B. En droit français de l'arbitrage	56
§ 7. Une appréciation du bien-fondé de la demande de « mesure provisoire »	56
A. En droit belge de l'arbitrage	56
B. En droit français de l'arbitrage	57
Section 4. Efficacité des « mesures provisoires » prises par le juge étatique	57
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	57
§ 2. En droit français de l'arbitrage	57
Section 5. La clause de renonciation au référé judiciaire	58
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	58

§ 2. En droit français de l'arbitrage	59
Section 6. Les voies de recours contre les « mesures provisoires » prises par le juge étatique	59
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	59
§ 2. En droit français de l'arbitrage	61
 CHAPITRE 5. ARTICULATION DES COMPÉTENCES AU PROVISOIRE DE L'ARBITRE ET DU JUGE ÉTATIQUE	 63
Section 1. La compétence au provisoire du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral	63
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	63
§ 2. En droit français de l'arbitrage	64
Section 2. La compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral	65
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	65
§ 2. En droit français de l'arbitrage	67
Section 3. Modification des « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ou le juge étatique	69
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	69
§ 2. En droit français de l'arbitrage	69
Section 4. La responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution d'une « mesure provisoire »	70
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	70
§ 2. En droit français de l'arbitrage	74
Section 5. Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire »	75
§ 1. En droit belge de l'arbitrage	75
§ 2. En droit français de l'arbitrage	77
 CONCLUSION	 78
 BIBLIOGRAPHIE	 79

Introduction

1. L'arbitrage est un mode de résolution des conflits alternatif aux juridictions étatiques par lequel les parties à une convention d'arbitrage confient à un arbitre le soin de trancher un litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage. La procédure d'arbitrage est caractérisée par sa rapidité : l'arbitrage étant intimement lié à la vie des affaires, il doit aller vite ; sa discrétion : les décisions de l'arbitre ne sont pas rendues en audience publique ; son efficacité : l'arbitre est un expert dans le domaine faisant l'objet du litige ; et sa simplicité : l'arbitrage devant aller vite, il doit être simple. Ces caractéristiques faisant souvent défaut aux procédures devant les juridictions étatiques, les parties à un contrat peuvent être tentées de soumettre à l'arbitrage les litiges nés ou qui pourraient naître relativement à ce contrat.

2. Notre mémoire s'intitule « *Les « mesures provisoires » en droit belge et en droit français de l'arbitrage : analyse comparée* ». Le choix du sujet de notre mémoire se justifie, d'une part, par le fait qu'aussi bien le droit belge de l'arbitrage que le droit français de l'arbitrage ont connu récemment de profondes réformes et, d'autre part, par le fait que ces réformes ont principalement touché la matière des « mesures provisoires » prises dans le cadre d'un arbitrage. Il nous a donc semblé intéressant d'analyser la manière dont ces réformes ont été mises en œuvre en matière de « mesures provisoires » prises dans le cadre d'un arbitrage.

3. Le droit belge de l'arbitrage a été modifié en 2013 par la loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage¹ tandis que le droit français de l'arbitrage a été modifié en 2011 par le décret portant réforme de l'arbitrage². Le droit belge de l'arbitrage est régi par

¹ Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263 telle que modifiée par la loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 30 décembre 2016, p. 91963 ; Pour une présentation détaillée de la loi de 2013, voy. M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, pp. 785-795, O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », in *Actualités en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 401-426, M. PIERS et D. DE MEULEMEESTER, « Nieuwe Arbitragewet », *NjW*, 2013, pp. 726 et s., M. PIERS et D. DE MEULEMEESTER, « The New Belgian Arbitration Law », *ASA Bull.*, 3/2013, pp. 145 et s., H. VERBIST, « De nieuwe Belgische Arbitragewet van 24 juni 2013 », *TvA*, 2013, pp. 155 et s. et G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.C.*, 2014, pp. 65-112 ; Pour une présentation détaillée de la loi de 2016, voy. D. VAN GERVEN, « Nouvelles modifications mineures pour faciliter davantage l'arbitrage en Belgique », *R.D.C.*, 2016, pp. 912-917.

² Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage ; Pour une présentation détaillée du décret, voy. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2011, pp. 387-398, C. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, pp. 5-81 et E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011, pp. 175-188.

les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire tandis que le droit français de l'arbitrage est régi par les articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile.

4. S'agissant du droit belge de l'arbitrage, l'objet de l'arbitrage peut être toute cause de nature patrimoniale ou toute cause de nature non-patrimoniale sur laquelle il est permis de transiger³. S'agissant du droit français de l'arbitrage, l'objet de l'arbitrage doit être commercial⁴.

5. Le droit belge de l'arbitrage trouvera à s'appliquer lorsque le lieu de l'arbitrage est situé en Belgique ou lorsque les parties ont convenu de soumettre leur litige au droit belge de l'arbitrage quand le lieu de l'arbitrage n'est pas situé en Belgique ou n'a pas été fixé⁵ tandis que le droit français de l'arbitrage trouvera à s'appliquer lorsque le siège de l'arbitrage est situé en France ou lorsque les parties ont convenu de soumettre leur litige au droit français de l'arbitrage quand le siège de l'arbitrage n'est pas situé en France ou n'a pas été fixé⁶. Cependant, contrairement au droit belge de l'arbitrage, le droit français de l'arbitrage distingue l'arbitrage selon qu'il soit interne ou international. Le droit français de l'arbitrage interne tel que régi par les articles 1442 à 1503 du Code de procédure civile est le droit de l'arbitrage français qui n'est pas international tandis que le droit français de l'arbitrage international tel que régi par les articles 1504 à 1527 du Code de procédure civile est le droit français de l'arbitrage « *qui met en cause des intérêts du commerce international* »⁷. La jurisprudence précisant que « *le caractère international de l'arbitrage s'apprécie en fonction de la nature des relations économiques des parties à l'origine du litige, la nationalité des parties, le lieu de l'arbitrage et la loi applicable au fond du litige étant inopérants* »⁸.

6. A ce stade de notre mémoire, il convient de préciser qu'en matière d'arbitrage, les « mesures provisoires » seront tantôt prises par l'arbitre, tantôt prises par le juge étatique.

7. Notre mémoire se compose de cinq chapitres. Dans un chapitre premier, nous nous intéresserons à la notion de « mesure provisoire ». Ensuite, dans une deuxième chapitre, nous parlerons de la nécessité de la collaboration de l'arbitre et du juge étatique sur le terrain du provisoire. Dans un troisième et quatrième chapitre, nous traiterons de la compétence au

³ C. jud., art. 1676, § 1^{er}.

⁴⁴ Dédit de C. proc. civ., art. 1504.

⁵ C. jud., art. 1676, § 7.

⁶ Dédit de Dédit de C. proc. civ., art. 1505.

⁷ C. proc. civ., art. 1504.

⁸ Voyez par exemple, C.A. Paris, 21 janvier 2009, *Rev. arb.*, 2009, p. 430.

provisoire de l'arbitre et de la compétence au provisoire du juge étatique. Finalement, dans un dernier chapitre, nous verrons comment s'articulent les compétences au provisoire de l'arbitre et du juge étatique. Nous terminerons notre mémoire par quelques mots de conclusion.

Chapitre 1. Qu'est-ce qu'une « mesure provisoire » ?

8. Tout arbitrage est caractérisé par une procédure arbitrale qui a nécessairement vocation à s'inscrire dans la durée. Pendant cette période, des situations nécessitant de prendre des mesures immédiates peuvent se présenter. De telles mesures que l'on qualifie de « mesures provisoires » ne peuvent attendre la fin de la procédure arbitrale pour être prises sous peine de risquer de porter irrémédiablement atteinte aux intérêts des parties⁹.

9. Les situations nécessitant de prendre des « mesures provisoires » et « les mesures provisoires » elles-mêmes sont diverses et variées. A titre d'illustration, imaginons la « mesure provisoire » qui consisterait à interdire la publication d'un article de journal dont la publication imminente aurait été susceptible de porter atteinte à la dignité d'une des parties à la procédure arbitrale.

10. Les « mesures provisoires » seront prises tantôt par l'arbitre, tantôt par le juge étatique. Lorsque qu'elles seront prises par l'arbitre, elles le seront dans le cadre de la compétence au provisoire de l'arbitre et on parlera de référé arbitral, tandis que lorsqu'elles seront prises par le juge étatique, elles le seront dans le cadre de la compétence au provisoire du juge étatique et on parlera de référé judiciaire.

Section 1. Définition des « mesures provisoires » en droit belge de l'arbitrage

11. Les « mesures provisoires » ne sont pas définies par le législateur mais par la doctrine¹⁰. Le vocable « mesures provisoires » englobe en réalité aussi bien les mesures provisoires que les mesures conservatoires¹¹.

⁹ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 282-283.

¹⁰ Il est à noter que la loi type CNUDCI sur laquelle se base en grande partie la loi du 24 juin 2013 définit en son art. 17, paragraphe 2 ce qu'il y a lieu d'entendre par mesures provisoires lorsqu'elles sont prises dans le cadre du référé arbitral : « Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie : a) de préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché ; b) de prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même ; c) de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure ; ou d) de sauvegarder les éléments de preuves qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend ». Le législateur belge a renoncé à transposer en droit belge de l'arbitrage cette définition des mesures provisoires prises dans le cadre du référé arbitral au motif que le cadre fixé par cette définition

12. Les mesures provisoires sont les mesures qui permettent de régler¹², d'aménager ou de poursuivre¹³ la situation des parties pendant la durée de la procédure arbitrale. Elles sont habituellement prises pour la durée de la procédure arbitrale « *afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision [prise par l'arbitre sous la forme d'une sentence définitive¹⁴]* »¹⁵. Les mesures provisoires regroupent les mesures de stabilisation ou d'aménagement équitable de la situation des parties et les mesures anticipatoires¹⁶. Les mesures de stabilisation ou d'aménagement équitable de la situation des parties visent essentiellement au maintien d'un certain *statu quo*¹⁷ tandis que les mesures anticipatoires ont un contenu identique à celui que pourrait avoir la sentence définitive prise par l'arbitre¹⁸ et doivent en principe être fondées sur « *un droit évident* »¹⁹ ou « *suffisamment incontestable* »²⁰.

13. Les mesures conservatoires sont les mesures prises « *pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose* »²¹. Elles permettent à une partie à la procédure arbitrale « *de prendre certaines*

« *pourrait se révéler trop rigide et restreindre la souplesse actuelle, tout en compliquant le travail des arbitres* » (Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001, p. 24).

¹¹ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001, p. 24 ; G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 423 ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 165.

¹² G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 423.

¹³ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Genève, Bruylant, L.G.D.J., Schulthess, 2002, p. 568 et les exemples cités.

¹⁴ Une sentence définitive est une décision rendue par l'arbitre au fond qui tranche définitivement le litige ou un point du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage. La sentence définitive a force obligatoire mais pas exécutoire et elle nécessitera donc l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution. La sentence définitive a autorité de chose jugée au principal ce qui a pour effet de dessaisir l'arbitre du litige ou du point du litige tranché.

¹⁵ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 423 ; G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, p. 171.

¹⁶ J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *R.P.D.B.*, compl. T. VI, n° 102 ; G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 441.

¹⁷ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 165 ; Comme exemple de mesure de stabilisation ou d'aménagement équitable de la situation des parties, on peut citer : le séquestre d'actions litigieuses (voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 427).

¹⁸ L. SIMONT, « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, p. 215.

¹⁹ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 441.

²⁰ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 345, n° 421 ; Comme exemple de mesure anticipatoire, on peut citer : le référé-provision allouant une somme d'argent à valoir sur la condamnation à intervenir (voy. G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 481).

²¹ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 423 ; G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », *o.c.*, p. 171.

précautions en vue de garantir l'effectivité [c'est-à-dire l'exécution] »²² de la sentence définitive qui sera prononcée par l'arbitre ou « *de se prémunir contre les conséquences défavorables de celle-ci* »²³. Parmi les mesures conservatoires, on retrouve en autres les saisies conservatoires.

Section 2. Définition des « mesures provisoires » en droit français de l'arbitrage

14. Comme en droit belge de l'arbitrage, les « mesures provisoires » ne sont pas définies par le législateur mais par la doctrine. Le vocable « mesures provisoires » renvoie également aussi bien aux mesures provisoires qu'aux mesures conservatoires à cette nuance que la doctrine française considère les mesures conservatoires comme faisant partie des mesures provisoires alors que la doctrine belge considère les mesures conservatoires comme une alternative aux mesures provisoires²⁴. Par conséquent, les « mesures provisoires » correspondent aux mesures provisoires en droit français de l'arbitrage.

15. Les mesures provisoires regroupent les mesures anticipatoires et les mesures conservatoires. Comme en droit belge de l'arbitrage, les mesures anticipatoires ont un contenu identique à celui que pourrait avoir la décision définitive prise par l'arbitre²⁵. Les mesures conservatoires se composent des mesures conservatoires au sens large et des mesures conservatoires au sens strict. Les mesures conservatoires au sens large remplissent une fonction de sauvegarde ou de maintien de *statu quo* et ne sont pas de nature à satisfaire immédiatement les parties sur le fond²⁶. Les mesures conservatoires au sens strict sont les mesures qui ont pour objet « *de protéger les biens contre les menaces de perte ou de disparition en les maintenant dans leur état* »²⁷ ou, autrement dit, qui ont pour objet « *la*

²² *Ibid.*

²³ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 424 ; Comme exemple de mesure conservatoire, on peut citer : la remise d'un objet contesté à un tiers dans l'attente de la sentence définitive (voy. M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 790).

²⁴ Voy. C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 294.

²⁵ *Ibid.*, pp. 295 et 303 ; C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 76 ; Comme exemples de mesures anticipatoires, on peut citer : une autorisation provisoire de continuer des travaux, une injonction de faire, le référé-provision (C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 303).

²⁶ *Ibid.*, pp. 295 et 303 ; Comme exemples de mesures conservatoires au sens large, on peut citer : un placement sous séquestre judiciaire, une injonction de ne pas faire, une mesure d'expertise ou de constat ou encore une mesure visant à la conservation des preuves (*Ibid.*).

²⁷ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 121, n° 233.

sauvegarde du patrimoine ou de l'un de ses éléments »²⁸. Parmi les mesures conservatoires au sens strict, on retrouve en autres les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires.

16. Maintenant que nous savons à quoi les « mesures provisoires » servent et ce qu'elles recouvrent en droit belge de l'arbitrage et en droit français de l'arbitrage, il nous faut savoir pourquoi elles seront prises tantôt par l'arbitre, tantôt par le juge étatique ? Le chapitre suivant va nous permettre de répondre à cette question²⁹.

²⁸ *Ibid.*, pp. 104-105, n° 200.

²⁹ Dans la suite de notre mémoire, lorsque nous utiliserons le vocable « mesure(s) provisoire(s) » sous le titre « En droit belge de l'arbitrage », nous ferons référence aux « mesures provisoires » telles que définies en droit belge de l'arbitrage (voy. *supra* n° 11-13) et lorsque nous utiliserons le vocable « mesure(s) provisoire(s) » sous le titre « En droit français de l'arbitrage », nous ferons référence aux « mesures provisoires » telles que définies en droit français de l'arbitrage (voy. *supra* n° 14 et 15). Par contre, lorsque le vocable « mesure(s) provisoire(s) » ne sera utilisé ni sous « En droit belge de l'arbitrage », ni sous « En droit français de l'arbitrage », nous ferons référence aussi bien aux « mesures provisoires » telles que définies en droit belge de l'arbitrage qu'à celles définies en droit français de l'arbitrage.

Chapitre 2. La collaboration de l'arbitre et du juge étatique sur le terrain du provisoire

17. Tout au long de la procédure arbitrale, l'arbitre et le juge étatique vont être amenés à collaborer sur le terrain du provisoire ou, autrement dit, sur le terrain des « mesures provisoires ». Dans ce chapitre, nous allons nous intéresser dans un premier temps au fondement juridique de cette collaboration (Section 1) et ensuite nous verrons pourquoi cette collaboration est nécessaire (Section 2).

Section 1. Une collaboration reconnue par la loi

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

18. L'article 1683 du Code judiciaire fonde la compétence au provisoire du juge étatique et stipule qu'« *une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire de « mesures provisoires »] et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci* »³⁰. L'article 1691 du Code judiciaire fonde quant à lui la compétence au provisoire de l'arbitre et stipule que « *sans préjudice des pouvoirs reconnus aux cours et tribunaux en vertu de l'article 1683 [du Code judiciaire], et sauf conventions contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire les « mesures provisoires »] qu'il juge nécessaires. Le tribunal arbitral ne peut toutefois autoriser une saisie conservatoire* »³¹.

19. La doctrine unanime interprète ces textes comme conférant une compétence au provisoire au juge étatique avant et pendant la procédure arbitrale ou, plus précisément, avant la constitution du tribunal arbitral et une compétence au provisoire partagée entre l'arbitre et le juge étatique après la constitution du tribunal arbitral. La doctrine est par contre divisée sur la manière dont cette compétence au provisoire partagée s'articule entre l'arbitre et le juge

³⁰ C. jud., art. 1683.

³¹ C. jud., art. 1691.

étatique³². Les parties peuvent renoncer conventionnellement au référé arbitral mais pas au référé judiciaire³³. Seul le juge étatique à l'exclusion de l'arbitre est compétent avant et après la constitution du tribunal arbitral pour autoriser des saisies conservatoires³⁴.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

20. L'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile fonde la compétence au provisoire du juge étatique et stipule que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir ... une mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire une « mesure provisoire »]* »³⁵. L'article 1468 du Code de procédure civile fonde quant à lui la compétence au provisoire de l'arbitre et stipule que « *le tribunal arbitral peut ordonné aux parties ... toute mesure conservatoire ou provisoire [c'est-à-dire toute « mesure provisoire »] qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires* »³⁶.

21. La doctrine unanime interprète ces textes comme conférant une compétence au provisoire au juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral. La doctrine est par contre divisée après la constitution du tribunal arbitral. Une partie de la doctrine estime que ces textes, une fois le tribunal arbitral constitué, confèrent uniquement une compétence au provisoire à l'arbitre tandis qu'une autre partie de la doctrine estime qu'ils confèrent une compétence au provisoire partagée entre l'arbitre et le juge étatique. Cette autre partie de la doctrine est unanime sur la manière dont cette compétence au provisoire partagée s'articule entre l'arbitre et le juge étatique³⁷. Seul le juge étatique à l'exclusion de l'arbitre est compétent pour ordonner avant et après la constitution du tribunal arbitral des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires³⁸.

³² Voy. *infra*, dans le chapitre 5, les sections intitulées « La compétence au provisoire du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral » et « La compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral ».

³³ Voy. *infra*, n° 75-76 et 120.

³⁴ Voy. *infra*, n° 54-56.

³⁵ C. proc. civ., art. 1449, al. 1^{er}.

³⁶ C. proc. civ., art. 1468, al. 1^{er}.

³⁷ Voy. *infra*, dans le chapitre 5, les sections intitulées « La compétence au provisoire du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral » et « La compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral ».

³⁸ Voy. *infra*, n° 57.

Section 2. Une réponse aux manquements du référé arbitral

22. Pourquoi le législateur a-t-il voulu faire collaborer le juge étatique et l'arbitre sur le terrain du provisoire alors que les parties en recourant à l'arbitrage ont justement voulu exclure toute intervention du juge étatique ? Le référé arbitral souffre de manquements ou pour reprendre l'expression de G. DE LEVAL d'« *infirmités congénitales* »³⁹ ce qui a pour effet de priver les parties d'un accès continu aux « mesures provisoires » pendant la procédure arbitrale. L'intervention du juge étatique sur le terrain du provisoire est par conséquent nécessaire afin de pallier les « *faiblesses intrinsèques* »⁴⁰ du référé arbitral et ainsi garantir aux parties, à tout moment de la procédure arbitrale, un accès effectif aux « mesures provisoires ».

23. Les manquements du référé arbitral⁴¹ en droit belge de l'arbitrage sont les mêmes qu'en droit français de l'arbitrage⁴² : (1) avant la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre n'étant pas encore à l'œuvre, il lui est matériellement impossible de prendre des « mesures provisoires » ; (2) après la constitution du tribunal arbitral, bien qu'étant à l'œuvre, l'arbitre peut parfois s'avérer inefficace à prendre les « mesures provisoires » que l'urgence de la situation exige en raison du temps nécessaire pour réunir le tribunal arbitral qui contrairement aux juridictions étatiques n'est pas permanent ; (3) en cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire, lorsque l'urgence empêche la partie demandant la « mesure provisoire » de convoquer l'autre partie ou lorsque que la surprise est indispensable pour garantir l'effectivité de la « mesure provisoire », le caractère nécessairement contradictoire de l'instance arbitrale empêche les

³⁹ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 437. Expression reprise et amplifiée par O. CAPRASSE (O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 485 et s., n° 528 et s. ; O. CAPRASSE, « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, p. 145, n° 42).

⁴⁰ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 199.

⁴¹ Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 205-206 et les réf. citées ; G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, pp. 431 et s. ; M. SCHOUPS, « Kort geding en bouwrecht », in *Kort Geding*, Gand, Larcier, 2009, pp. 167 et s. ; D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 23-25 ; C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 315 et s. ; L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 390-391.

⁴² A cette nuance près qu'en droit français de l'arbitrage, une partie de la doctrine estime qu'une fois le tribunal arbitral constitué, seul l'arbitre est compétent pour prendre des « mesures provisoires » à l'exception des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires qui relèvent de la compétence exclusive du juge étatique (voy. *infra*, n° 90). Suivant cette doctrine, le juge étatique ne pourra donc jamais intervenir pour pallier les manquements (2), (3), (4) et (5) du référé arbitral.

parties de saisir l'arbitre par voie unilatérale ; (4) l'arbitre étant dépourvu d'*imperium*⁴³, il ne peut prendre de « mesures provisoires » contraignantes envers les tiers ; (5) ce défaut d'*imperium* empêche également l'arbitre de prendre des « mesures provisoires » contraignantes envers les parties ou, autrement dit, les « mesures provisoires » prises par l'arbitre n'ont pas force exécutoire et les parties devront nécessairement recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution⁴⁴.

24. Maintenant que nous savons pourquoi l'arbitre et le juge étatique collaborent sur le terrain du provisoire, il nous faut savoir comment concrètement l'arbitre et le juge étatique vont mettre en œuvre cette collaboration afin de permettre aux parties d'avoir accès aux « mesures provisoires » à tout moment de la procédure arbitrale. Les chapitres suivants vont nous permettre de répondre à cette question.

⁴³ L'*imperium* est le pouvoir de prendre des décisions contraignantes, c'est-à-dire susceptibles d'exécution forcée. Le défaut d'*imperium* de l'arbitre est justifié par la nature conventionnelle de l'arbitrage. Pour plus d'informations, voy. C. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 245-279.

⁴⁴ A cette nuance près qu'en droit français de l'arbitrage, seules les « mesures provisoires » prises par l'arbitre sous la forme d'une sentence seront susceptibles de recevoir l'*exequatur* du juge étatique alors qu'en droit belge de l'arbitrage tant les « mesures provisoires » prises par l'arbitre sous la forme d'une sentence que celles prises sous une autre forme seront susceptibles de recevoir l'*exequatur* du juge étatique (voy. *infra*, n° 29 et 30 pour le droit belge de l'arbitrage et *infra*, n° 31-33 pour le droit français de l'arbitrage).

Chapitre 3. L'arbitre et les « mesures provisoires »

25. Dans ce chapitre, nous nous intéresserons au fondement de la compétence au provisoire de l'arbitre (Section 1), à la nature et à la portée des « mesures provisoires » prises par l'arbitre (Section 2), aux conditions auxquelles l'arbitre peut accorder des « mesures provisoires » (Section 3), aux « mesures provisoires » échappant à l'arbitre (Section 4), à la forme de la décision contenant les « mesures provisoires » prises par l'arbitre (Section 5), à l'efficacité des « mesures provisoires » prises par l'arbitre (Section 6), à la clause de renonciation au référé arbitral (Section 7) et aux voies de recours contre les « mesures provisoires » prises par l'arbitre (Section 8).

Section 1. Fondement de la compétence au provisoire de l'arbitre

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

26. L'article 1691 du Code judiciaire fonde la compétence au provisoire de l'arbitre et stipule que « *sans préjudice des pouvoirs reconnus aux cours et tribunaux en vertu de l'article 1683 [du Code judiciaire], et sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire les « mesures provisoires »] qu'il juge nécessaires. Le tribunal arbitral ne peut toutefois autoriser une saisie conservatoire* »⁴⁵. La doctrine unanime interprète ce texte comme conférant une compétence au provisoire à l'arbitre après la constitution du tribunal arbitral. Avant la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre n'étant pas encore à l'œuvre, il ne dispose pas de compétence au provisoire. Les parties peuvent renoncer conventionnellement au référé arbitral⁴⁶. Seul le juge étatique à l'exclusion de l'arbitre est compétent avant et après la constitution du tribunal arbitral pour autoriser des saisies conservatoires⁴⁷.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

27. L'article 1468 du Code de procédure civile fonde la compétence au provisoire de l'arbitre et stipule que « *le tribunal arbitral peut ordonné aux parties, dans les conditions qu'il*

⁴⁵ C. jud., art. 1691.

⁴⁶ Voy. *infra*, n° 75 et 76.

⁴⁷ Voy. *infra*, n° 54-56.

détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire [c'est-à-dire toute « mesure provisoire »] qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires »⁴⁸. Comme en droit belge de l'arbitrage, la doctrine unanime interprète ce texte comme conférant une compétence au provisoire à l'arbitre après la constitution du tribunal arbitral. Avant la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre n'étant pas encore à l'œuvre, il ne dispose pas de compétence au provisoire. L'arbitre peut assortir les « mesures provisoires » qu'il ordonne d'une astreinte⁴⁹. Seul le juge étatique à l'exclusion de l'arbitre est compétent avant et après la constitution du tribunal arbitral pour ordonner des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires⁵⁰.

28. L'article 1468 du Code de procédure civile s'applique aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international via le truchement de l'article 1506, 3° du Code de procédure civile⁵¹.

Section 2. Nature et portée des « mesures provisoires » prises par l'arbitre

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

29. Les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ont une nature et une portée analogues aux « mesures avant dire droit » prises par le juge étatique sur le fondement de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire⁵². On déduit de cette analogie que la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » a autorité de chose jugée au provisoire mais pas au principal⁵³. Cela signifie que l'arbitre pourra « modifier, suspendre ou rétracter »⁵⁴ les

⁴⁸ C. proc. civ., art. 1468, al. 1^{er}.

⁴⁹ Voy. *infra*, n° 74.

⁵⁰ Voy. *infra*, n° 57.

⁵¹ Sous réserve que les parties n'en aient pas convenu autrement, voy. C. proc. civ., art. 1506, 3° : « A moins que les parties en soient convenues autrement ... l'article 1468 [du Code de procédure civile] s'applique à l'arbitrage international ».

⁵² C. jud., art. 19, al. 3 : « le juge peut, avant dire droit, à tout stade de la procédure, ordonner une mesure préalable destinée ... à régler provisoirement la situation des parties... » ; D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen in hun praktische werking*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 73, n° 14 ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, pp. 171 et 184-186 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 204 ; G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *R.D.I.D.C.*, 2005, p. 12 ; O. CAPRASSE et D. DE MEULEMEESTER, « De Arbitrale Uitspraak », in *De Arbitrale Uitspraak – La sentence arbitrale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 43 ; L. SIMONT, « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », *o.c.*, p. 223 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 345, n° 421.6

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ C. jud., art. 1692.

« mesures provisoires » qu'il a ordonnées qu'en raison de circonstances nouvelles⁵⁵ et que la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » ne lie pas l'arbitre lorsqu'il est appelé à statuer sur le fond du litige dans le cadre d'une sentence définitive⁵⁶. L'article 1694 du Code judiciaire précise que l'arbitre « *peut décider qu'une partie communiquera sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire la « mesure provisoire »] a été demandée ou accordée* »⁵⁷.

30. Contrairement au juge étatique⁵⁸, l'arbitre étant dépourvu d'*imperium*, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force obligatoire⁵⁹ mais pas exécutoire avec comme conséquence que les parties devront nécessairement recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution⁶⁰. L'article 1696, § 2, du Code judiciaire précise que la partie « *qui demande ou a obtenu qu'une mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire une « mesure*

⁵⁵ Sous réserve que les conditions d'octroi de la « mesure provisoire » modifiant, suspendant ou rétractant l'ancienne « mesure provisoire » aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. la section suivante intitulée « A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » » ; G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *o.c.*, p. 12 ; Dédit de A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^{ème} éd., Liège, Fac. dr. Liège, 1987, pp. 271-273.

⁵⁶ Dédit de H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, p. 81.

⁵⁷ C. jud., art. 1694.

⁵⁸ Voy. *infra*, n° 94.

⁵⁹ C. jud., art. 1696 : « *une « mesure provisoire » prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire* ». Plus précisément, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ont force obligatoire lorsqu'elles n'ont pas reçu l'*exequatur* du juge étatique ou force exécutoire lorsqu'elles ont reçu l'*exequatur* du juge étatique aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contredites par l'arbitre au fond ; ou réformées en appel par un autre arbitre ou annulées par le juge étatique ; ou modifiées, suspendues ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles. Lorsque ces « mesures provisoires » qu'elles aient reçu l'*exequatur* du juge étatique ou non seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou suspendues par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que lorsqu'elles seront réformées en appel par un autre arbitre ou annulées par le juge étatique ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, elles disparaîtront rétroactivement. Que les effets de ces « mesures provisoires » disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

⁶⁰ Voy. *infra*, n° 60-64 ; A cette nuance près que l'art. 1696 du Code judiciaire précise que « *la « mesure provisoire » prononcée par un tribunal arbitral pourra être déclarée exécutoire par le juge étatique sauf indication contraire du tribunal arbitral* ». A notre sens, le « *sauf indication contraire du tribunal arbitral* » s'applique à la possibilité d'obtenir l'*exequatur* de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre devant le juge étatique et non au caractère obligatoire de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre. Cependant, à tort selon nous, M. DAL, G. DE LEVAL et F. GEORGES estiment que le « *sauf indication contraire du tribunal arbitral* » ne s'applique pas à la possibilité d'obtenir l'*exequatur* de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre devant le juge étatique mais au caractère obligatoire de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre (voy. M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 790 et G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, *o.c.*, p. 429).

provisoire »] soit reconnue ou déclarée exécutoire [par le juge étatique] en informe sans délai l'arbitre »⁶¹.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

31. Le Code de procédure civile ne contient aucune disposition relative à l'autorité de chose jugée des « mesures provisoires » prises par l'arbitre dans le cadre de sa compétence au provisoire. Toutefois, le qualificatif « provisoire » implique « *à l'évidence que de telles mesures n'ont pas autorité de chose jugée au principal* »⁶². Comme en droit belge de l'arbitrage, on en déduit que la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » ne lie pas l'arbitre lorsqu'il est appelé à statuer sur le fond du litige dans le cadre d'une sentence définitive⁶³.

32. Dans la pratique française actuelle, la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » est rendue sous la forme d'une ordonnance de procédure⁶⁴ avec la conséquence que cette décision est dépourvue d'autorité de chose jugée au provisoire contrairement au droit belge de l'arbitrage. Cela signifie que l'arbitre peut « *modifier ou compléter* »⁶⁵ les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées même en l'absence de circonstances nouvelles⁶⁶. C. CHAINAIS estime cependant que la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » devrait être rendue sous la forme d'une sentence ou, à tout du moins, que l'arbitre moyennant le consentement des parties devrait avoir la possibilité de rendre cette décision sous la forme d'une sentence⁶⁷ avec la conséquence que cette décision aurait autorité de chose jugée au provisoire⁶⁸. Cela signifie que l'arbitre ne pourrait modifier ou compléter les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées qu'en raison de circonstances nouvelles⁶⁹. C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT estiment, quant à eux, que l'arbitre a le choix de rendre la décision contenant les « mesures provisoires » soit sous la forme d'une ordonnance de

⁶¹ C. jud., art. 1696, § 2.

⁶² C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 306.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 310-311.

⁶⁵ C. proc. civ., art. 1468, al. 2.

⁶⁶ Sous réserve que les conditions d'octroi de la « mesure provisoire » modifiant ou complétant l'ancienne « mesure provisoire » aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. la section suivante intitulée « A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » » ; C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 311.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 311-314.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 306.

⁶⁹ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 306.

procédure, soit sous la forme d'une sentence avec la conséquence que la décision rendue sous la forme d'une ordonnance de procédure n'a pas autorité de chose jugée au provisoire contrairement à la décision rendue sous la forme d'une sentence qui a autorité de chose jugée au provisoire. Cela signifie que les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une ordonnance de procédure pourront être modifiées ou complétées par l'arbitre même en l'absence de circonstances nouvelles tandis que les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence ne pourront être modifiées ou complétées par l'arbitre qu'en raison de circonstances nouvelles⁷⁰. Comme en droit belge de l'arbitrage, nous sommes également d'avis que l'arbitre pourra décider qu'une partie communiquera sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la « mesure provisoire » a été demandée ou accordée.

33. Comme en droit belge de l'arbitrage, l'arbitre étant dépourvu d'*imperium*⁷¹, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force obligatoire⁷² mais pas exécutoire avec comme

⁷⁰ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, o.c., pp. 353-354 et 826.

⁷¹ Contrairement au juge étatique qui dispose de l'*imperium*, voy. *infra*, n° 97.

⁷² C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », o.c., pp. 306-308. Plus précisément, s'agissant d'un arbitrage interne, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ont force obligatoire (qu'elles aient été ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une ordonnance de procédure ou d'une sentence) ou force exécutoire lorsqu'elles ont reçue l'*exequatur* du juge étatique (l'*exequatur* du juge étatique ne sera possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence) aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contredites par l'arbitre au fond ; ou modifiées ou complétées par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence) ; ou modifiées ou rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ; ou réformées en appel ou annulées par le juge étatique (la réformation en appel et l'annulation par le juge étatique ne seront possibles que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence rendue en France et le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent la force obligatoire ou, le cas échéant, la force exécutoire de la sentence à moins que l'arbitre n'ait assorti la sentence de l'exécution provisoire, voy. C. proc. civ., art. 1496). Lorsque ces « mesures provisoires » qu'elles aient reçu l'*exequatur* du juge étatique ou non seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence) ou modifiées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que lorsqu'elles seront rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ou réformées en appel ou annulées par le juge étatique (la réformation en appel et l'annulation par le juge étatique n'étant possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence rendue en France), elles disparaîtront rétroactivement. Que les effets de ces « mesures provisoires » disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ». S'agissant d'un arbitrage international, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ont force obligatoire (qu'elles aient été ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une ordonnance de procédure ou d'une sentence) ou force exécutoire lorsqu'elles ont reçue l'*exequatur* du juge étatique (l'*exequatur* du juge étatique ne sera possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence) aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contredites par l'arbitre au fond ; ou modifiées ou complétées par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence) ; ou modifiées ou rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ; ou annulées par le juge étatique (l'annulation par le juge étatique ne sera possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence rendue en France et le recours en annulation ne suspend

conséquence que les parties devront nécessairement recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution. A cette nuance près qu'en droit français de l'arbitrage contrairement au droit belge de l'arbitrage⁷³, seules les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence sont susceptibles de recevoir l'*exequatur* du juge étatique⁷⁴. Or, comme expliqué précédemment, dans la pratique française actuelle, la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » est rendue sous la forme d'une ordonnance de procédure et n'est par conséquent pas susceptible de recevoir l'*exequatur* du juge étatique. Cependant, C. CHAINAIS milite pour que la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » soient rendue sous la forme d'une sentence ou, à tout du moins, pour que l'arbitre, moyennant le consentement des parties, ait la possibilité de rendre cette décision sous la forme d'une sentence avec la conséquence que cette décision rendue sous la forme d'une sentence serait susceptible de recevoir l'*exequatur* du juge étatique⁷⁵. C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT estiment, quant à eux, que l'arbitre a le choix de rendre la décision contenant les « mesures provisoires » soit sous la forme d'une ordonnance de procédure, soit sous la forme d'une sentence avec la conséquence que la décision rendue sous la forme d'une sentence est susceptible de recevoir l'*exequatur* du juge étatique⁷⁶. Comme en droit belge de l'arbitrage, nous sommes d'avis que la partie qui demande ou a obtenu qu'une sentence contenant une « mesure provisoire » soit reconnue ou déclarée exécutoire par le juge étatique en informe sans délai l'arbitre.

pas la force obligatoire ou, le cas échéant la force exécutoire de la sentence, voy. C. proc. civ., art. 1526). Lorsque ces « mesures provisoires » qu'elles aient reçu l'*exequatur* du juge étatique ou non seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence) ou modifiées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que lorsqu'elles seront rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ou annulées par le juge étatique (l'annulation par le juge étatique n'étant possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence rendue en France), elles disparaîtront rétroactivement. Que les effets de ces « mesures provisoires » disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

⁷³ Voy. *infra*, n° 58.

⁷⁴ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 311 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, p. 354 ; Voy. *infra*, n° 66-73.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 311-314.

⁷⁶ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, pp. 353-354.

Section 3. A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » ?

§ 1. Le tribunal arbitral doit être compétent

A. En droit belge de l'arbitrage

34. L'arbitre peut ordonner des « mesures provisoires » du moment où le tribunal arbitral est constitué⁷⁷ jusqu'au moment où il statue par voie de sentence définitive sur le fond du litige ou, autrement dit, jusqu'au moment où il est dessaisi du litige⁷⁸.

35. Lorsque l'arbitre est saisi d'une demande de « mesure provisoire » mais que sa compétence au fond est contredite par une partie, D. DE MEULEMEESTER est d'avis que l'arbitre peut se contenter d'une appréciation *prima facie* de sa compétence au fond⁷⁹ avec comme conséquence que la « mesure provisoire » accordée sur une appréciation *prima facie* de la compétence au fond de l'arbitre sera automatiquement supprimée s'il s'avère par la suite que l'arbitre était incompétent pour connaître du fond du litige⁸⁰. O. MIGNOLET estime cependant que l'arbitre ne peut se contenter d'une appréciation *prima facie* de sa compétence au fond lorsqu'il est saisi d'une demande de « mesure provisoire » et qu'une partie conteste sa compétence au fond. En effet, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ayant une nature et une portée analogues aux « mesures avant dire droit » prises par le juge étatique sur le fondement de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, il en déduit que lorsque l'arbitre est appelé à prendre une « mesure provisoire » mais que sa compétence au fond est contredite par une partie, l'arbitre devra, comme le juge étatique lorsqu'il est appelé à prendre une « mesure

⁷⁷ Le tribunal arbitral est constitué lorsque l'arbitre a accepté la mission qui lui est confiée (déduit de C. proc. civ., art. 1456, al. 1^{er}).

⁷⁸ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, pp. 171-172 ; Voy. à propos de « mesures provisoires » prises suite au prononcé d'une sentence définitive : Cass., 2 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 2, G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », *o.c.*, p. 177-178 et O. CAPRASSE, « Arbitrage et médiation », in *La jurisprudence du Code judiciaire*, Bruges, La Chartre, 2010, pp. 34-35 ; Contrairement à certains arbitrages institutionnels, le droit belge de l'arbitrage ne connaît pas d'un arbitre d'urgence qui pourrait prendre des « mesures provisoires » avant la constitution du tribunal arbitral.

⁷⁹ O. MIGNOLET précise que l'appréciation *prima facie* par l'arbitre de sa compétence au fond lui permet « d'accepter un degré d'évidence réduit de sa compétence au fond au moment d'accorder la « mesure provisoire » » (voy. O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 172 et A. YESILIRMARK, *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, pp. 175-176). Par ailleurs, l'appréciation *prima facie* par l'arbitre de sa compétence au fond ne lie pas l'arbitre lorsqu'il est appelé à statuer sur le fond du litige.

⁸⁰ D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *o.c.*, p. 73, n° 15.

avant dire droit » et que sa compétence au fond est contredite par une partie, d'abord se prononcer sur sa compétence au fond avec la conséquence qu'il ne pourra accorder de « mesure provisoire » que s'il s'est déclaré compétent au fond⁸¹.

B. En droit français de l'arbitrage

36. Comme en droit belge de l'arbitrage, l'arbitre peut ordonner des « mesures provisoires » du moment où le tribunal arbitral est constitué⁸² jusqu'au moment où il statue par voie de sentence définitive sur le fond du litige ou, autrement dit, jusqu'au moment où il est dessaisi du litige⁸³.

37. En outre, nous sommes d'avis que les considérations de D. DE MEULEMEESTER relatives au droit belge de l'arbitrage trouveront à s'appliquer au droit français de l'arbitrage. Par contre, nous sommes plus réservés en ce qui concerne la possibilité de transposer en droit français de l'arbitrage la thèse défendue par O. MIGNOLET en droit belge de l'arbitrage. En effet, si le droit français connaît des « mesures avant dire droit » prises par le juge étatique⁸⁴, la jurisprudence et la doctrine contrairement au droit belge de l'arbitrage ne considèrent pas les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre comme ayant une nature et une portée analogues aux « mesures avant dire droit » prises par le juge étatique.

§ 2. Une demande émanant d'une partie à la convention d'arbitrage

A. En droit belge de l'arbitrage

38. L'arbitre ne pourra ordonner une « mesure provisoire » qu'à « la demande »⁸⁵ d'une partie à la convention d'arbitrage. Conformément au principe dispositif⁸⁶, l'arbitre ne peut pas

⁸¹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 173.

⁸² Le tribunal arbitral est constitué lorsque l'arbitre a accepté la mission qui lui est confiée (voy. C. proc. civ., art. 1456, al. 1^{er}).

⁸³ Contrairement à certains arbitrages institutionnels, le droit français de l'arbitrage comme le droit belge de l'arbitrage ne connaît pas d'un arbitre d'urgence qui pourrait prendre des « mesures provisoires » avant la constitution du tribunal arbitral.

⁸⁴ Voy. C. proc. civ., art. 482 et 483.

⁸⁵ C. jud., art. 1691.

⁸⁶ Le principe dispositif qui s'applique en droit judiciaire privé est « d'application générale », voy. L. DEMEYERE, « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *R.W.* 1999, p. 868. Pour plus d'informations sur le principe dispositif, voy. G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, *o.c.*, p. 105.

ordonner ce que les parties ne lui ont pas demandé. Par conséquent, l'arbitre ne pourra pas d'initiative ordonner des « mesures provisoires »⁸⁷.

B. En droit français de l'arbitrage

39. Comme en droit belge de l'arbitrage, l'arbitre ne pourra ordonner une « mesure provisoire » qu'à la demande d'une partie à la convention d'arbitrage⁸⁸. Conformément au principe dispositif, l'arbitre ne peut pas ordonner ce que les parties ne lui ont pas demandé. Par conséquent, l'arbitre ne pourra pas d'initiative ordonner des « mesures provisoires ». Afin de lever toute ambiguïté, nous pensons que le législateur devrait remplacer à l'article 1468 du Code de procédure civile la phrase « *le tribunal arbitral peut ordonner aux parties ... toute mesure conservatoire ou provisoire [c'est-à-dire toute « mesure provisoire »]* »⁸⁹ par la phrase « *le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ... ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire [c'est-à-dire toute « mesure provisoire »]* ».

§ 3. L'urgence

A. En droit belge de l'arbitrage

40. Les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ayant une nature et une portée analogues aux « mesures avant dire droit » prises par le juge étatique sur le fondement de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, on en déduit que lorsque l'arbitre est appelé à prendre une « mesure provisoire », la partie demandant la « mesure provisoire » devra, comme c'est le cas lorsque le juge étatique est appelé à prendre une « mesure avant dire droit », démontrer qu'elle ne peut « *attendre jusqu'à une décision finale sur le fond* »⁹⁰ de l'arbitre se prononçant

⁸⁷ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 175.

⁸⁸ Déduit de C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 301-302.

⁸⁹ C. proc. civ., art. 1468, al. 1^{er}.

⁹⁰ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 174 ; S. R. BOND, « La nature des mesures conservatoires et provisoires », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI, n° 519, 1993, pp. 8 et s. ; Cependant, contrairement au référé judiciaire qui ne fait pas partie de la procédure ordinaire [à savoir l'instance arbitrale] et qui nécessitera donc (sous réserve des positions doctrinaires de *infra*, n° 108) la démonstration d'une urgence au sens strict du terme qui sera vérifiée lorsque « *la procédure ordinaire [c'est-à-dire l'instance arbitrale] sera impuissant à résoudre le différend en temps voulu* » (voy. *infra*, ndbp n° 296), le référé arbitral fait partie de la procédure ordinaire [à savoir l'instance arbitrale] et par conséquent, comme l'indiquent O. MIGNOLET, G. KEUTGEN, G.-A. DAL et G. DE LEVAL, l'urgence à démontrer par la partie demandant une « mesure provisoire » à l'arbitre n'est pas une urgence au sens strict du terme (voy. O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les

sur le litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage. En outre, conformément à ce qui est demandé lors d'un référé judiciaire⁹¹, s'agissant d'un référé-provision, c'est-à-dire, d'une mesure provisoire anticipatoire⁹² allouant une somme d'argent, nous sommes d'avis que la partie devra également démontrer⁹³ : (1) son état grave d'impécuniosité, la rendant incapable de faire face à ses dettes sans l'obtention de la somme d'argent dont elle sollicite l'octroi ; (2) l'urgence manifeste à remédier à cette situation et le préjudice grave, voire irréparable, qui résulterait de l'abstention de l'arbitre à faire droit à sa demande ; (3) l'incontestabilité apparente de la créance alléguée et de la dette corrélative, appréciée au regard du risque de voir l'arbitre au fond désavouer ultérieurement sa position⁹⁴.

B. En droit français de l'arbitrage

41. La partie demandant une « mesure provisoire » à l'arbitre devra démontrer un dommage imminent⁹⁵ qui causerait un préjudice⁹⁶ s'il fallait attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage⁹⁷. En outre, conformément à ce qui est demandé lors d'un référé judiciaire⁹⁸, s'agissant d'un référé-provision, c'est-à-dire, d'une mesure provisoire anticipatoire⁹⁹ allouant une somme d'argent, nous sommes d'avis que la partie devra également démontrer que la créance n'est pas sérieusement contestable. Lorsqu'une partie demande une « mesure provisoire » à l'arbitre, l'urgence à démontrer en droit français de l'arbitrage est plus contraignante que l'urgence à démontrer en droit belge de l'arbitrage. En effet, en droit français de l'arbitrage, la partie devra démontrer un dommage imminent qui causerait un préjudice s'il fallait attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage alors qu'en droit belge de l'arbitrage, la partie devra juste démontrer

arbitres », *o.c.*, p. 174, G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 426 et G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *o.c.*, p. 12).

⁹¹ Voy. *infra*, n° 108.

⁹² Au sens de *supra*, n° 12.

⁹³ Bruxelles, 19 mai 2005, *J.T.*, 2005, p. 774 ; Bruxelles, 25 octobre 2007, *J.T.*, 2008, p. 10.

⁹⁴ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, *o.c.*, pp. 481-482.

⁹⁵ Dédit de C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 292-293.

⁹⁶ C. CHAINAIS et C. JARROSSON vont plus loin en parlant de « préjudice irréversible », voy. C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, p. 79.

⁹⁷ Dédit de C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 300.

⁹⁸ Voy. *infra*, n° 109.

⁹⁹ Au sens de *supra*, n° 15.

qu'elle ne peut attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage.

§ 4. Le caractère nécessairement contradictoire du référé arbitral

A. En droit belge de l'arbitrage

42. Contrairement au référé judiciaire qui n'est pas nécessairement contradictoire¹⁰⁰, le référé arbitral est nécessairement contradictoire. En effet, l'article 1699 du Code judiciaire précise que « *nonobstant toute convention contraire, chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire* »¹⁰¹. Cela signifie que le référé arbitral est nécessairement contradictoire et que les parties ne peuvent y déroger. Le droit belge de l'arbitrage n'a pas repris la possibilité des articles 17 B et C de la loi type CNUDCI d'ouvrir une procédure non contradictoire devant l'arbitre en le saisissant par voie de requête unilatérale en vue d'obtenir des « mesures provisoires ». Les motifs de refus de cette possibilité sont les suivants : « (1) elle paraît inutile ; il est plus efficace de s'adresser au juge étatique ; (2) elle pourrait apparaître incompatible avec la nature consensuelle de l'arbitrage ; (3) elle peut mettre en péril l'indépendance de l'arbitre ainsi que les droits de la défense ; (4) elle peut être source d'erreurs, la vérité n'apparaissant souvent qu'au terme de débats contradictoires ; (5) elle constitue une exception au principe du contradictoire alors que celui-ci constitue un des piliers de toute mesure de justice ; (6) elle pose des problèmes d'exécution »¹⁰².

B. En droit français de l'arbitrage

43. Comme en droit belge de l'arbitrage, le référé arbitral est nécessairement contradictoire¹⁰³. En effet, s'agissant d'un arbitrage interne, l'article 1464, alinéa 2, du Code de procédure

¹⁰⁰ Voy. *infra*, n° 110.

¹⁰¹ C. jud., art. 1699.

¹⁰² Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001, pp. 24-25 ; O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 417-418 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 425-426 ; M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 790 ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, pp. 175-176 ; Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *b-Arbitra*, 2015, p. 94 ; D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », *o.c.*, p. 26.

¹⁰³ Contrairement au référé judiciaire qui n'est pas nécessairement contradictoire, voy. *infra*, n° 111.

civile précise qu’« *est toujours applicable le principe directeur du procès énoncé aux articles 14 à 17 du Code de procédure civile [c’est-à-dire le principe de la contradiction]* »¹⁰⁴. De la même manière, s’agissant d’un arbitrage international, l’article 1510 du Code de procédure civile précise que « *le tribunal arbitral ... respecte le principe de la contradiction* »¹⁰⁵. Cela signifie que le référé arbitral qu’il s’agisse d’un arbitrage interne ou international est nécessairement contradictoire et que les parties ne peuvent y déroger. Le droit français de l’arbitrage comme le droit belge de l’arbitrage n’a pas repris la possibilité des articles 17 B et C de la loi type CNUDCI d’ouvrir une procédure non contradictoire devant l’arbitre en le saisissant par voie de requête en vue d’obtenir des « mesures provisoires ». Les motifs de refus de cette possibilité sont les mêmes qu’en droit belge de l’arbitrage¹⁰⁶.

§ 5. Saisine de l’arbitre

A. En droit belge de l’arbitrage

44. La partie qui demande une « mesure provisoire » devra saisir l’arbitre par voie de communication. L’article 1677, § 1^{er}, du Code judiciaire précise qu’« *une communication désigne la transmission d’une pièce écrite tant entre les parties qu’entre les parties et l’arbitre ..., moyennant un moyen de communication*¹⁰⁷ *ou d’une manière qui fournit une preuve de l’envoi* »¹⁰⁸.

B. En droit français de l’arbitrage

45. Le droit français de l’arbitrage ne précisant pas le mode de saisine de l’arbitre, nous sommes d’avis que la partie qui demande une « mesure provisoire » pourra saisir l’arbitre par voie de communication comme en droit belge de l’arbitrage.

¹⁰⁴ C. proc. civ., art. 1464, al. 2.

¹⁰⁵ C. proc. civ., art. 1510.

¹⁰⁶ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l’arbitrage », *o.c.*, p. 316.

¹⁰⁷ Y compris les moyens de communication électroniques, voy. O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l’arbitrage », *o.c.*, p. 421 et M. DAL, « La nouvelle loi sur l’arbitrage », *o.c.*, p. 790.

¹⁰⁸ C. jud., art. 1677, § 1^{er}; De plus, l’article 1678 du Code judiciaire définit les modes de réception et de calcul des délais conséquents à la communication. Cependant, il est permis aux parties d’y déroger.

§ 6. Une « mesure provisoire » nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage

A. En droit belge de l'arbitrage

46. Contrairement au juge étatique¹⁰⁹, une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sera nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage. En effet, l'origine conventionnelle de l'arbitrage empêche l'arbitre d'ordonner des « mesures provisoires » contre des tiers¹¹⁰. On en déduit que l'arbitre ne pourra ordonner des « mesures provisoires » que contre les parties¹¹¹.

B. En droit français de l'arbitrage

47. Comme en droit belge de l'arbitrage, une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sera nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage¹¹². En effet, l'origine conventionnelle de l'arbitrage empêche l'arbitre d'ordonner des « mesures provisoires » contre des tiers. On en déduit que l'arbitre ne pourra ordonner des « mesures provisoires » que contre les parties¹¹³.

§ 7. Une compétence au provisoire exercée par un arbitre impartial

A. En droit belge de l'arbitrage

48. L'arbitre lorsqu'il est amené à ordonner une « mesure provisoire » doit être impartial en ce qu'il ne peut pas dans sa décision contenant la « mesure provisoire » préjuger du fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage¹¹⁴. Le défaut d'impartialité de l'arbitre aurait

¹⁰⁹ Voy. *infra*, n° 114.

¹¹⁰ J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *o.c.*, n° 101 et réf. citées.

¹¹¹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 177.

¹¹² Contrairement à la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique qui ne sera pas nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage, voy. *infra*, n° 115.

¹¹³ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, p. 204.

¹¹⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 178 ; A. MOURRE, « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 47 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *R.D.I.D.C.*, 2010, pp. 395-397.

pour conséquence, selon nous, que non seulement la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre mais également la sentence définitive dans laquelle l'arbitre tranche au fond le litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage pourraient être annulées par le juge étatique ou, le cas échéant, réformées en appel par un autre arbitre¹¹⁵.

B. En droit français de l'arbitrage

49. Comme en droit belge de l'arbitrage, l'arbitre lorsqu'il est amené à ordonner une « mesure provisoire » doit être impartial en ce qu'il ne peut pas dans sa décision contenant la « mesure provisoire » préjuger du fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage¹¹⁶. S'agissant d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une ordonnance de procédure, le défaut d'impartialité de l'arbitre aurait pour conséquence, selon nous, que la sentence définitive dans laquelle l'arbitre tranche au fond le litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage pourrait être annulée par le juge étatique ou, le cas échéant s'agissant d'un arbitrage interne, réformée en appel par le juge étatique. Par contre, s'agissant d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence, le défaut d'impartialité de l'arbitre aurait pour conséquence, selon nous, que non seulement la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence mais également la sentence définitive dans laquelle l'arbitre tranche au fond le litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage pourraient être annulées par le juge étatique ou, le cas échéant s'agissant d'un arbitrage interne, réformées en appel par le juge étatique¹¹⁷.

¹¹⁵ Dédit de J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *o.c.*, p. 397, n° 9 et L. DEMEYERE, « The European Court of Human Rights and Interim Measures Ordered by an Arbitral Tribunal, A comment on Micallef v. Malta », in *The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans Van Houtte*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 87 et s. ; Voy. *infra*, n° 78-81 sur les voies de recours contre une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre. Les mêmes règles s'appliquent à la sentence définitive prise par l'arbitre.

¹¹⁶ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 178 ; A. MOURRE, « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 47 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *R.D.I.D.C.*, 2010, pp. 395-397.

¹¹⁷ Dédit de J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *o.c.*, p. 397, n° 9 et L. DEMEYERE, « The European Court of Human Rights and Interim Measures Ordered by an Arbitral Tribunal, A comment on Micallef v. Malta », in *The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans Van Houtte*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 87 et s. ; Voy. *infra*, n° 82-85 sur les voies de recours contre une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre. Les voies de recours contre la sentence définitive prise par l'arbitre sont les mêmes que celles contre la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence.

§ 8. Une appréciation du bien-fondé de la demande de « mesure provisoire »

A. En droit belge de l'arbitrage

50. Lorsque l'arbitre apprécie le bien-fondé d'une demande de « mesure provisoire », il doit est attentif aux éléments suivants : (1) l'appréciation *prima facie* des mérites de l'affaire ; (2) l'opportunité de la « mesure provisoire » ; (3) le caractère nécessaire de la « mesure provisoire » ; (4) la proportionnalité¹¹⁸.

B. En droit français de l'arbitrage

51. Comme en droit belge de l'arbitrage, nous sommes d'avis que lorsque l'arbitre apprécie le bien-fondé d'une demande de « mesure provisoire », il doit est attentif aux éléments suivants : (1) l'appréciation *prima facie* des mérites de l'affaire ; (2) l'opportunité de la « mesure provisoire » ; (3) le caractère nécessaire de la « mesure provisoire » ; (4) la proportionnalité.

§ 9. La constitution d'une garantie

A. En droit belge de l'arbitrage

52. L'article 1693 du Code judiciaire stipule que l'arbitre « *peut décider que la partie qui [lui] demande une mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire une « mesure provisoire »] fournira une garantie appropriée* »¹¹⁹. La loi ne précise pas l'objet de cette garantie mais il semble qu'elle soit principalement destinée à préserver les droits de l'autre partie, et éventuellement ceux des tiers¹²⁰. S'agissant d'une garantie pécunière, D. MATRAY et F. VIDTS précisent que la garantie demandée ne peut avoir pour effet d'empêcher une partie d'obtenir une « mesure provisoire » parce qu'elle ne disposerait pas des fonds nécessaires lui permettant de satisfaire à la garantie demandée¹²¹.

¹¹⁸ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 179 ; D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *o.c.*, p. 73, n° 15.

¹¹⁹ C. jud., art. 1693.

¹²⁰ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, pp. 180-181 ; D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *o.c.*, p. 76, n° 23.

¹²¹ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », *o.c.*, p. 27.

B. En droit français de l'arbitrage

53. L'article 1468, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile stipule que l'arbitre « *peut ordonner ..., dans les conditions qu'il détermine ..., toute mesure conservatoire ou provisoire [c'est-à-dire toute « mesure provisoire »]* »¹²². On en déduit que l'arbitre peut décider que la partie qui lui demande une « mesure provisoire » fournira une garantie appropriée comme en droit belge de l'arbitrage. Nous sommes également d'avis que cette garantie doit principalement être destinée à préserver les droits de l'autre partie, et éventuellement ceux des tiers. En outre, nous pensons que les considérations de D. MATRAY et F. VIDTS relatives au droit belge de l'arbitrage trouveront à s'appliquer au droit français de l'arbitrage.

Section 4. Les « mesures provisoires » échappant à l'arbitre

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

54. L'article 1691 du Code judiciaire précise que l'arbitre peut ordonner des « mesures provisoires » sans « *toutefois être autorisé [à ordonner] une saisie conservatoire* »¹²³. L'arbitre étant dépourvu d'*imperium*, il ne peut pas ordonner de « mesure provisoire » contraignante, c'est-à-dire susceptible d'exécution forcée. Or, les saisies conservatoires devant pouvoir être mises à l'exécution forcée¹²⁴, on en déduit que l'arbitre ne peut pas ordonner de saisie conservatoire¹²⁵ avec la conséquence que seul le juge étatique pourra ordonner une saisie conservatoire, ce dernier disposant en effet de l'*imperium* lui permettant d'ordonner des « mesures provisoires » contraignantes, c'est-à-dire susceptibles d'exécution forcée¹²⁶.

¹²² C. proc. civ., art. 1468, al. 1^{er}.

¹²³ C. jud., art. 1691.

¹²⁴ H. BOULARBAH, « Le juge étatique « bon samaritain de l'arbitrage ». Brèves variations autour des pouvoirs d'assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l'efficacité et la qualité de la procédure arbitrale », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 763.

¹²⁵ L. DEMEYERE, « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *o.c.*, p. 867 ; O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *o.c.*, p. 417.

¹²⁶ Le juge étatique belge compétent en matière de saisie conservatoire est le juge des saisies (voy. C. jud., art. 1395, G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 427 et M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 790).

55. Cependant, G. CUNIBERTI¹²⁷ estime que l'exclusion de l'arbitre en matière de saisie conservatoire ne peut se justifier par le défaut d'*imperium* de l'arbitre. En effet, si l'arbitre ne peut pas ordonner de « mesure provisoire » en matière de saisie conservatoire, la sentence définitive par laquelle l'arbitre tranche au fond le litige soumis à l'arbitrage peut constituer un titre autorisant à pratiquer une saisie conservatoire sans que l'*exequatur* du juge étatique ne soit requise pour en forcer l'exécution¹²⁸.

56. En outre, O. MIGNOLET est d'avis qu'en matière de saisie conservatoire, seules les saisies conservatoires « *qui, pour leur exécution, permettraient directement le recours à la contrainte, devraient être exclues* »¹²⁹ des « mesures provisoires » pouvant être ordonnées par l'arbitre. Il est ainsi généralement admis que l'arbitre puisse ordonner la désignation d'un administrateur provisoire¹³⁰, le versement d'une somme d'argent sur un compte bloqué¹³¹ ou à une partie de remettre à un tiers un objet qu'elle détient dans l'attente d'une sentence définitive par laquelle l'arbitre tranchera au fond le litige soumis à l'arbitrage¹³².

§ 2. En droit français de l'arbitrage

57. L'article 1468, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile précise que le juge étatique « *est le seul compétent pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires* »¹³³. L'arbitre étant dépourvu d'*imperium*, il ne peut pas ordonner de « mesure provisoire » contraignante, c'est-à-dire susceptible d'exécution forcée. Or, les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires devant pouvoir être mises à l'exécution forcée, on en déduit que l'arbitre ne peut pas ordonner de saisie conservatoire ou de sûreté judiciaire avec la conséquence que seul le juge étatique pourra ordonner une saisie conservatoire ou une sûreté judiciaire, ce dernier disposant en effet de l'*imperium* lui permettant d'ordonner des « mesures provisoires »

¹²⁷ G. CUNIBERTI, Note sous Civ. 2^e, 12 octobre 2006, *Rev. Arb.*, 2008, pp. 430 et s.

¹²⁸ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », *o.c.*, p. 182 ; Voy. C. jud., art. 1414 : « *Tout jugement [en l'espèce la sentence définitive par laquelle l'arbitre tranche au fond le litige soumis à l'arbitrage] ... tient lieu d'autorisation de saisir conservatoirement pour les condamnations prononcées, à moins qu'il n'en ait été autrement décidé* ».

¹²⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 168.

¹³⁰ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 424 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *o.c.*, p. 470, n° 516 et réf. citées ; G. HORMANS et Y. DE CORDT, « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 565.

¹³¹ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *o.c.*, p. 470, n° 516 et réf. citées.

¹³² G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 345 ; G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », *o.c.*, p. 424 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *o.c.*, p. 470 ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 169.

¹³³ C. proc. civ., art. 1468, al. 1^{er}.

contraignantes, c'est-à-dire susceptibles d'exécution forcée¹³⁴. En outre, s'agissant d'une saisie conservatoire, nous sommes d'avis que les considérations de G. CUNIBERTI et O. MIGNOLET relatives au droit belge de l'arbitrage trouveront à s'appliquer en droit français de l'arbitrage.

Section 5. Forme de la décision contenant les « mesures provisoires » prises par l'arbitre

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

58. La décision de l'arbitre contenant la « mesure provisoire » peut « être adoptée sous la forme d'une sentence arbitrale ou sous une autre forme »¹³⁵ telle que « par exemple une ordonnance ou une simple lettre écrite »¹³⁶. Qu'elles soient adoptées sous la forme d'une sentence arbitrale ou sous une autre forme, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ont toutes la même nature et la même portée¹³⁷, à savoir elles ont autorité de chose jugée au provisoire mais pas au principal et force obligatoire mais pas exécutoire avec comme conséquence que les parties devront nécessairement recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution¹³⁸.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

59. Dans la pratique française actuelle, la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » est rendue sous la forme d'une ordonnance de procédure¹³⁹. C. CHAINAIS estime

¹³⁴ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 304-305 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, p. 203 ; Le juge étatique français compétent en matière de saisie conservatoire et de sûreté judiciaire est le juge de l'exécution (voy. C. proc. civ. exéc., art. L213-6).

¹³⁵ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001, p. 26 ; Pour connaître la situation avant la réforme de 2013 du droit belge de l'arbitrage, voy. O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, pp. 182-183.

¹³⁶ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 790 ; O. CAPRASSE et D. DE MEULEMEESTER, « De Arbitrale Uitspraak », *o.c.*, p. 43 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 429.

¹³⁷ Voy. *supra*, n° 29 et 30 pour connaître les conséquences de la nature et de la portée des « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 183.

¹³⁸ Pour plus d'informations sur l'*exequatur* devant le juge étatique d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. *infra*, n° 60-64.

¹³⁹ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 310-311.

cependant que la décision de l'arbitre contenant les « mesures provisoires » devrait être rendue sous la forme d'une sentence ou, à tout du moins, que l'arbitre moyennant le consentement des parties devrait avoir la possibilité de rendre cette décision sous la forme d'une sentence¹⁴⁰. C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT estiment, quant à eux, que l'arbitre a le choix de rendre la décision contenant les « mesures provisoires » soit sous la forme d'une ordonnance de procédure, soit sous la forme d'une sentence¹⁴¹. S'agissant de la nature et de la portée des « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre, seules les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence auront autorité de chose jugée au provisoire et seront susceptibles de recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution¹⁴². Par contre, qu'elles aient été adoptées sous la forme d'une ordonnance de procédure ou sous la forme d'une sentence, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre n'ont pas autorité de chose jugée au principal et elles ont force obligatoire mais pas exécutoire¹⁴³.

Section 6. Efficacité des « mesures provisoires » prises par l'arbitre

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

60. Contrairement au juge étatique, l'arbitre étant dépourvu d'*imperium*, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force obligatoire mais pas exécutoire avec comme conséquence que les parties devront nécessairement recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution¹⁴⁴. On déduit du caractère conventionnel de l'arbitrage que les

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 311-314.

¹⁴¹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, o.c., p. 354.

¹⁴² Pour plus d'informations sur l'*exequatur* devant le juge étatique d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. *infra*, n° 66-73.

¹⁴³ Voy. *supra*, n° 31-33 pour connaître les conséquences de la nature et de la portée des « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre.

¹⁴⁴ A cette nuance près que l'art. 1696 du Code judiciaire précise que « la « mesure provisoire » prononcée par un tribunal arbitral pourra être déclarée exécutoire par le juge étatique sauf indication contraire du tribunal arbitral ». A notre sens, le « sauf indication contraire du tribunal arbitral » s'applique à la possibilité d'obtenir l'*exequatur* de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre devant le juge étatique et non au caractère obligatoire de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre. Cependant, à tort selon nous, M. DAL, G. DE LEVAL et F. GEORGES estiment que le « sauf indication contraire du tribunal arbitral » ne s'applique pas à la possibilité d'obtenir l'*exequatur* de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre devant le juge étatique mais au caractère obligatoire de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre (voy. M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p. 790 et G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 429) ; La demande d'*exequatur* devant le juge étatique de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sera nécessaire lorsque la partie contre laquelle est dirigée la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ne l'exécute pas volontairement (voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 427).

« mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ayant reçu l'*exequatur* du juge étatique ne seront susceptibles d'exécution forcée qu'entre les parties.

61. L'article 1696, § 1^{er}, du Code judiciaire¹⁴⁵ stipule que le juge étatique matériellement compétent pour « *déclarer exécutoire [une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre] est le tribunal de première instance* »¹⁴⁶. Le tribunal de première instance territorialement compétent sera lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre a été rendue en Belgique, le tribunal de première instance dont le siège est celui de la cour d'appel dans le ressort duquel la « mesure provisoire » a été rendue¹⁴⁷ ou lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre a été rendue à l'étranger, le tribunal de première instance « *du siège de la cour d'appel dans le ressort duquel la personne contre laquelle la déclaration exécutoire est demandée a son domicile et, à défaut de domicile, sa résidence habituelle, ou, le cas échéant, son siège social, ou à défaut, son établissement ou sa succursale. Si cette personne n'a ni domicile, ni résidence habituelle, ni siège social, ni établissement ou succursale en Belgique, la demande est portée devant le tribunal de première instance du siège de la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve l'arrondissement dans lequel la mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire la « mesure provisoire »] doit être exécutée* »¹⁴⁸. La partie qui demande qu'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre soit reconnue ou déclarée exécutoire doit saisir le tribunal de première instance sur requête unilatérale, ce dernier statuant en premier et dernier ressort¹⁴⁹.

62. Le tribunal de première instance « *à qui est demandé de reconnaître ou de déclarer exécutoire une mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire une « mesure provisoire »] [prise par l'arbitre] peut ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée si*

¹⁴⁵ L'article 1676, § 8, du Code judiciaire précise par ailleurs que « *les dispositions de l'article 1696 [du Code judiciaire] s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire* ». Cela signifie que les parties ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 1696 du Code judiciaire et que celles-ci s'appliqueront quel que soit le lieu de l'arbitrage, fût-ce-t-il situé à l'étranger.

¹⁴⁶ C. jud., art. 1696, § 1^{er}.

¹⁴⁷ Le fait que la décision de l'arbitre contenant la « mesure provisoire » ait été rendue en Belgique ne signifie pas, selon nous, que le siège de l'arbitrage se situe en Belgique (déduit de C. jud., art. 1713, § 5).

¹⁴⁸ C. jud., art. 1696, § 1/2. On en déduit que seuls les tribunaux de première instance d'Anvers, de Gand, de Bruxelles, de Mons et de Liège seront compétents pour reconnaître ou déclarer exécutoire une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre.

¹⁴⁹ Voy. C. jud., art. 1696, § 1/1.

l'arbitre ne s'est pas déjà prononcé sur la garantie¹⁵⁰ ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits [de l'autre partie], et [éventuellement ceux] des tiers »¹⁵¹.

63. L'article 1697 du Code judiciaire¹⁵² définit les motifs de refus de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre¹⁵³ et précise que la décision de refus du tribunal de première instance « *n'a d'effet qu'aux fins de la demande de la reconnaissance et de la déclaration exécutoire de la « mesure provisoire » [ordonnée par l'arbitre]* »¹⁵⁴. De plus, le tribunal de première instance « *auprès duquel la reconnaissance ou la déclaration exécutoire est demandée [ne pourra en aucun cas] examiner, lorsqu'il prend sa décision, le bien-fondé de la « mesure provisoire » [faisant l'objet d'une demande d'exequatur]* »¹⁵⁵.

64. La partie qui demande ou a obtenu qu'une « mesure provisoire » soit reconnue ou déclarée exécutoire par le tribunal de première instance « *doit en informer l'arbitre sans délai* »¹⁵⁶.

65. Par ailleurs, la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre peut être assortie d'une astreinte¹⁵⁷ qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » par la partie contre laquelle la « mesure provisoire » est dirigée¹⁵⁸.

¹⁵⁰ Voy. *supra*, n° 52.

¹⁵¹ C. jud., art. 1696, § 3.

¹⁵² L'article 1676, § 8, du Code judiciaire précise par ailleurs que « *les dispositions de l'article 1697 [du Code judiciaire] s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire* ». Cela signifie que les parties ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 1697 du Code judiciaire et que celles-ci s'appliqueront quel que soit le lieu de l'arbitrage, fût-ce-t-il situé à l'étranger.

¹⁵³ Voy. C. jud., art. 1697, § 1^{er}.

¹⁵⁴ C. jud., art. 1697, § 2.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ C. jud., art. 1696, § 2.

¹⁵⁷ C. jud., art. 1713, § 7 : « *L'arbitre [lorsqu'il ordonne une « mesure provisoire »] peut condamner une partie au paiement d'une astreinte* ». L'astreinte telle que régie par les art. 1385bis à 1385octies du Code judiciaire est une somme d'argent forfaitaire fixée par l'arbitre ou le juge étatique qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique.

¹⁵⁸ Pour connaître le sort de l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre est contredite par l'arbitre au fond ; ou réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique ; ou modifiée, suspendue ou rétractée par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

§ 2. En droit français de l'arbitrage

66. Contrairement au juge étatique, l'arbitre étant dépourvu d'*imperium*, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force obligatoire mais pas exécutoire avec comme conséquence que les parties devront nécessairement recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution¹⁵⁹. Cependant, contrairement au droit belge de l'arbitrage¹⁶⁰, seules les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence sont susceptibles de recevoir l'*exequatur* du juge étatique, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une ordonnance de procédure ne pouvant pas recevoir l'*exequatur* du juge étatique¹⁶¹. On déduit de l'origine conventionnelle de l'arbitrage que les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ayant reçu l'*exequatur* du juge étatique ne seront susceptibles d'exécution forcée qu'entre les parties.

67. S'agissant d'un arbitrage interne, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de distinguer la procédure d'*exequatur* selon que la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue en France ou selon que la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue à l'étranger¹⁶².

68. Lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue en France et s'agissant d'un arbitrage interne, l'article 1487, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile stipule que le juge étatique compétent pour déclarer exécutoire la « mesure provisoire » est « *le tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue* »¹⁶³. La procédure d'*exequatur* n'est pas contradictoire¹⁶⁴ et par conséquent, le tribunal de grande instance devra être saisi sur requête¹⁶⁵. L'*exequatur* « *ne peut être accordé*

¹⁵⁹ La demande d'*exequatur* devant le juge étatique de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sera nécessaire lorsque la partie contre laquelle est dirigée la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ne l'exécute pas volontairement (déduit de G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 427).

¹⁶⁰ Voy. *supra*, n° 58.

¹⁶¹ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 311 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, p. 354.

¹⁶² En effet, bien que la procédure d'*exequatur* d'une sentence rendue à l'étranger ait été insérée sous le titre relatif à l'arbitrage international, nous pensons que cette procédure trouvera également à s'appliquer à l'arbitrage interne en ce que le Code de procédure civile n'assimile pas la procédure d'*exequatur* d'une sentence rendue à l'étranger à la procédure d'*exequatur* d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international, voy. C. proc. civ., art. 1514 et s.

¹⁶³ C. proc. civ., art. 1487, al. 1^{er}.

¹⁶⁴ C. proc. civ., art. 1487, al. 2.

¹⁶⁵ C. proc. civ., art. 1487, al. 3.

si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public »¹⁶⁶. La décision qui accorde l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours¹⁶⁷ contrairement à la décision qui refuse l'*exequatur*, cette dernière pouvant être frappée d'appel devant la cour d'appel¹⁶⁸ dans le ressort duquel la décision refusant l'*exequatur* a été rendue.

69. Lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue à l'étranger et s'agissant d'un arbitrage interne, l'article 1516, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile stipule que le juge étatique compétent pour déclarer exécutoire la « mesure provisoire » est « *le tribunal de grande instance de Paris* »¹⁶⁹. La procédure d'*exequatur* n'est pas contradictoire¹⁷⁰ et par conséquent, le tribunal de grande instance de Paris devra être saisi sur requête¹⁷¹. L'*exequatur* ne peut être accordé si l'existence de la sentence n'est pas établie par la partie demandant l'*exequatur* ou si l'exécution de la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international¹⁷². La décision qui statue sur l'*exequatur* est susceptible d'appel devant la cour d'appel¹⁷³ dont de siège est à Paris.

70. S'agissant d'un arbitrage international, il y a lieu de distinguer la procédure d'*exequatur* selon que la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue en France ou selon que la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue à l'étranger.

71. Lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue en France et s'agissant d'un arbitrage international, l'article 1516, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile stipule que le juge étatique compétent pour déclarer exécutoire la « mesure provisoire » est « *le tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue* »¹⁷⁴. La procédure d'*exequatur* n'est pas contradictoire¹⁷⁵ et par conséquent, le tribunal de grande instance devra être saisi sur requête¹⁷⁶. L'*exequatur* ne peut être accordé si l'existence de la sentence n'est pas établie par la partie demandant l'*exequatur*

¹⁶⁶ C. proc. civ., art. 1488, al. 1^{er}.

¹⁶⁷ C. proc. civ., art. 1499, al. 1^{er}.

¹⁶⁸ C. proc. civ., art. 1500, al. 1^{er}.

¹⁶⁹ C. proc. civ., art. 1516, al. 1^{er}.

¹⁷⁰ C. proc. civ., art. 1516, al. 2.

¹⁷¹ C. proc. civ., art. 1516, al. 3.

¹⁷² C. proc. civ., art. 1514.

¹⁷³ C. proc. civ., art. 1525.

¹⁷⁴ C. proc. civ., art. 1516, al. 1^{er}.

¹⁷⁵ C. proc. civ., art. 1516, al. 2.

¹⁷⁶ C. proc. civ., art. 1516, al. 3.

ou si l'exécution de la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international¹⁷⁷. La décision qui accorde l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours¹⁷⁸ contrairement à la décision qui refuse l'*exequatur*, cette dernière pouvant être frappée d'appel devant la cour d'appel¹⁷⁹ dans le ressort duquel la décision refusant l'*exequatur* a été rendue.

72. Lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence a été rendue à l'étranger et s'agissant d'un arbitrage international, l'article 1516, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile stipule que le juge étatique compétent pour déclarer exécutoire la « mesure provisoire » est « *le tribunal de grande instance de Paris* »¹⁸⁰. La procédure d'*exequatur* n'est pas contradictoire¹⁸¹ et par conséquent, le tribunal de grande instance de Paris devra être saisi sur requête¹⁸². L'*exequatur* ne peut être accordé si l'existence de la sentence n'est pas établie par la partie demandant l'*exequatur* ou si l'exécution de la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international¹⁸³. La décision qui statue sur l'*exequatur* est susceptible d'appel devant la cour d'appel¹⁸⁴ dont de siège est à Paris.

73. S'agissant d'un arbitrage interne ou international, nous sommes d'avis comme en droit belge de l'arbitrage que le refus d'*exequatur* par le juge étatique de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence n'a d'effet qu'aux fins de la demande de la déclaration exécutoire de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence. Nous estimons également que la partie qui demande ou a obtenu qu'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence soit déclarée exécutoire par le juge étatique doit en informer l'arbitre sans délai comme c'est le cas en droit belge de l'arbitrage.

74. Par ailleurs, s'agissant d'un arbitrage interne ou international, la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une ordonnance de procédure ou d'une sentence peut

¹⁷⁷ C. proc. civ., art. 1514.

¹⁷⁸ C. proc. civ., art. 1524, al. 1^{er}. A cette nuance près que la décision accordant l'*exequatur* sera susceptible d'appel devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la décision accordant l'*exequatur* a été rendue lorsque les parties ont renoncé expressément au recours en annulation contre la sentence contenant les « mesures provisoires », voy. C. proc. civ., art. 1524, al. 1^{er}. Sur le recours en annulation contre une sentence rendue en France et s'agissant d'un arbitrage international, voy. *infra*, n° 84.

¹⁷⁹ C. proc. civ., art. 1523, al. 1^{er}.

¹⁸⁰ C. proc. civ., art. 1516, al. 1^{er}.

¹⁸¹ C. proc. civ., art. 1516, al. 2.

¹⁸² C. proc. civ., art. 1516, al. 3.

¹⁸³ C. proc. civ., art. 1514.

¹⁸⁴ C. proc. civ., art. 1525.

être assortie d'une astreinte¹⁸⁵ qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » par la partie contre laquelle la « mesure provisoire » est dirigée¹⁸⁶.

Section 7. La clause de renonciation au référé arbitral

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

75. L'article 1691 du Code judiciaire qui fonde la compétence au provisoire de l'arbitre stipule que « *sans préjudice des pouvoirs reconnus aux cours et tribunaux en vertu de l'article 1683 [du Code judiciaire], et sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire les « mesures provisoires »] qu'il juge nécessaires* »¹⁸⁷. Cela signifie que les parties peuvent renoncer conventionnellement¹⁸⁸ en tout ou en partie au référé arbitral¹⁸⁹ avec comme conséquence que le juge étatique sera alors compétent pour ordonner les « mesures

¹⁸⁵ C. proc. civ., art. 1468, al. 1^{er} : « *Le tribunal arbitral peut ordonner, ... au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire [c'est-à-dire toute « mesure provisoire »]* ». L'astreinte telle que régie par les art. L131-1 à L131-4 du Code des procédures civiles d'exécution est une somme d'argent forfaitaire fixée par l'arbitre ou le juge étatique qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique.

¹⁸⁶ S'agissant d'un arbitrage interne, pour connaître le sort de l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre est contredite par l'arbitre au fond ; ou modifiée ou complétée par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, dans le cas où l'arbitre aurait ordonné la « mesures provisoire » sous la forme d'une sentence) ; ou modifiée ou rétractée par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ; ou réformée en appel ou annulée par le juge étatique (la réformation en appel et l'annulation par le juge étatique ne seront possibles que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné la « mesure provisoire » sous la forme d'une sentence rendue en France), voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ». S'agissant d'un arbitrage international, pour connaître le sort de l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre est contredite par l'arbitre au fond ; ou modifiée ou complétée par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, dans le cas où l'arbitre aurait ordonné la « mesure provisoire » sous la forme d'une sentence) ; ou modifiée ou rétractée par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ; ou annulée par le juge étatique (l'annulation par le juge étatique ne sera possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné la « mesure provisoire » sous la forme d'une sentence rendue en France), voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

¹⁸⁷ C. jud., art. 1691.

¹⁸⁸ Via la clause d'arbitrage (c'est-à-dire, la clause « *par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats* », déduit de C. proc. civ., art. 1442, al. 2) ou via un compromis arbitral (c'est-à-dire, le compromis « *par lequel les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage*, déduit de C. proc. civ., art. 1442, al. 3) ou encore via « *un accord explicite venu en cours de procédure* » (voy. O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 163).

¹⁸⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 163 ; D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », *o.c.*, p. 25.

provisaires » soustraites conventionnellement à la compétence au provisoire de l'arbitre¹⁹⁰. Les parties ne peuvent par contre pas étendre la compétence au provisoire de l'arbitre¹⁹¹.

76. Contrairement au principe dispositif selon lequel le juge étatique doit exclusivement être saisi par les parties¹⁹², G. KEUTGEN et G.-A. DAL¹⁹³ sont d'avis que lorsque les parties ont renoncé conventionnellement en tout ou en partie au référé arbitral, l'arbitre peut également saisir d'initiative le juge étatique afin que ce dernier ordonne les « mesures provisoires » qui ont été conventionnellement soustraites à la compétence au provisoire de l'arbitre. J.-F. VAN DROOGHENBROECK estime que ce mode de saisine du juge étatique par l'arbitre offrirait de nombreux avantages : (1) l'arbitre étant impartial contrairement aux parties, il est le plus à même à rapporter l'urgence¹⁹⁴ au juge étatique ; (2) pour la même raison, l'arbitre est également le plus à même à apprécier la nécessité des « mesures provisoires » à ordonner par le juge étatique ; (3) étant appelé à statuer sur le fond du litige, l'arbitre est également le mieux placé pour éclairer le juge étatique sur le type de « mesures provisoires » à ordonner¹⁹⁵. Suivant le principe dispositif, G. CLOSSET-MARCHAL considère cependant « *qu'il est interdit à l'arbitre qui n'a pas la qualité de partie, de saisir lui-même le juge étatique. Tout au plus, peut-il inviter [les parties] à le faire* »¹⁹⁶. Cette controverse mériterait d'être tranchée par le législateur¹⁹⁷.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

77. Contrairement au droit belge de l'arbitrage, nous pensons que les parties ne peuvent renoncer conventionnellement au référé arbitral¹⁹⁸.

¹⁹⁰ Sous réserve que les conditions d'octroi de la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, voy. la section intitulée « A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » » ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 163 ; M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 789.

¹⁹¹ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », *o.c.*, p. 25.

¹⁹² Pour plus d'informations sur le principe dispositif, voy. G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome I : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, *o.c.*, p. 105.

¹⁹³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 344.

¹⁹⁴ Au sens de *infra*, n° 108.

¹⁹⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 227.

¹⁹⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, « le juge étatique et l'instance arbitrale », *J.T.*, 2010, p. 248.

¹⁹⁷ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 228.

¹⁹⁸ Dédduit du fait que ni la doctrine, ni la jurisprudence n'abordent la possibilité d'une clause de renonciation au référé arbitral.

Section 8. Les voies de recours contre les « mesures provisoires » prises par l'arbitre

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

78. Les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre peuvent être réformées en appel par un autre arbitre¹⁹⁹ ou annulées²⁰⁰ par le juge étatique. L'appel ne sera possible « *que si les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d'arbitrage* »²⁰¹ tandis que « *les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation, lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale* »²⁰².

79. L'appel doit être introduit devant un autre arbitre par voie de communication²⁰³ tandis que le recours en annulation²⁰⁴ doit être introduit par voie de citation²⁰⁵ devant le tribunal de première instance « *dont le siège est celui de la cour d'appel dans le ressort duquel est fixé le lieu de l'arbitrage* »²⁰⁶ lorsque le lieu d'arbitrage est situé en Belgique ou devant le tribunal de première instance « *dont le siège est celui de la cour d'appel dans le ressort duquel se trouve la juridiction qui eut pu connaître du litige s'il n'avait pas été soumis à l'arbitrage lorsque le lieu d'arbitrage ... n'est pas situé en Belgique* »²⁰⁷. Le tribunal de première instance statue en premier et dernier ressort²⁰⁸. De plus, la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre n'est

¹⁹⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, n° 703.

²⁰⁰ voy. J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 194 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 385.

²⁰¹ C. jud., art. 1716.

²⁰² C. jud., art. 1718.

²⁰³ Dédit de *supra*, n° 58.

²⁰⁴ L'article 1717, § 4, du Code judiciaire définit les motifs d'annulation par le tribunal de première instance d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre.

²⁰⁵ C. jud., art. 1717, § 2.

²⁰⁶ C. jud., art. 1680, § 6, al. 1^{er}.

²⁰⁷ C. jud., art. 1680, § 6, al. 2 ; Vise la situation où les parties ont convenu d'appliquer les règles du droit belge de l'arbitrage à leur litige lorsque le lieu de l'arbitrage n'a pas été fixé ou n'est pas situé en Belgique conformément à l'article 1676, § 7, du Code judiciaire ; On en déduit que seuls les tribunaux de première instance d'Anvers, de Gand, de Bruxelles, de Mons et de Liège seront compétents pour annuler une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre.

²⁰⁸ C. jud., art. 1680, § 5.

susceptible d'annulation devant le tribunal de première instance que si la « mesure provisoire » ne peut plus être attaquée devant un autre arbitre²⁰⁹.

80. Les « mesures provisoires » réformées en appel par un autre arbitre auront force obligatoire²¹⁰ aussi longtemps qu'elles n'auront pas été contredites par l'arbitre au fond ou annulées par le juge étatique ou modifiées, suspendues ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles. Lorsque les « mesures provisoires » réformées en appel par un autre arbitre seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou suspendues par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que les « mesures provisoires » réformées en appel par un autre arbitre puis annulées par le juge étatique ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles disparaîtront rétroactivement²¹¹. Les « mesures provisoires » annulées par le tribunal de première instance disparaîtront avec effet rétroactif²¹². En outre, si la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre est contredite par l'arbitre au fond ou modifiée, suspendue ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles et ce avant que l'autre arbitre n'ait eu le temps de la réformer en appel ou que le tribunal de première instance n'ait eu le temps de l'annuler, l'autre arbitre ou le tribunal de première instance devront, selon nous, simplement constater que la « mesure provisoire » à réformer en appel ou à annuler est devenue sans objet²¹³.

81. L'appel ou le recours en annulation d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre peut être « *de nature à ralentir la procédure arbitrale, voire à susciter des manœuvres dilatoires* »²¹⁴ et nous ne pouvons que regretter que le législateur n'ait pas prévu que l'appel ou le recours en annulation de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ne puisse avoir

²⁰⁹ Ce sera le cas lorsque l'appel a été exercé ou lorsque les parties n'ont pas convenu de la possibilité d'un appel ; C. jud., art. 1717, § 1^{er}.

²¹⁰ L'arbitre étant dépourvu d'*imperium*, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre puis réformées en appel par un autre arbitre ont force obligatoire.

²¹¹ Que les effets de la « mesure provisoire » réformée disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

²¹² Sur le sort de l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

²¹³ Dédit de Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1697.

²¹⁴ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge », *o.c.*, p. 194.

lieu qu'en même temps que l'appel ou le recours en annulation de la sentence définitive par laquelle l'arbitre tranche au fond le litige soumis à l'arbitrage²¹⁵.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

82. S'agissant d'un arbitrage interne ou international, les voies de recours ne seront ouvertes que contre les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France.

83. S'agissant d'un arbitrage interne, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France peuvent être réformées en appel ou annulées par le juge étatique²¹⁶. L'appel ne sera possible que si les parties ont prévu cette possibilité conventionnellement²¹⁷. Le recours en annulation²¹⁸ sera toujours possible sauf si la voie de l'appel a été ouverte conventionnellement par les parties²¹⁹. L'appel et le recours en annulation doivent être introduits par voie d'assignation devant la cour d'appel « *dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue* »²²⁰. « *Le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire* »²²¹. Les « mesures provisoires » réformées en appel auront force exécutoire²²² aussi longtemps qu'elles n'auront pas été contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, selon nous, dans le cas où l'arbitre rendrait sa décision modifiant ou complétant les « mesures provisoires » réformées en appel sous la forme d'une sentence) ou modifiées ou rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles. Lorsque les « mesures provisoires » réformées en appel seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, selon nous, dans le cas où l'arbitre rendrait sa décision modifiant ou complétant les « mesures provisoires »

²¹⁵ Dédit de C. jud., art. 1690, § 4 : « *La décision par laquelle [l'arbitre] s'est déclaré compétent ne peut faire l'objet d'un recours en annulation qu'en même temps que la sentence au fond et par la même voie* ».

²¹⁶ S'agissant d'un arbitrage interne, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France peuvent également être frappées de tierce opposition ou faire l'objet d'un recours en révision, voy. C. proc. civ., art. 1501 et 1502. Cependant, s'agissant de voies de recours exceptionnelles, nous ne les aborderons pas dans le cadre de notre mémoire.

²¹⁷ C. proc. civ., art. 1489.

²¹⁸ S'agissant d'un arbitrage interne, l'article 1492 du Code de procédure civile définit les motifs d'annulation d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France.

²¹⁹ C. proc. civ., art. 1491.

²²⁰ C. proc. civ., art. 1494, al. 1^{er}.

²²¹ C. proc. civ., art. 1496.

²²² Le juge étatique disposant de l'*imperium*, les « mesures provisoires » réformées en appel ont force exécutoire.

réformées en appel sous la forme d'une sentence) ou modifiées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que les « mesures provisoires » réformées en appel puis rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles disparaîtront rétroactivement²²³. Les « mesures provisoires » annulées disparaîtront avec effet rétroactif²²⁴. En outre, si la « mesure provisoire » est contredite par l'arbitre au fond ou modifiée ou complétée par l'arbitre en raison de circonstances nouvelles²²⁵ ou modifiée ou rétractée par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles et ce avant que la cour d'appel n'ait eu le temps de la réformer en appel ou de l'annuler, la cour d'appel devra, selon nous, simplement constater que la « mesure provisoire » à réformer en appel ou à annuler est devenue sans objet.

84. S'agissant d'un arbitrage international, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France peuvent être annulées par le juge étatique²²⁶. Les parties peuvent « à tout moment renoncer expressément au recours en annulation »²²⁷. Le recours en annulation²²⁸ doit être introduit par voie d'assignation devant la cour d'appel « dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue »²²⁹. « Le recours en annulation n'est pas suspensif »²³⁰. Les « mesures provisoires » annulées disparaîtront avec effet rétroactif²³¹. En outre, si la « mesure provisoire » est contredite par l'arbitre au fond ou modifiée ou complétée par l'arbitre en raison de circonstances nouvelles²³² ou modifiée ou rétractée par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles et ce avant que la cour d'appel n'ait eu le temps de l'annuler, la cour d'appel devra, selon nous, simplement constater que la « mesure provisoire » à annuler est devenue sans objet.

²²³ Que les effets de la « mesure provisoire » réformée en appel disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

²²⁴ Sur le sort de l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

²²⁵ La « mesure provisoire » ayant été ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France.

²²⁶ S'agissant d'un arbitrage international, les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France peuvent également faire l'objet d'un recours en révision sauf convention contraire des parties, voy. C. proc. civ., art. 1506, 5°. Cependant, s'agissant d'une voie de recours exceptionnelle, nous ne l'aborderons pas dans le cadre de notre mémoire.

²²⁷ C. proc. civ., art. 1522, al. 1^{er}.

²²⁸ S'agissant d'un arbitrage international, l'article 1520 du Code de procédure civile définit les motifs d'annulation d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France.

²²⁹ C. proc. civ., art. 1519, al. 1^{er}.

²³⁰ C. proc. civ., art. 1526, al. 1^{er}.

²³¹ Sur le sort de l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

²³² La « mesure provisoire » ayant été ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France.

85. L'appel ou le recours en l'annulation d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France peut être « *de nature à ralentir la procédure arbitrale, voire à susciter des manœuvres dilatoires* »²³³. Par conséquent, nous pensons qu'il serait intéressant que le législateur insère dans le Code de procédure civile une disposition précisant que l'appel ou le recours en annulation de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France ne puisse avoir lieu qu'en même temps que l'appel ou le recours en annulation de la sentence définitive rendue en France par laquelle l'arbitre tranche au fond le litige soumis à l'arbitrage.

²³³ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge », *o.c.*, p. 194.

Chapitre 4. Le juge étatique et les « mesures provisoires »

86. Dans ce chapitre, nous nous intéresserons au fondement de la compétence au provisoire du juge étatique (Section 1), à la nature et à la portée des « mesures provisoires » prises par le juge étatique (Section 2), aux conditions auxquelles le juge étatique peut accorder des « mesures provisoires » (Section 3), à l'efficacité des « mesures provisoires » prises par le juge étatique (Section 4), à la clause de renonciation au référé judiciaire (Section 5) et aux voies de recours contre les « mesures provisoires » prises par le juge étatique (Section 6).

Section 1. Fondement de la compétence au provisoire du juge étatique

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

87. L'article 1683 du Code judiciaire fonde la compétence au provisoire du juge étatique et stipule que « *une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire de « mesures provisoires »] et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci* »²³⁴. Conformément à ce qui était déjà largement admis en doctrine et en jurisprudence²³⁵ avant la réforme de 2013 du droit belge de l'arbitrage, lorsque l'ancien article 1679, alinéa 2, du Code judiciaire²³⁶ ne mentionnait pas les mots « avant ou pendant la procédure arbitrale », la doctrine unanime interprète ce texte comme conférant une compétence au provisoire au juge étatique avant et pendant la procédure arbitrale ou, plus précisément, avant et après la constitution du tribunal arbitral.

²³⁴ C. jud., art. 1683.

²³⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 208 ; G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *o.c.*, p. 109 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 427-428 ; J. P. Zottegem-Herzele, 23 juin 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 378 ; Anvers, 3 mars 2010, R.G. n° 2009/RK/309, inédit ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 17 ; Civ. Namur (réf.), 16 juillet 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1515 ; Comm. Namur (réf.), 6 avril 1979, *Rev. rég. dr.*, 1980, p. 53. Néanmoins, une partie infime de la doctrine et de la jurisprudence estimait qu'une fois le tribunal arbitral constitué, seul l'arbitre était compétent au provisoire à l'exclusion du juge étatique ; Voy. en ce sens, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, pp. 212-213 ; Bruxelles, 28 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 511 ; Civ. Liège (réf.), 6 juillet 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 18.

²³⁶ C. jud., ancien art. 1679, al. 2 : « *une demande en justice tendant à des mesures conservatoires ou provisoires [c'est-à-dire des « mesures provisoires »] n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage et n'implique pas renonciation à celle-ci* ».

88. Par ailleurs, l'article 1676, § 8, du Code judiciaire précise que « *les dispositions de l'article 1683 [du Code judiciaire] s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire* »²³⁷. Cela signifie que les parties ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 1683 du Code judiciaire et que celles-ci s'appliqueront quel que soit le lieu de l'arbitrage, fût-ce-t-il situé à l'étranger. L'article 1683 du Code judiciaire trouvera également à s'appliquer « *tant que le lieu de l'arbitrage n'est pas fixé* »²³⁸.

89. L'article 1683 du Code judiciaire ne doit pas être confondu avec l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire qui précise que « *le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare sans juridiction à la demande d'une partie ... A peine d'irrecevabilité, l'exception doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de défense* »²³⁹. En effet, l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire vise la saisine du juge étatique au fond tandis que l'article 1683 du Code judiciaire vise la saisine du juge étatique au provisoire. Si le juge étatique est saisi au fond sur base de l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire, la juridiction du juge étatique existera à l'exclusion définitive de la juridiction de l'arbitre si la juridiction du juge étatique n'est pas déclinée *in limine litis*²⁴⁰. Par contre, si le juge étatique est saisi au provisoire sur base de l'article 1683 du Code judiciaire, la juridiction du juge étatique existera en collaboration avec la juridiction de l'arbitre²⁴¹. En outre, l'article 1676, § 8, du Code judiciaire précise que « *les dispositions de l'article 1682 [du Code judiciaire] s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire* »²⁴². Cela signifie que les parties ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 1682 du Code judiciaire et que celles-ci s'appliqueront quel que soit le lieu de l'arbitrage, fût-ce-t-il situé à l'étranger.

²³⁷ C. jud., art. 1676, § 8.

²³⁸ C. jud., art. 1676, § 6.

²³⁹ C. jud., art. 1682, § 1^{er}.

²⁴⁰ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 189 ; Le déclinatoire est un déclinatoire de juridiction d'ordre privé (voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 13, n° 7) qui doit être soulevé *in limine litis* (voy. la jurisprudence citée par O. CAPRASSE, « Arbitrage et médiation », *o.c.*, pp. 29 et s.).

²⁴¹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, pp. 170-171.

²⁴² C. jud., art. 1676, § 8.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

90. L'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile fonde la compétence au provisoire du juge étatique et stipule que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir [...] une mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire une « mesure provisoire »]* »²⁴³. Conformément à ce qui était déjà admis en doctrine et en jurisprudence²⁴⁴ avant la réforme de 2011 du droit français de l'arbitrage, lorsque l'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile n'existait pas encore²⁴⁵, la doctrine unanime interprète ce texte comme conférant une compétence au provisoire au juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral. En ce qui concerne la compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral, la doctrine est divisée. Certains auteurs dont C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT²⁴⁶, E. GAILLARD²⁴⁷ et P. DE LAPASSE²⁴⁸ sont d'avis que l'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile empêche le juge étatique d'être compétent au provisoire après la constitution du tribunal arbitral. D'autres auteurs dont C. CHAINAIS²⁴⁹, C. JARROSSON²⁵⁰, G. PLUYETTE²⁵¹, J. HÉRON, T. LE BARS²⁵², P. THÉRY²⁵³, S. BESSON, J.-F. POUDRET²⁵⁴ et J. PELLERIN²⁵⁵ estiment au contraire que l'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ne fait pas obstacle à la compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral²⁵⁶. Ces derniers considérant, à juste titre selon nous, que le

²⁴³ C. proc. civ., art. 1449, al. 1^{er}.

²⁴⁴ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, p. 70 ; Civ. 2^e, 7 mars 2002, *Bull. civ.*, II, n° 31, *Rev. arb.*, 2002, p. 214 : « *la clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, la faculté de saisir le juge des référés aux fins de mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire de « mesures provisoires »]* » ; Civ. 1^{er}, 6 décembre 2005, *Bull. civ.*, I, n° 463, *Rev. trim. dr. com.*, 2006, p. 297, obs. E. LOQUIN.

²⁴⁵ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 285.

²⁴⁶ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, p. 620.

²⁴⁷ E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextension éditions, 2011, p. 62.

²⁴⁸ E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *o.c.*, p. 180.

²⁴⁹ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 316-323.

²⁵⁰ C. JARROSSON, « Neuvième colloque CCI-CIRDI-AAA : mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1992, p. 686.

²⁵¹ G. PLUYETTE, « Vue française », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 91.

²⁵² J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2012, n° 427.

²⁵³ P. THÉRY, « *Judex Gladii* : des juges et de la contrainte en territoire français », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges offerts à Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 477 et s.

²⁵⁴ S. BESSON et J.-F. POUDRET, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Paris, Schulthess, 2002, n° 613.

²⁵⁵ C. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *o.c.*, p. 16.

²⁵⁶ Cette doctrine a été confirmée par un arrêt du tribunal de grande instance de Paris : le juge étatique peut ordonner une mesure de prévention d'un dommage imminent sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er}, du

juge étatique doit être compétent au provisoire avant et après la constitution du tribunal arbitral afin de lutter contre les manquements du référé arbitral²⁵⁷ et permettre ainsi aux parties, à tout moment de la procédure arbitrale, un accès effectif aux « mesures provisoires » comme c'est le cas en droit belge de l'arbitrage. Cette controverse mériterait d'être tranchée par le législateur²⁵⁸ ou la Cour de cassation.

91. Par ailleurs, l'article 1449 du Code de procédure civile s'applique aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international via le truchement de l'article 1506, 1^o du Code de procédure civile²⁵⁹.

92. L'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ne doit pas être confondu avec l'article 1448, alinéas 1^{er} et 2, du Code de procédure civile qui précise que « *lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant un juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente ... La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence* »²⁶⁰. En effet, l'article 1448, alinéas 1^{er} et 2, du Code de procédure civile vise la saisine du juge étatique au fond tandis que l'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile vise la saisine du juge étatique au provisoire. Si le juge étatique est saisi au fond sur base de l'article 1448, alinéas 1^{er} et 2, du Code de procédure civile, la juridiction du juge étatique existera à l'exclusion définitive de la juridiction de l'arbitre si la juridiction du juge étatique n'est pas déclinée *in limine litis*²⁶¹. Par contre, si le juge étatique est saisi au provisoire sur base de l'article 1449, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, la juridiction du juge étatique existera en collaboration avec la juridiction de l'arbitre. Nous retrouvons dans ces articles, le même mécanisme que celui prévu par le droit belge de l'arbitrage²⁶². En outre, l'article 1448, alinéas 1^{er} et 2, du Code de procédure civile s'applique aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international via le truchement de l'article 1506, 1^o du Code de

Code de procédure civile [c'est-à-dire une « mesure provisoire » urgente] « *y compris dans l'hypothèse où le tribunal arbitral étant saisi, le juge étatique ne serait plus compétent pour trancher le litige* », voy. TGI Paris (Ord. Réf.), 29 mars 2010, *Cah. arb.*, 2010, p. 853, note L. DEGOS, *J.C.P.G.*, 2010, p. 644, n^o 4, obs. J. ORTSCHIEDT.

²⁵⁷ Pour connaître les manquements du référé arbitral, voy. *supra*, n^o 23.

²⁵⁸ En supprimant « *avant la constitution du tribunal arbitral* » ou en mettant « *avant ou pendant la procédure arbitrale* » comme c'est le cas en droit belge de l'arbitrage.

²⁵⁹ Sous réserve que les parties n'en aient pas convenu autrement, voy. C. proc. civ., art. 1506, 1^o : « *A moins que les parties en soient convenues autrement ... l'article 1449 [du Code de procédure civile] s'applique à l'arbitrage international* ».

²⁶⁰ C. proc. civ., art. 1448, al. 1^{er} et 2.

²⁶¹ Comme pour le droit belge de l'arbitrage, nous sommes d'avis que le déclinatoire est un déclinatoire de juridiction d'ordre privé qui doit être soulevé *in limine litis*.

²⁶² Voy. *supra*, n^o 89.

procédure civile²⁶³. A cette nuance près que s'agissant d'un arbitrage interne, les parties ne peuvent déroger à l'article 1448, alinéas 1^{er} et 2, du Code de procédure civile²⁶⁴.

Section 2. Nature et portée des « mesures provisoires » prises par le juge étatique

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

93. Comme les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre²⁶⁵, les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique ont autorité de chose jugée au provisoire mais pas au principal²⁶⁶. Cela signifie que le juge étatique pourra modifier, suspendre ou rétracter les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées qu'en raison de circonstances nouvelles²⁶⁷ et que la décision du juge étatique contenant les « mesures provisoires » ne lie pas l'arbitre lorsqu'il est appelé à statuer sur le fond du litige dans le cadre d'une sentence définitive²⁶⁸.

94. Le juge étatique disposant de l'*imperium*, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force exécutoire²⁶⁹. Par conséquent, contrairement aux « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre qui, en raison du défaut d'*imperium* de l'arbitre, n'ont pas force exécutoire et doivent donc nécessairement recevoir l'*exequatur* du juge étatique pour en forcer l'exécution entre les

²⁶³ Sous réserve que les parties n'en aient pas convenu autrement, voy. C. proc. civ., art. 1506, 1^o : « *A moins que les parties en soient convenues autrement ... l'article 1448, alinéas 1^{er} et 2 [du Code de procédure civile] s'applique à l'arbitrage international* ».

²⁶⁴ C. proc. civ., art. 1448, al. 3 : « *Toute stipulation contraire à l'article 1448, alinéas 1^{er} et 2, du Code de procédure civile est réputée non écrite* ».

²⁶⁵ Voy. *supra*, n^o 29.

²⁶⁶ C. jud., art. 1039, al. 1^{er} : « *les ordonnances sur référé ne portent pas préjudice au principal* » ; Bruxelles, 30 avril 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 525.

²⁶⁷ Sous réserve que les conditions d'octroi de la « mesure provisoire » modifiant, suspendant ou rétractant l'ancienne « mesure provisoire » aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, voy. la section suivante intitulée « A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » ».

²⁶⁸ Dédit de G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence, o.c.*, p. 471.

²⁶⁹ C. jud., art. 1039, al. 2 : « *les ordonnances de référé sont exécutoires* ». Plus précisément, les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique ont force exécutoire aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contredites par l'arbitre au fond ; ou réformées par le juge étatique lui-même en appel, sur tierce opposition ou sur opposition (C. jud., art. 1039, al. 2 précise que « *les ordonnances de référé sont exécutoires ... nonobstant opposition ou appel* ») ; ou modifiées, suspendues ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles. Lorsque les « mesures provisoires » seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou suspendues par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique puis réformées par le juge étatique lui-même en appel, sur tierce opposition ou sur opposition ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles disparaîtront rétroactivement. Que les effets de la « mesure provisoire » disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

parties²⁷⁰, les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique seront susceptibles d'exécution forcée non seulement entre les parties mais également, le cas échéant, envers les tiers.

95. En outre, toute « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique doit être portée sans délai à la connaissance de l'arbitre²⁷¹ par la partie la plus diligente.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

96. Comme en droit belge de l'arbitrage, les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique ont autorité de chose jugée au provisoire mais pas au principal²⁷². Cela signifie que le juge étatique pourra « *modifier ou rétracter* »²⁷³ les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées qu'en raison de circonstances nouvelles²⁷⁴ et que la décision du juge étatique contenant les « mesures provisoires » ne lie pas l'arbitre lorsqu'il est appelé à statuer sur le fond du litige dans le cadre d'une sentence définitive²⁷⁵.

97. Comme en droit belge de l'arbitrage, le juge étatique disposant de l'*imperium*, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force exécutoire²⁷⁶. Par conséquent, contrairement

²⁷⁰ Voy. *supra*, n° 60-64.

²⁷¹ Dédit de C. jud., 1696, § 2 qui stipule que « *toute rétractation, suspension ou modification* » par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique doit être portée « *sans délai* » à la connaissance de l'arbitre. Cette déduction est confirmée, à notre sens, par G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 428.

²⁷² Il en est de même pour les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sous la forme d'une sentence mais pas sous la forme d'une ordonnance de procédure, voy. *supra*, n° 31 et 32 ; C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 290-291.

²⁷³ Voy. C. proc. civ., art. 488 et 497.

²⁷⁴ Sous réserve que les conditions d'octroi de la « mesure provisoire » modifiant ou rétractant l'ancienne « mesure provisoire » aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, voy. la section suivante intitulée « A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » » ; C. proc. civ., art. 488 : le juge étatique pourra modifier ou rétracter la « mesure provisoire » qu'il a ordonnée « *qu'en cas de circonstances nouvelles* ».

²⁷⁵ C. proc. civ., art. 488 : les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique « *n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée* ».

²⁷⁶ C. proc. civ., art. 489 et 495 : les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique sont « *exécutoires* ». Plus précisément, les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique ont force exécutoire aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contredites par l'arbitre au fond ; ou réformées en appel ou sur tierce opposition par le juge étatique lui-même ; ou modifiées ou complétées par l'arbitre (l'arbitre pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles selon nous) ; ou modifiées ou rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles. Lorsque les « mesures provisoires » seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (l'arbitre pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles selon nous) ou modifiées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique

aux « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre qui, en raison du défaut d'*imperium* de l'arbitre, n'ont pas force exécutoire²⁷⁷, les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique seront susceptibles d'exécution forcée non seulement entre les parties mais également, le cas échéant, envers les tiers.

98. En outre, selon nous, toute « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique doit être portée sans délai à la connaissance de l'arbitre par la partie la plus diligente comme c'est le cas en droit belge de l'arbitrage.

Section 3. A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » ?

§ 1. Le juge étatique doit être compétent

A. En droit belge de l'arbitrage

99. Le juge étatique compétent au provisoire est le juge des référés et, plus précisément, le président du tribunal. En effet, l'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire stipule que le juge étatique compétent pour « *statuer au provisoire* »²⁷⁸ est le président du tribunal²⁷⁹.

100. Le président du tribunal matériellement compétent est le président du tribunal de première instance. L'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire précise que « *le président du tribunal de première instance statue au provisoire ... en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire* »²⁸⁰. Cependant, s'il s'agit de contestations entre entreprises ou lorsque la demande d'une « mesure provisoire » est dirigée contre une entreprise, le président du tribunal matériellement compétent sera, au choix, soit le président du tribunal de première instance, soit le président du tribunal de commerce²⁸¹.

puis réformées en appel ou sur tierce opposition par le juge étatique lui-même ou rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles disparaîtront rétroactivement. Que les effets de la « mesure provisoire » disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

²⁷⁷ Voy. *supra*, n° 66-73.

²⁷⁸ C. jud., art. 584, al. 1^{er}.

²⁷⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, « le juge étatique et l'instance arbitrale », *o.c.*, p. 247.

²⁸⁰ C. jud., art. 584, al. 1^{er}.

²⁸¹ Dédit des articles 573 et 584 du Code judiciaire. Néanmoins, il nous semble que le président du tribunal de commerce devrait être choisi par préférence, celui-ci bénéficiant d'une meilleure expertise dans ces matières que

101. Le président du tribunal territorialement compétent est le président du tribunal « dont le siège est celui de la cour d'appel dans le ressort duquel est fixé le lieu de l'arbitrage »²⁸². Lorsque ce lieu n'a pas été fixé ou n'est pas situé en Belgique, le président du tribunal territorialement compétent est le président du tribunal « dont le siège est celui de la cour d'appel dans le ressort duquel se trouve la juridiction qui eut pu connaître du litige s'il n'avait pas été soumis à l'arbitrage »²⁸³.

102. En outre, l'article 1698 du Code judiciaire précise que le président du tribunal « dispose, pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire une « mesure provisoire »] en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non lieu sur le territoire belge, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités de l'arbitrage »²⁸⁴. Par ailleurs, l'article 1676, § 8, du Code judiciaire précise que « les dispositions de l'article 1698 [du Code judiciaire] s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire »²⁸⁵. Cela signifie que les parties ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 1698 du Code judiciaire et que celles-ci s'appliqueront quel que soit le lieu de l'arbitrage, fût-ce-t-il situé à l'étranger.

B. En droit français de l'arbitrage

103. Le juge étatique matériellement compétent au provisoire est selon que la matière est commerciale ou pas²⁸⁶ « le président du tribunal de grande instance ou de commerce »²⁸⁷.

104. S'agissant d'un arbitrage interne, le président du tribunal territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège de l'arbitrage est fixé lorsque celui-ci est situé en France ou, à défaut, celui du lieu où

le président du tribunal de première instance. Par ailleurs, la compétence du président du tribunal du travail en matière d'arbitrage ne sera pas abordée dans le cadre de notre mémoire, celle-ci restant exceptionnelle.

²⁸² C. jud., art. 1680, § 6, al. 1^{er}.

²⁸³ C. jud., art. 1680, § 6, al. 2. On en déduit que seuls les présidents des tribunaux de première instance et de commerce d'Anvers, de Gand, de Bruxelles, de Mons et de Liège seront compétents pour prendre des « mesures provisoires » liées à une procédure arbitrale.

²⁸⁴ C. jud., art. 1698. Cet article n'a pas d'autre portée que « pédagogique » comme l'indiquent M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 790 et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 208.

²⁸⁵ C. jud., art. 1676, § 8.

²⁸⁶ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 290.

²⁸⁷ C. proc. civ., art. 1449, al. 2.

demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur ou, à défaut, celui dont le siège est à Paris. S'agissant d'un arbitrage international, le président du tribunal territorialement compétent est, sauf convention contraire des parties, le président du tribunal dont le siège est à Paris²⁸⁸.

105. En outre, comme en droit belge de l'arbitrage, le président du tribunal dispose pour prononcer une « mesure provisoire » en relation avec un procédure d'arbitrage du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec un procédure judiciaire²⁸⁹.

§ 2. Une demande émanant d'une partie à la convention d'arbitrage

A. En droit belge de l'arbitrage

106. Le juge étatique ne pourra ordonner une « mesure provisoire » qu'à « *la demande* »²⁹⁰ d'une partie à la convention d'arbitrage. Conformément au principe dispositif²⁹¹, le juge étatique ne peut pas ordonner ce que les parties ne lui ont pas demandé. Par conséquent, le juge étatique ne pourra pas d'initiative ordonner des « mesures provisoires ».

B. En droit français de l'arbitrage

107. Le juge étatique ne statuera que sur la demande de « mesures provisoires » « *sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage* »²⁹². Comme en droit belge de l'arbitrage, conformément au principe dispositif, le juge étatique ne peut pas ordonner ce que les parties

²⁸⁸ Dédit de l'article 1459, alinéa 3, du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne et de l'article 1505 du Code de procédure civile pour l'arbitrage international. Selon nous, les règles de droit commun relatives à la répartition territoriale des compétences ne trouveront pas à s'appliquer au contexte particulier de l'arbitrage. Afin de régler la problématique de la compétence territoriale du président du tribunal, nous sommes d'avis que le président du tribunal peut être vu comme le juge d'appui des « mesures provisoires » (C. CHAINAIS et C. JARROSSON parlent de « *l'appui du juge étatique du provisoire* », voy. C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, p. 71) et que, par conséquent, le président du tribunal territorialement compétent sera le juge d'appui territorialement compétent au sens de l'article 1459, alinéa 3, du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne et au sens de l'article 1505 du Code de procédure civile pour l'arbitrage international. Pour les situations de l'arbitrage interne non visées à l'article 1459, alinéa 3, du Code de procédure civile, nous avons considéré que le président du tribunal territorialement compétent est celui dont le siège est à Paris.

²⁸⁹ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, p. 75.

²⁹⁰ C. jud., art. 1683.

²⁹¹ Pour plus d'informations sur le principe dispositif, voy. G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome I : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, *o.c.*, p. 105.

²⁹² C. proc. civ., art. 1449, al. 2.

ne lui ont pas demandé. Par conséquent, le juge étatique ne pourra pas d'initiative ordonner des « mesures provisoires ».

§ 3. L'urgence

A. En droit belge de l'arbitrage

108. L'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire précise que le juge étatique pourra ordonner des « mesure provisoires » « *dans les cas dont il reconnaît l'urgence* »²⁹³. Pour satisfaire à la condition d'urgence, la partie demandant une « mesure provisoire » au juge étatique devra toujours démontrer qu'elle ne peut « *attendre jusqu'à une décision finale sur le fond* »²⁹⁴ de l'arbitre se prononçant sur le litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage et, selon les positions doctrinales²⁹⁵, démontrer que l'urgence invoquée est insurmontable en ce que « *la procédure ordinaire [c'est-à-dire l'instance arbitrale et, plus précisément, le référé arbitral] serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu* »²⁹⁶. En outre, s'agissant d'un référé-provision, c'est-à-dire, d'une mesure provisoire anticipatoire²⁹⁷ allouant une somme d'argent, la partie devra également démontrer²⁹⁸ : (1) son état grave d'impécuniosité, la rendant incapable de faire face à ses dettes sans l'obtention de la somme d'argent dont elle sollicite l'octroi ; (2) l'urgence manifeste à remédier à cette situation et le préjudice grave, voire irréparable, qui résulterait de l'abstention du juge étatique à faire droit à sa demande ; (3) l'incontestabilité apparente de la créance alléguée et de la dette corrélative, appréciée au

²⁹³ C. jud., art. 584, al. 1^{er}.

²⁹⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 174 ; S. R. BOND, « La nature des mesures conservatoires et provisoires », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI, n° 519, 1993, pp. 8 et s.

²⁹⁵ Voy. *infra*, dans le chapitre 5 intitulé « Articulation des compétences au provisoire de l'arbitre et du juge étatique », les sections « La compétence au provisoire du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral » et « La compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral ».

²⁹⁶ Cass., 13 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 14 ; Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1160 ; Cass., 23 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2031 ; Bruxelles, 12 février 2002, *R.W.*, 2001-2002, p. 1575 ; Civ. Bruxelles (réf.), 6 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 637 ; Bruxelles, 27 janvier 2000, *J.T.*, 2001, p. 28 ; Bruxelles, 4 mai 2000, *D.A.O.R.*, 2000, p. 237 ; Bruxelles, 27 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 694 ; C.T. Liège, 7 mai 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 265 ; Comm. Charleroi (réf.), 11 décembre 2002, *Bull. ass.*, 2003, p. 383 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 216 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Aspects actuels du référé-provision », in *Les procédures de référé*, Formation permanente C.U.P., vol. XXV, sep. 1998, pp. 25 et s. ; M. STORME et P. Taelman, « Het kort geding : ontwikkelingen en perspectieven », in *Procederen in nieuw België en bijkomend Europa*, Kluwer, Anvers, 1991, n° 21 et s. ; H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) principes, conditions et caractéristiques », *o.c.*, p. 14, n° 12 et les réf. citées ; G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome I : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, *o.c.*, p. 464.

²⁹⁷ Au sens de *supra*, n° 12.

²⁹⁸ Bruxelles, 19 mai 2005, *J.T.*, 2005, p. 774 ; Bruxelles, 25 octobre 2007, *J.T.*, 2008, p. 10.

regard du risque de voir l'arbitre au fond désavouer ultérieurement la position prise par le juge étatique²⁹⁹. L'urgence doit par ailleurs exister non seulement au moment de l'introduction de la demande de la « mesure provisoire » mais également au moment où le juge étatique ordonne la « mesure provisoire »³⁰⁰.

B. En droit français de l'arbitrage

109. L'article 1449, alinéa 2, du Code de procédure civile précise que le juge étatique pourra ordonner des « mesure provisoires » « *en cas d'urgence* »³⁰¹. Pour satisfaire à la condition d'urgence, la partie demandant une « mesure provisoire » au juge étatique devra démontrer un dommage imminent³⁰² qui causerait un préjudice³⁰³ s'il fallait attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage et également démontrer que l'urgence invoquée est insurmontable en ce que le référé arbitral serait impuissant à résoudre le différend en temps voulu³⁰⁴. En outre, s'agissant d'un référé-provision, c'est-à-dire, d'une mesure provisoire anticipatoire³⁰⁵ allouant une somme d'argent, la partie devra également démontrer que la créance n'est pas sérieusement contestable³⁰⁶. Lorsqu'une partie demande une « mesure provisoire » au juge étatique, l'urgence à démontrer en droit français de l'arbitrage est plus contraignante que l'urgence à démontrer en droit belge de l'arbitrage. En effet, en droit français de l'arbitrage, la partie devra démontrer un dommage imminent qui causerait un préjudice s'il fallait attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage alors qu'en droit belge de l'arbitrage, la partie devra démontrer qu'elle

²⁹⁹ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, o.c., pp. 481-482.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 464.

³⁰¹ C. proc. civ., art. 1449, al. 2.

³⁰² Dédit de C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », o.c., pp. 292-293.

³⁰³ C. CHAINAIS et C. JARROSSON vont plus loin en parlant de « *préjudice irréversible* », voy. C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », o.c., p. 79.

³⁰⁴ Dédit de *ibid.*

³⁰⁵ Au sens de *supra*, n° 15.

³⁰⁶ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », o.c., pp. 297 et 318 ; C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », o.c., p. 76 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, o.c., pp. 202-203 ; En droit de l'arbitrage interne, voy. Civ. 1^{re}, 26 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, p. 175, Civ. 2^e, 2 avril 1997, *Bull. civ.*, II, n°108, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 177, obs. J. NORMAND, *Rev. arb.*, 1998, p. 673, note L. DEGOS, *Rev. trim. dr. com.*, 1997, p. 434, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN, *D. Aff.*, 1997, p. 573, *R.G.D.P.*, 1998, n° 97, obs. J. HÉRON et p. 159, obs. M. C. RIVIER, *Com.*, 29 juin 1999, *Rev. arb.*, 1999, pp. 817-820, note A. HORY, *Droit et patrimoine*, 2000, n° 83, *Chron.* n° 2606, p. 123 et Civ. 2^e, 13 juin 2002, *Droit et patrimoine*, n° 113, n° 3255, obs. J. MESTRE ; En droit de l'arbitrage international, voy. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *D.*, 1990, p. 147, note G. PEYRARD et Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 633, note H. GAUDEMET-TALLON.

ne peut attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage.

§ 4. Le caractère non nécessairement contradictoire du référé judiciaire

A. En droit belge de l'arbitrage

110. Contrairement au référé arbitral qui est nécessairement contradictoire³⁰⁷, le référé judiciaire n'est pas nécessairement contradictoire. En effet, en cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire, lorsque l'urgence empêche la partie demandant la « mesure provisoire » de convoquer l'autre partie ou lorsque la surprise est indispensable pour garantir l'effectivité de la « mesure provisoire », le juge étatique pourra ordonner la « mesure provisoire » dans le cadre d'une procédure non contradictoire³⁰⁸. Dans tous les autres cas, le juge étatique ordonnera la « mesure provisoire » dans le cadre d'une procédure contradictoire³⁰⁹.

B. En droit français de l'arbitrage

111. Comme en droit belge de l'arbitrage, le référé judiciaire n'est pas nécessairement contradictoire³¹⁰. En effet, en cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire, lorsque l'urgence empêche la partie demandant la « mesure provisoire » de convoquer l'autre partie ou lorsque la surprise est indispensable pour garantir l'effectivité de la « mesure provisoire », le juge étatique pourra ordonner la « mesure provisoire » dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Dans tous les autres cas, le juge étatique ordonnera la « mesure provisoire » dans le cadre d'une procédure contradictoire³¹¹.

³⁰⁷ Voy. *supra*, n° 42.

³⁰⁸ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, o.c., pp. 464 et 468.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 468.

³¹⁰ Contrairement au référé arbitral qui est nécessairement contradictoire, voy. *supra*, n° 43.

³¹¹ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », o.c., p. 290 ; C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », o.c., pp. 73-74.

§ 5. Saisine du juge étatique

A. En droit belge de l'arbitrage

112. En cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire, lorsque l'urgence empêche la partie demandant la « mesure provisoire » de convoquer l'autre partie ou lorsque la surprise est indispensable pour garantir l'effectivité de la « mesure provisoire », s'agissant d'une procédure non contradictoire, la partie qui demande la « mesure provisoire » devra saisir le juge étatique par voie de requête unilatérale, c'est-à-dire, sans convocation de l'autre partie contre qui est dirigée la demande de « mesure provisoire »³¹². Dans tous les autres cas, s'agissant de procédures contradictoires, la partie qui demande la « mesure provisoire » devra saisir le juge étatique par voie de citation, c'est-à-dire, avec convocation de l'autre partie contre qui est dirigée la demande de « mesure provisoire »³¹³.

B. En droit français de l'arbitrage

113. En cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire, lorsque l'urgence empêche la partie demandant la « mesure provisoire » de convoquer l'autre partie ou lorsque la surprise est indispensable pour garantir l'effectivité de la « mesure provisoire », s'agissant d'une procédure non contradictoire, la partie qui demande la « mesure provisoire » devra saisir le juge étatique par voie de requête³¹⁴, c'est-à-dire, sans convocation de l'autre partie contre qui est dirigée la demande de « mesure provisoire »³¹⁵. Dans tous les autres cas, s'agissant de procédures contradictoires, la partie qui demande la « mesure provisoire » devra saisir le juge étatique par

³¹² C. jud., art. 584, al. 4 : « le président est saisi ..., en cas d'absolue nécessité, par requête [unilatérale] » telle que régie par les art. 1025 à 1034 du Code judiciaire ; G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome I : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, o.c., pp. 464 et 468.

³¹³ C. jud., art. 584, al. 4 : « le président est saisi par voie de référé [c'est-à-dire par voie de citation] » telle que régie par les art. 1035 à 1041 du Code judiciaire ; G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome I : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, o.c., p. 468.

³¹⁴ Le juge étatique statuera alors sur requête conformément aux art. 493 à 498 du Code de procédure civile.

³¹⁵ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », o.c., p. 290 ; C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », o.c., pp. 73-74 ; Confirmé par la Cour de cassation : « Attendu que l'arrêt attaqué énonce à bon droit que l'existence d'une clause compromissoire ne prive pas le président du tribunal de commerce ... d'ordonner sur requête toutes les « mesures provisoires » urgentes dont les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement », voy. Com., 10 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 56, note A. HORY.

voie d'assignation³¹⁶, c'est-à-dire, avec convocation de l'autre partie contre qui est dirigée la demande de « mesure provisoire »³¹⁷.

§ 6. Une « mesure provisoire » non nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage

A. En droit belge de l'arbitrage

114. Contrairement à une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre³¹⁸, une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique ne sera pas nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage. En effet, le juge étatique disposant de l'*imperium*, il peut ordonner des « mesures provisoires » contraignantes, c'est-à-dire susceptibles d'exécution forcée, non seulement envers les parties mais également, le cas échéant, envers les tiers.

B. En droit français de l'arbitrage

115. Comme en droit belge de l'arbitrage, une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique ne sera pas nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage³¹⁹. En effet, le juge étatique disposant de l'*imperium*, il peut ordonner des « mesures provisoires » contraignantes, c'est-à-dire susceptibles d'exécution forcée, non seulement envers les parties mais également, le cas échéant, envers les tiers.

§ 7. Une appréciation du bien-fondé de la demande de « mesure provisoire »

A. En droit belge de l'arbitrage

116. Lorsque le juge étatique apprécie le bien-fondé d'une demande de « mesure provisoire », il doit être attentif aux éléments suivants : (1) l'appréciation *prima facie* des mérites de

³¹⁶ Le juge étatique statuera alors en référé conformément aux art. 484 à 492 du Code de procédure civile.

³¹⁷ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, p. 290 ; C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, pp. 73-74.

³¹⁸ Voy. *supra*, n° 46.

³¹⁹ Contrairement à la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre qui sera nécessairement dirigée contre une partie à la convention d'arbitrage, voy. *supra*, n° 47.

l'affaire ; (2) l'opportunité de la « mesure provisoire » ; (3) le caractère nécessaire de la « mesure provisoire » ; (4) la proportionnalité³²⁰.

B. En droit français de l'arbitrage

117. Comme en droit belge de l'arbitrage, nous sommes d'avis que lorsque le juge étatique apprécie le bien-fondé d'une demande de « mesure provisoire », il doit être attentif aux éléments suivants : (1) l'appréciation *prima facie* des mérites de l'affaire ; (2) l'opportunité de la « mesure provisoire » ; (3) le caractère nécessaire de la « mesure provisoire » ; (4) la proportionnalité.

Section 4. Efficacité des « mesures provisoires » prises par le juge étatique

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

118. Le juge étatique disposant de l'*imperium*, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force exécutoire et seront donc susceptibles d'exécution forcée non seulement entre les parties mais également, le cas échéant, envers les tiers³²¹. Par ailleurs, la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique peut être assortie d'une astreinte³²² qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » par la partie contre laquelle la « mesure provisoire » est dirigée³²³.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

119. Comme en droit belge de l'arbitrage, le juge étatique disposant de l'*imperium*, les « mesures provisoires » qu'il ordonne ont force exécutoire et seront donc susceptibles d'exécution forcée non seulement entre les parties mais également, le cas échéant, envers les

³²⁰ Dédit de O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, p. 179 et D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *o.c.*, p. 73, n° 15.

³²¹ *Ibid.*

³²² L'astreinte telle que régie par les art. 1385*bis* à 1385*octies* du Code judiciaire est une somme d'argent forfaitaire fixée par l'arbitre ou le juge étatique qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique.

³²³ Pour connaître le sort de l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique est contredite par l'arbitre au fond ; ou réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même ; ou modifiée, suspendue ou rétractée par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

tiers. Par ailleurs, comme en droit belge de l'arbitrage, la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique peut être assortie d'une astreinte³²⁴ qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » par la partie contre laquelle la « mesure provisoire » est dirigée³²⁵.

Section 5. La clause de renonciation au référé judiciaire

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

120. L'article 1683 du Code judiciaire qui fonde la compétence au provisoire du juge étatique stipule que « *une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire de « mesures provisoires »] et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci* »³²⁶. L'article 1676, § 8, du Code judiciaire ajoute que « *les dispositions de l'article 1683 [du Code judiciaire] s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire* »³²⁷. Cela signifie que les parties ne peuvent déroger aux dispositions de l'article 1683 du Code judiciaire et que celles-ci s'appliqueront quel que soit le lieu de l'arbitrage, fût-ce-t-il situé à l'étranger. On en déduit que la clause par laquelle les parties renonceraient au référé judiciaire déroge aux dispositions de l'article 1683 du Code judiciaire et sont par conséquent prohibées aussi bien avant que pendant la procédure arbitrale que l'arbitrage ait lieu en Belgique ou à l'étranger³²⁸.

³²⁴ C. proc. civ., art. 491 : le juge étatique « *peut prononcer des condamnations à des astreintes* ». L'astreinte telle que régie par les art. L131-1 à L131-4 du Code des procédures civiles d'exécution est une somme d'argent forfaitaire fixée par l'arbitre ou le juge étatique qui viendra sanctionner le non-respect de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique.

³²⁵ Pour connaître le sort de l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique lorsque la « mesures provisoire » ordonnée par le juge étatique est contredite par l'arbitre au fond ; ou réformée en appel ou sur tierce opposition par le juge étatique lui-même ; ou modifiée ou complétée par l'arbitre (l'arbitre pourra modifier ou compléter la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles selon nous) ; ou modifiée ou rétractée par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

³²⁶ C. jud., art. 1683.

³²⁷ C. jud., art. 1676, § 8.

³²⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 235 ; Pour connaître la position de la doctrine et de la jurisprudence concernant les clauses de renonciation au référé judiciaire avant la réforme de 2013 du droit belge de l'arbitrage, lorsque l'art. 1676, § 8, du Code judiciaire interdisant aux parties de déroger aux dispositions de l'art. 1683 du Code judiciaire n'existait pas, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, pp. 228-235, D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », *o.c.*, pp. 31-32, G. CLOSSET-MARCHAL, « le juge étatique et l'instance arbitrale », *o.c.*, p. 248, G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 344 et s., J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *o.c.*, n° 103 et H. BOULARBAH, « Le juge

§ 2. En droit français de l'arbitrage

121. La jurisprudence³²⁹ et certains auteurs dont C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT³³⁰, E. LOQUIN³³¹ et A. HORY³³² sont d'avis que les parties peuvent renoncer conventionnellement au référé judiciaire. Comme en droit belge de l'arbitrage, d'autres auteurs dont C. CHAINAIS³³³, C. JARROSSON³³⁴, B. AUDIT³³⁵ et G. PLUYETTE³³⁶ estiment cependant que la clause par laquelle les parties renonceraient au référé judiciaire doit être prohibée au motif que confrontées aux manquements du référé arbitral³³⁷, les parties n'auraient aucun accès aux « mesures provisoires » ce qui constituerait pour ces auteurs un déni de justice.

Section 6. Les voies de recours contre les « mesures provisoires » prises par le juge étatique

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

122. Le jugement contenant les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique peut être réformé sur tierce opposition, sur opposition ou sur appel³³⁸. Lorsque la saisine du juge étatique a eu lieu sur requête unilatérale, le jugement pourra être réformé sur tierce opposition devant le même juge étatique par la partie ou tout autre intéressé qui n'est pas intervenu à la cause³³⁹. Lorsque la saisine du juge étatique a eu lieu sur citation³⁴⁰, le jugement pourra être

étatique « bon samaritain de l'arbitrage ». Brèves variations autour des pouvoirs d'assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l'efficacité et la qualité de la procédure arbitrale », *o.c.*, p. 762-763 qui lui prônait déjà la prohibition des clauses de renonciation au référé judiciaire.

³²⁹ Civ. 1^{re}, 18 novembre 1986, *J.D.I.*, 1987, p. 125, note E. GAILLARD ; Civ. 2^e, 20 mars 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 494, note G. COUCHEZ ; C.A. Paris, 13 février 1990, *D.*, 1990, p. 593, note G. PEYRARD.

³³⁰ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, pp. 200 et 619.

³³¹ E. LOQUIN, « Arbitrage. Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J. Cl. Proc. Civ.*, 2009, fasc. n° 1034.

³³² A. HORY, « Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage », *Rev. arb.*, 1996, pp. 191 et 200.

³³³ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 323-328.

³³⁴ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, pp. 71-72.

³³⁵ B. AUDIT, Note sous Civ. 1^{re}, 18 novembre 1986, *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 764.

³³⁶ G. PLUYETTE, « Vue française », *o.c.*, p. 91.

³³⁷ Pour connaître les manquements du référé arbitral, voy. *supra*, n° 23 en tenant compte qu'une partie de la doctrine estime qu'une fois le tribunal arbitral constitué, seul l'arbitre est compétent pour prendre des « mesures provisoires » à l'exception des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires qui relèvent de la compétence exclusive du juge étatique (voy. *supra*, n° 90). Suivant cette doctrine, le juge étatique ne pourra donc jamais intervenir pour pallier les manquements (2), (3), (4) et (5) du référé arbitral tels que définis *supra*, n° 23.

³³⁸ Dans des circonstances exceptionnelles, il est à noter qu'un recours devant la Cour de cassation est possible (voy. G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, *o.c.*, p. 473).

³³⁹ C. jud., art. 1033 : « Toute personne qui n'est pas intervenue à la cause ... peut former [tierce] opposition à la décision qui préjudicie à ses droits [lorsque la saisine du juge étatique a eu lieu sur requête unilatérale] ». La

réformé sur opposition devant le même juge étatique par l'éventuelle partie défaillante³⁴¹. Le jugement pourra également être réformé sur appel interjeté par la partie ayant saisi le juge étatique sur requête unilatérale ou sur citation ou par l'autre partie à la citation. A cette nuance près que « *si [l'éventuelle] partie défaillante forme opposition, son appel ne pourra être admis* »³⁴², l'objectif étant « *de proscrire la poursuite simultanée, à l'initiative de la même partie, de deux voies de recours* »³⁴³ contre un même jugement. Le juge étatique territorialement compétent en appel sera le juge d'appel dont le siège est celui du président du tribunal de première instance ou celui du président du tribunal de commerce ayant ordonné la « mesure provisoire ». La demande de réformation n'est par ailleurs pas subordonnée à la démonstration de l'urgence³⁴⁴. Cependant, rien n'empêche le juge étatique appelé à réformer la « mesure provisoire » de vérifier si l'urgence lorsque la « mesure provisoire » a été ordonnée était présente³⁴⁵, fût-ce-t-il, à notre sens, le juge étatique ayant ordonné la « mesure provisoire ».

123. Les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique auront force exécutoire aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contredites par l'arbitre au fond ou modifiées, suspendues ou rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison circonstances nouvelles. Lorsque les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou suspendues par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique puis rétractées par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, disparaîtront rétroactivement³⁴⁶. En outre, si la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique est contredite par l'arbitre au fond ou modifiée, suspendue ou rétractée par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles et

saisine du juge étatique sur requête unilatérale aura lieu en cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire, lorsque l'urgence empêche la partie demandant la « mesure provisoire » de convoquer l'autre partie ou lorsque que la surprise est indispensable pour garantir l'effectivité de la « mesure provisoire » (voy. *supra*, n° 112).

³⁴⁰ Le juge étatique est saisi sur citation dans tous les cas sauf ceux où le juge étatique est saisi sur requête unilatérale (voy. *supra*, n° 112).

³⁴¹ La partie défaillante est la partie qui a été condamnée par défaut, c'est-à-dire, qui a été condamnée alors qu'elle était absente lors de l'audience et qu'aucun avocat ne la représentait.

³⁴² C. jud., art. 1039, al. 3.

³⁴³ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, o.c., p. 473.

³⁴⁴ Au sens de *supra*, n° 108 ; Déduit de G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, o.c., p. 473.

³⁴⁵ Déduit de G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, o.c., pp. 473-474 et ndbp n° 45.

³⁴⁶ Que les effets de la « mesure provisoire » réformée disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

ce avant que le juge étatique n'ait eu le temps de la réformer, le juge étatique devra, selon nous, simplement constater que la « mesure provisoire » à réformer est devenue sans objet³⁴⁷.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

124. Le jugement contenant les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique peut être réformé sur tierce opposition ou en appel³⁴⁸. Lorsque la saisine du juge étatique a eu lieu sur requête, le jugement pourra être réformé sur tierce opposition devant le même juge étatique par la partie ou tout autre intéressé qui n'est pas intervenu à la cause³⁴⁹. Le jugement pourra également être réformé sur appel interjeté par la partie ayant saisi le juge étatique sur requête ou sur assignation³⁵⁰ ou par l'autre partie à l'assignation. Le juge étatique territorialement compétent en appel sera le juge d'appel dont le siège est dans le ressort de celui du président du tribunal de grande instance ou de commerce ayant ordonné la « mesure provisoire ». Comme en droit belge de l'arbitrage, nous pensons que la demande de réformation n'est pas subordonnée à la démonstration de l'urgence³⁵¹. Cependant, rien n'empêche, selon nous, le juge étatique appelé à réformer la « mesure provisoire » de vérifier si l'urgence lorsque la « mesure provisoire » a été ordonnée était présente, fût-ce-t-il, à notre sens, le juge étatique ayant ordonné la « mesure provisoire ».

125. Les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique auront force exécutoire aussi longtemps qu'elles n'ont pas été contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (l'arbitre pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles selon nous) ou modifiées ou rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles. Lorsque les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique seront contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (l'arbitre pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles

³⁴⁷ Dédit de Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1697.

³⁴⁸ L'opposition n'étant possible en France que sur appel, C. proc. civ., art. 490 : le jugement « *rendu en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition* ».

³⁴⁹ C. proc. civ., art. 496 : « *s'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge étatique* ». La saisine du juge étatique sur requête aura lieu en cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire, lorsque l'urgence empêche la partie demandant la « mesure provisoire » de convoquer l'autre partie ou lorsque que la surprise est indispensable pour garantir l'effectivité de la « mesure provisoire » (voy. *supra*, n° 113).

³⁵⁰ Le juge étatique est saisi sur assignation dans tous les cas sauf ceux où le juge étatique est saisi sur requête (voy. *supra*, n° 113).

³⁵¹ Au sens de *supra*, n° 109.

selon nous) ou modifiées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement tandis que les « mesures provisoires » réformées par le juge étatique puis rétractées par le juge étatique lui-même en raison de circonstances nouvelles, disparaîtront rétroactivement³⁵². En outre, si la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique est contredite par l'arbitre au fond ou modifiée ou complétée par l'arbitre (l'arbitre pourra modifier ou compléter la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles selon nous) ou modifiée ou rétractée par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles et ce avant que le juge étatique n'ait eu le temps de la réformer, le juge étatique devra, selon nous, simplement constater que la « mesure provisoire » à réformer est devenue sans objet.

126. Les deux derniers chapitres nous ont permis d'appréhender la compétence au provisoire de l'arbitre et la compétence au provisoire du juge étatique. Il nous faut maintenant comprendre comment s'articulent les compétences au provisoire de l'arbitre et du juge étatique. Le chapitre suivant va nous permettre de répondre à cette question.

³⁵² Que les effets de la « mesure provisoire » réformée disparaissent rétroactivement ou non aura un impact sur l'astreinte éventuelle, voy. *infra*, dans le chapitre 5, la section intitulée « Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire » ».

Chapitre 5. Articulation des compétences au provisoire de l'arbitre et du juge étatique

127. Dans ce chapitre, nous allons voir comment les compétences au provisoire de l'arbitre et du juge étatique s'articulent avant la constitution du tribunal arbitral (Section 1) et après la constitution du tribunal arbitral (Section 2). Nous nous intéresserons également aux possibilités de modification des « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ou le juge étatique (Section 3) ainsi qu'à la responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution d'une « mesure provisoire » (Section 4) et au sort de l'astreinte éventuelle d'une « mesure provisoire » (Section 5).

Section 1. La compétence au provisoire du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

128. Comme expliqué plus avant dans notre mémoire, le juge étatique est compétent au provisoire avant la constitution du tribunal arbitral³⁵³.

129. Pour que le juge étatique puisse ordonner des « mesures provisoires », il faut que la partie qui lui demande les « mesures provisoires » démontre une urgence. Pour satisfaire à cette condition d'urgence, la partie devra démontrer qu'elle ne peut attendre jusqu'à une décision finale sur le fond de l'arbitre se prononçant sur le litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage et que l'urgence invoquée est insurmontable en ce que la procédure ordinaire, c'est-à-dire l'instance arbitrale et plus précisément le référé arbitral, serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu³⁵⁴. Avant la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre n'étant pas encore à l'œuvre, il lui est matériellement impossible de prendre des « mesures provisoires »³⁵⁵ et par conséquent, nous pourrions penser qu'il s'agit d'une urgence insurmontable. Cependant, comme le rappelle O. CAPRASSE, l'urgence insurmontable doit s'apprécier *in concreto* en fonction des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire qu'il faudra

³⁵³ Voy. *supra*, n° 87.

³⁵⁴ A cette nuance près que, s'agissant d'un référé-provision, la partie devra également démontrer une urgence caractérisée, voy. *supra*, n° 108.

³⁵⁵ Manquement du référé arbitral (1), voy. *supra*, n° 23.

« voir si, dans les faits, il n'est pas possible de réunir le tribunal arbitral pour qu'il statue efficacement dans les temps voulus »³⁵⁶. J.-F. VAN DROOGHENBROECK³⁵⁷ estime, à raison selon nous, que cette exigence est impossible à vérifier en ce qu'on ne peut pas prévoir avec certitude quand le tribunal arbitral sera constitué. C'est pourquoi, il se propose de faire de l'urgence invoquée avant la constitution du tribunal arbitral une urgence insurmontable irréfragable. On déduit de la thèse de O. CAPRASSE que si, dans les faits, il est possible de réunir le tribunal arbitral pour qu'il statue efficacement dans les temps voulus, il reviendra à l'arbitre d'ordonner les « mesures provisoires »³⁵⁸. Par contre, on déduit de la thèse de J.-F. VAN DROOGHENBROECK que l'urgence invoquée sera irréfragablement insurmontable et que c'est donc le juge étatique, à l'exclusion de l'arbitre, qui sera compétent pour ordonner les « mesures provisoires » avant la constitution du tribunal arbitral³⁵⁹.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

130. Comme expliqué plus avant dans notre mémoire, le juge étatique est compétent au provisoire avant la constitution du tribunal arbitral³⁶⁰.

131. Pour que le juge étatique puisse ordonner des « mesures provisoires », il faut que la partie qui lui demande les « mesures provisoires » démontre une urgence. Pour satisfaire à cette condition d'urgence, la partie devra démontrer un dommage imminent qui causerait un préjudice s'il fallait attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage et également démontrer que l'urgence invoquée est insurmontable en ce que le référé arbitral serait impuissant à résoudre le différend en temps voulu³⁶¹. Avant la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre n'étant pas encore à l'œuvre, il lui est matériellement impossible de prendre des « mesures

³⁵⁶ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, o.c., p. 490, n° 532 ; O. CAPRASSE, « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, p. 145, n° 42.

³⁵⁷ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », o.c., p. 220.

³⁵⁸ Sous réserve que les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

³⁵⁹ Sous réserve que les autres conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

³⁶⁰ Voy. *supra*, n° 90.

³⁶¹ A cette nuance près que, s'agissant d'un référé-provision, la partie devra également démontrer une urgence caractérisée, voy. *supra*, n° 109.

provisaires »³⁶² et par conséquent, nous pourrions penser qu'il s'agit d'une urgence insurmontable. Cependant, comme O. CAPRASSE en droit belge de l'arbitrage, C. CHAINAIS et C. JARROSSON³⁶³ rappellent que l'urgence insurmontable doit s'apprécier *in concreto* en fonction des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire qu'il faudra voir si, dans les faits, il n'est pas possible de réunir le tribunal arbitral pour qu'il statue efficacement dans les temps voulus. On déduit de la thèse de C. CHAINAIS et C. JARROSSON que si, dans les faits, il est possible de réunir le tribunal arbitral pour qu'il statue efficacement dans les temps voulus, il reviendra à l'arbitre d'ordonner les « mesures provisoires »³⁶⁴. Cependant, à juste titre selon nous, C. CHAINAIS et C. JARROSSON³⁶⁵ se demandent s'il ne faudrait pas transposer en droit français de l'arbitrage la thèse défendue par J.-F. VAN DROOGHENBROECK en droit belge de l'arbitrage en faisant de l'urgence invoquée une urgence irréfragablement insurmontable avec la conséquence que ce sera le juge étatique, à l'exclusion de l'arbitre, qui sera compétent pour ordonner les « mesures provisoires » avant la constitution du tribunal arbitral³⁶⁶.

Section 2. La compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

132. Comme expliqué plus avant dans notre mémoire, la compétence au provisoire après la constitution du tribunal arbitral sera partagée entre l'arbitre et le juge étatique³⁶⁷. La doctrine est par contre divisée sur la manière dont cette compétence au provisoire partagée s'articule entre l'arbitre et le juge étatique.

133. La doctrine unanime est d'avis que pour que le juge étatique puisse ordonner des « mesures provisoires », il faut que la partie qui lui demande les « mesures provisoires » démontre une urgence. Pour satisfaire à cette condition d'urgence, la partie devra démontrer

³⁶² Manquement du référé arbitral (1), voy. *supra*, n° 23.

³⁶³ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, p. 79.

³⁶⁴ Sous réserve que les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

³⁶⁵ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, p. 79.

³⁶⁶ Sous réserve que les autres conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

³⁶⁷ Voy. *supra*, n° 19.

qu'elle ne peut attendre jusqu'à une décision finale sur le fond de l'arbitre se prononçant sur le litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage et que l'urgence invoquée est insurmontable en ce que la procédure ordinaire, c'est-à-dire l'instance arbitrale et plus précisément le référé arbitral, serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu³⁶⁸. Après la constitution du tribunal arbitral, on pourrait penser que dès que nous sommes en présence d'un manquement du référé arbitral³⁶⁹, l'urgence invoquée est insurmontable. Cependant, comme le rappelle J.-F. VAN DROOGHENBROECK³⁷⁰, l'urgence insurmontable doit s'apprécier *in concreto* en fonction des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire qu'il faudra tenir compte entre autres de la nature de la « mesure provisoire » demandée, du temps nécessaire pour obtenir l'*exequatur* si la « mesure provisoire » était ordonnée par l'arbitre, de la disponibilité de l'arbitre, de l'éloignement du siège arbitral ou encore de la complexité de la situation litigieuse³⁷¹. On en déduit que lorsque l'urgence invoquée est insurmontable, le juge étatique sera compétent pour ordonner les « mesures provisoires »³⁷² tandis que lorsque l'urgence n'est pas insurmontable, ce sera l'arbitre qui sera compétent pour ordonner les « mesures provisoires »³⁷³.

134. La doctrine unanime estime également que lorsque l'urgence est insurmontable, la partie demandant une « mesure provisoire » peut directement s'adresser au juge étatique sans devoir passer au préalable par l'arbitre pour constater que l'urgence invoquée est insurmontable et qu'il ne peut par conséquent y répondre³⁷⁴. Comme le fait remarquer à juste titre J.-F. VAN DROOGHENBROECK³⁷⁵, le risque pour la partie demandant directement une « mesure provisoire » au juge étatique est de se voir débouter faute d'urgence insurmontable. C'est

³⁶⁸ A cette nuance près que, s'agissant d'un référé-provision, la partie devra également démontrer une urgence caractérisée, voy. *supra*, n° 108.

³⁶⁹ Plus précisément dès que nous sommes en présence des manquements (2), (3), (4) et (5) du référé arbitral, voy. *supra*, n° 23.

³⁷⁰ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, p. 217 et réf. citées ndbp n° 58.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 218.

³⁷² Sous réserve que les autres conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

³⁷³ Sous réserve que les autres conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

³⁷⁴ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, pp. 214-218 ; Confirmé par la jurisprudence, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 17, Comm. Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 86, Comm. Gent, 16 juin 1993, *T.G.R.*, 1994, p. 10, Civ. Bruxelles, 30 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 254, Civ. Liège, 15 juin 1978, *J.L.*, 1978-1979, p. 52, Bruxelles, 6 octobre 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 365, Liège, 12 juin 1985, *R.G.* n° 4220/84, inédit et Civ. Malines (réf.), 16 avril 1985, *Pas.*, 1985, III, p. 50.

³⁷⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *o.c.*, pp. 219.

pourquoi, il milite pour que l'arbitre « *indique séance tenante aux parties, en une manière de mesure d'ordre, si il se trouve hic et nunc en mesure de statuer au provisoire dans le délai évoqué par le demandeur* »³⁷⁶. La partie demandant une « mesure provisoire » pourrait ainsi s'engager sereinement soit sur la voie du référé arbitral, soit sur la voie du référé judiciaire.

135. Par contre, contrairement au reste de la doctrine qui estime que seul l'arbitre est compétent pour ordonner une « mesure provisoire » lorsque l'urgence n'est pas insurmontable, D. DE MEULEMEESTER est d'avis que lorsque l'urgence n'est pas insurmontable, la partie qui demande une « mesure provisoire » à le choix de s'adresser soit à l'arbitre, soit au juge étatique³⁷⁷.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

136. Comme expliqué plus avant dans notre mémoire³⁷⁸, en ce qui concerne la compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral, la doctrine est divisée. Certains auteurs dont C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT³⁷⁹, E. GAILLARD³⁸⁰ et P. DE LAPASSE³⁸¹ sont d'avis que le juge étatique n'est pas compétent au provisoire après la constitution du tribunal arbitral. D'autres auteurs dont C. CHAINAIS³⁸², C. JARROSSON³⁸³, G. PLUYETTE³⁸⁴, J. HÉRON, T. LE BARS³⁸⁵, P. THÉRY³⁸⁶, S. BESSON, J.-F. POUDRET³⁸⁷ et J. PELLERIN³⁸⁸ estiment au contraire que le juge étatique est compétent au provisoire après la constitution du tribunal arbitral³⁸⁹. Ces derniers considérant, à juste titre selon nous, que le juge étatique doit être

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *o.c.*, p. 71, n° 11.

³⁷⁸ Voy. *supra*, n° 90.

³⁷⁹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *o.c.*, p. 620.

³⁸⁰ E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », *o.c.*, p. 62.

³⁸¹ E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *o.c.*, p. 180.

³⁸² C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *o.c.*, pp. 316-323.

³⁸³ C. JARROSSON, « Neuvième colloque CCI-CIRDI-AAA : mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », *o.c.*, p. 686.

³⁸⁴ G. PLUYETTE, « Vue française », *o.c.*, p. 91.

³⁸⁵ J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *o.c.*, n° 427.

³⁸⁶ P. THÉRY, « *Judex Gladii* : des juges et de la contrainte en territoire français », *o.c.*, pp. 477 et s.

³⁸⁷ S. BESSON et J.-F. POUDRET, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *o.c.*, n° 613.

³⁸⁸ C. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *o.c.*, p. 16.

³⁸⁹ Cette doctrine a été confirmée par un arrêt du tribunal de grande instance de Paris : le juge étatique peut ordonner une mesure de prévention d'un dommage imminent sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile [c'est-à-dire une « mesure provisoire » urgente] « *y compris dans l'hypothèse où le tribunal arbitral étant saisi, le juge étatique ne serait plus compétent pour trancher le litige* », voy. TGI Paris

compétent au provisoire après la constitution du tribunal arbitral afin de lutter contre les manquements du référé arbitral³⁹⁰. En outre, ces autres auteurs considèrent que la compétence au provisoire après la constitution du tribunal arbitral sera partagée entre l'arbitre et le juge étatique.

137. Ces autres auteurs sont d'avis que pour que le juge étatique puisse ordonner des « mesures provisoires », il faut que la partie qui lui demande les « mesures provisoires » démontre une urgence. Pour satisfaire à cette condition d'urgence, la partie devra démontrer un dommage imminent qui causerait un préjudice s'il fallait attendre jusqu'à la sentence finale de l'arbitre se prononçant sur le fond du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage et également démontrer que l'urgence invoquée est insurmontable en ce que le référé arbitral serait impuissant à résoudre le différend en temps voulu³⁹¹. Après la constitution du tribunal arbitral, on pourrait penser que dès que nous sommes en présence d'un manquement du référé arbitral³⁹², l'urgence invoquée est insurmontable. Cependant, comme J.-F. VAN DROOGHENBROECK en droit belge de l'arbitrage, C. CHAINAIS et C. JARROSSON³⁹³ rappellent que l'urgence insurmontable doit s'apprécier *in concreto* en fonction des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire qu'il faudra tenir compte entre autres de la nature de la « mesure provisoire » demandée, du temps nécessaire pour obtenir l'*exequatur* si la « mesure provisoire » était ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence, de la disponibilité de l'arbitre, de l'éloignement du siège arbitral ou encore de la complexité de la situation litigieuse. On en déduit que lorsque l'urgence invoquée est insurmontable, le juge étatique sera compétent pour ordonner les « mesures provisoires »³⁹⁴ tandis que lorsque l'urgence n'est pas insurmontable, ce sera l'arbitre qui sera compétent pour ordonner les « mesures provisoires »³⁹⁵.

(Ord. Réf.), 29 mars 2010, *Cah. arb.*, 2010, p. 853, note L. DEGOS, *J.C.P.G.*, 2010, p. 644, n° 4, obs. J. ORTSCHIEDT.

³⁹⁰ Plus précisément afin de lutter contre les manquements (2), (3), (4) et (5) du référé arbitral, voy. *supra*, n° 23.

³⁹¹ A cette nuance près que, s'agissant d'un référé-provision, la partie devra également démontrer une urgence caractérisée, voy. *supra*, n° 109.

³⁹² Plus précisément dès que nous sommes en présence des manquements (2), (3), (4) et (5) du référé arbitral, voy. *supra*, n° 23.

³⁹³ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *o.c.*, p. 79.

³⁹⁴ Sous réserve que les autres conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions le juge étatique peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

³⁹⁵ Sous réserve que les autres conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre aient été rencontrées. Sur les conditions d'octroi d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, voy. *supra*, la section intitulée « A quelles conditions l'arbitre peut-il accorder des « mesures provisoires » ? ».

138. Comme en droit belge de l'arbitrage, nous pensons que lorsque l'urgence est insurmontable, la partie demandant une « mesure provisoire » peut directement s'adresser au juge étatique sans devoir passer au préalable par l'arbitre pour constater que l'urgence invoquée est insurmontable et qu'il ne peut par conséquent y répondre³⁹⁶. En outre, nous sommes d'avis que les considérations de J.-F. VAN DROOGHENBROECK en droit belge de l'arbitrage trouveront à s'appliquer en droit français de l'arbitrage.

Section 3. Modification des « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre ou le juge étatique

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

139. Le juge étatique pourra modifier, suspendre ou rétracter les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre qu'en raison de circonstances nouvelles. De la même manière, l'arbitre pourra modifier, suspendre ou rétracter les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique qu'en raison de circonstances nouvelles.

140. L'arbitre pourra modifier, suspendre ou rétracter les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées qu'en raison de circonstances nouvelles. De la même manière, le juge étatique pourra modifier, suspendre ou rétracter les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées qu'en raison de circonstances nouvelles.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

141. Le juge étatique pourra modifier ou rétracter les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre qu'en raison de circonstances nouvelles tandis que l'arbitre pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles selon nous.

142. L'arbitre pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées sous la forme d'une ordonnance de procédure même en l'absence de circonstances nouvelles.

³⁹⁶ Dédit de G. PLUYETTE, « Vue française », *o.c.*, p. 91.

Par contre, l'arbitre ne pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées sous la forme d'une sentence qu'en raison de circonstances nouvelles. Le juge étatique pourra modifier ou rétracter les « mesures provisoires » qu'il a ordonnées qu'en raison de circonstances nouvelles.

Section 4. La responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution d'une « mesure provisoire »

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

143. L'article 1695 du Code judiciaire dans sa première phrase stipule que « *la partie qui poursuit l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire [c'est-à-dire une « mesure provisoire »] est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une autre partie, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ... n'aurait pas dû être prononcée* »³⁹⁷. La jurisprudence unanime³⁹⁸ déduit de cette phrase que la partie qui poursuit fautivement l'exécution d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre³⁹⁹ ou le juge étatique⁴⁰⁰ est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une autre partie, si l'arbitre décide par la suite au fond⁴⁰¹ qu'en l'espèce la « mesure provisoire » n'aurait pas dû être prononcée⁴⁰². La jurisprudence considère que la responsabilité de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire est une

³⁹⁷ C. jud., art. 1695, première phrase ; Voy. aussi, G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 428-429 ; Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001, p. 25 stipulant que : « *l'essentiel des principes et des règles contenus [dans l'article 1695 du Code judiciaire] correspond à l'état actuel du droit belge* », c'est-à-dire, avant la réforme de 2013 de l'arbitrage belge ; M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *o.c.*, p. 790 ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *o.c.*, pp. 186-188 ; G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *o.c.*, p. 85 qui précise que « *l'article 1695 du Code judiciaire vise à éviter que des mesures provisoires ou conservatoires [c'est-à-dire des « mesures provisoires »] soient demandées à la légère sans considération pour les conséquences sur l'autre partie et ce, simplement pour mettre celle-ci sous pression* ».

³⁹⁸ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *o.c.*, p. 115.

³⁹⁹ Qu'elle ait reçu l'*exequatur* du juge étatique ou non ; Voy. *Ibid.*, pp. 105-106 qui établit l'analogie entre les « mesures provisoires » prises par le juge étatique sur base de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire puis contredites par ce même juge étatique au fond et les « mesures provisoires » prises par l'arbitre dans le cadre de sa compétence au provisoire puis contredites par ce même arbitre au fond.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁰² Selon D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *o.c.*, p. 79, seule la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond parce qu'elle était injustifiée peut engager la responsabilité de la partie qui en a poursuivi l'exécution sur base de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire. Par conséquent, la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond pour tout autre motif ne saurait engager la responsabilité de la partie qui en a poursuivi l'exécution sur base de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire.

responsabilité pour faute au sens de l'article 1382 du Code civil⁴⁰³. Par conséquent, seule l'exécution fautive de la « mesure provisoire » en lien causal avec le dommage subi par une autre partie devra être indemnisée. Le seul fait que la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique soit contredite par l'arbitre au fond, ne suffit pas à établir la faute⁴⁰⁴. En outre, la responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique ne pourra être engagée sur base de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire que si l'arbitre contredit la mesure au fond. Dès lors, la modification, la suspension ou la rétractation par l'arbitre en raison de circonstances nouvelles de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique ne sauraient sur base de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire engager la responsabilité de la partie qui en a poursuivi fautivement l'exécution.

144. Autre est la question de l'exécution d'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique et réformée par la suite en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même. La jurisprudence unanime⁴⁰⁵ estime dans ce cas que nous ne sommes pas dans l'hypothèse de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire mais dans l'hypothèse de l'article 1398, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire⁴⁰⁶. Cet article stipule que l'exécution du jugement contenant la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique *« n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit »*⁴⁰⁷. Cela signifie qu'en cas de réformation en appel, sur tierce opposition ou sur opposition du jugement contenant la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, la partie qui en a poursuivi l'exécution est automatiquement responsable du dommage causé à une autre partie suite à cette exécution, quand bien-même n'aurait-elle pas commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil lors de la mise en œuvre de cette exécution⁴⁰⁸. Par conséquent, il s'agit d'une responsabilité objective et non pas d'une responsabilité pour faute contrairement à l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire. Cet enseignement est confirmé par la Cour de cassation qui stipule que lorsqu'une « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique est réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition, la partie qui en a poursuivi l'exécution doit *« indemniser le dommage né de la seule exécution [de la « mesure provisoire »], sans qu'il ne soit requis*

⁴⁰³ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *o.c.*, p. 89.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁰⁷ C. jud., art. 1398, al. 1^{er}.

⁴⁰⁸ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *o.c.*, p. 112.

qu'il y ait eu ... [une] faute au sens de l'article 1382 du Code civil »⁴⁰⁹. En outre, la responsabilité objective ne trouvera à s'appliquer que si l'exécution de la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique est forcée. Cela suppose « *au moins un commandement, ou une signification qui fasse courir une astreinte* »⁴¹⁰. Par conséquent, la responsabilité objective ne trouvera pas à s'appliquer lorsque l'exécution de la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique est mise en œuvre volontairement par la partie contre laquelle cette exécution est dirigée⁴¹¹. La responsabilité objective ne s'applique, par ailleurs, qu'en cas de réformation en appel, sur tierce opposition ou sur opposition du jugement contenant la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique⁴¹². Dès lors, la modification, la suspension ou la rétractation par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles de la « mesure provisoire » ordonnée par ce même juge étatique ne sauraient sur base de l'article 1398, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire engager la responsabilité de la partie qui en a poursuivi l'exécution⁴¹³. Par ailleurs, lorsque une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre⁴¹⁴ sera réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique, nous sommes d'avis que les développements de ce présent paragraphe trouveront à s'appliquer.

145. Que la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution de la « mesure provisoire » ait été engagée sur base de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire ou sur base de l'article 1398, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, Y. HERINCKX, dont nous partageons l'enseignement, estime que la deuxième phrase de l'article 1695 du Code judiciaire trouvera à s'appliquer⁴¹⁵. Cette deuxième phrase stipule que : « *le tribunal arbitral peut accorder réparation pour les frais et dommages à tout moment pendant la procédure* »⁴¹⁶. Selon Y. HERINCKX, cette deuxième phrase doit être interprétée comme conférant à l'arbitre, à tout moment de la procédure arbitrale ou, si la procédure arbitrale est clôturée, à un autre arbitre, dans le cadre d'une nouvelle procédure arbitrale basée sur la même convention d'arbitrage⁴¹⁷, le pouvoir, à l'exclusion du juge étatique⁴¹⁸, d'accorder réparation pour les frais et dommages

⁴⁰⁹ Cass., 24 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1702.

⁴¹⁰ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *o.c.*, p. 101.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid.*, p. 100.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 101.

⁴¹⁴ Qu'elle ait reçu l'*exequatur* du juge étatique ou non.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 112 ; Y compris, selon nous, lorsque la « mesure provisoire » est ordonnée par l'arbitre puis réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique.

⁴¹⁶ C. jud., art. 1695, deuxième phrase.

⁴¹⁷ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *o.c.*, pp. 113-114.

⁴¹⁸ Voy. *Ibid.*, pp. 112-113 pour connaître les raisons avancées par Y. HERINCKX justifiant l'exclusion du juge étatique.

causés, à une partie, suite à la poursuite, par une autre partie, de l'exécution d'une « mesure provisoire » ordonnée, soit par l'arbitre ou le juge étatique lorsque cette autre partie est responsable sur base de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire, soit par l'arbitre⁴¹⁹ ou le juge étatique lorsque l'autre partie est responsable sur base de l'article 1398, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

146. Le fait que la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond devra être engagée sur base de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire qui est une responsabilité pour faute, est jugé discriminatoire par J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL⁴²⁰ en ce que la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution d'une « mesure provisoire » lorsqu'elle est ordonnée par l'arbitre puis réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique⁴²¹ ou ordonnée par le juge étatique puis réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même, sera engagée sur base de l'article 1398, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire qui est une responsabilité objective. En effet, contrairement à la responsabilité objective qui découlera de la simple exécution, fût-ce-t-elle non fautive, la responsabilité pour faute sera plus contraignante en ce qu'elle nécessitera la démonstration d'une exécution fautive. Par conséquent, J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL⁴²², rejoints par Y. HERINCKX, militent pour que la responsabilité de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire devienne une responsabilité objective. Ainsi, la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond, pourra aussi naître de la simple exécution de la mesure, fût-ce-t-elle non fautive⁴²³.

147. Dans tous les autres cas, où la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution de la « mesure provisoire » ne pourrait être engagée sur base de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire ou sur base de l'article 1398, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, la responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution d'une « mesure provisoire » devra, à notre sens, être engagée devant les juridictions civiles sur base de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du

⁴¹⁹ Ce sera les cas, selon nous, lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sera réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique.

⁴²⁰ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou « qui perd gagne » », *J.T.*, 2014, p. 537.

⁴²¹ Rajouté par nous.

⁴²² J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou « qui perd gagne » », *o.c.*, p. 537.

⁴²³ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *o.c.*, pp. 115-117.

Code civil⁴²⁴. Par conséquent, seule l'exécution fautive de la « mesure provisoire » en lien causal avec le dommage subi par une autre partie devra être indemnisée.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

148. La Cour de cassation précise que l'exécution du jugement contenant la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique « *n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit* »⁴²⁵. Comme en droit belge de l'arbitrage, cela signifie qu'en cas de réformation en appel ou sur tierce opposition du jugement contenant la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, la partie qui en a poursuivi l'exécution est automatiquement responsable du dommage causé à une autre partie suite à cette exécution, quand bien-même n'aurait-elle pas commis une faute au sens de l'article 1240 du Code civil lors de la mise en œuvre de cette exécution. Par conséquent, il s'agit d'une responsabilité objective. En outre, contrairement au droit belge de l'arbitrage, la responsabilité objective trouvera à s'appliquer même lorsque l'exécution de la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique a été mise en œuvre volontairement par la partie contre laquelle cette exécution est dirigée⁴²⁶. La responsabilité objective ne s'applique, par ailleurs, qu'en cas de réformation en appel ou sur tierce opposition du jugement contenant la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique⁴²⁷. Dès lors, la modification ou la rétractation par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles de la « mesure provisoire » ordonnée par ce même juge étatique ne sauraient engager la responsabilité de la partie qui en a poursuivi l'exécution sur une base objective. Par ailleurs, lorsque une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre sous la forme d'une sentence rendue en France⁴²⁸ sera réformée en appel ou annulée par le juge étatique, nous sommes d'avis que les développements de ce présent paragraphe trouveront à s'appliquer. Contrairement au droit de l'arbitrage belge qui permet à l'arbitre d'accorder réparation du dommage, le droit français de l'arbitrage ne connaissant pas de pareil possibilité, cette compétence reviendra, selon nous, aux juridictions civiles.

⁴²⁴ C. civ., art. 1382 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Cependant, l'origine de l'arbitrage étant conventionnelle, on peut se poser la question de savoir si la responsabilité contractuelle de la partie poursuivant l'exécution de la « mesure provisoire » pourrait être engagée.

⁴²⁵ Cass. ass. plén., 24 février 2006, *Bull. civ.*, II, p. 2.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Qu'elle ait reçu l'*exequatur* du juge étatique ou non.

149. Dans tous les autres cas, où la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution de la « mesure provisoire » ne pourrait être engagée sur base de la responsabilité objective, la responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution d'une « mesure provisoire » devra, à notre sens, être engagée devant les juridictions civiles sur base de la responsabilité pour faute de l'article 1240 du Code civil⁴²⁹. Par conséquent, seule l'exécution fautive de la « mesure provisoire » en lien causal avec le dommage subi par une autre partie devra être indemnisée.

Section 5. Le sort de l'astreinte éventuelle de la « mesure provisoire »

§ 1. En droit belge de l'arbitrage

150. Si la « mesure provisoire » ordonnée est assortie d'une astreinte, le sort de cette astreinte sera différent selon que la « mesure provisoire » est ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond ou que la « mesure provisoire » est ordonnée par l'arbitre puis réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique ou que la « mesure provisoire » est ordonnée par le juge étatique puis réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même. En effet, lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique est contredite par l'arbitre au fond, seuls ses effets pour l'avenir seront affectés, ses effets passés restant maintenus. Par conséquent, l'astreinte qui a sanctionné le non-respect de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique, jusqu'à ce que la « mesure provisoire » ait été contredite par l'arbitre au fond, reste due⁴³⁰. Par contre, lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre est réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique ou lorsque la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique est réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même, ses effets sont supprimés rétroactivement. Par conséquent, l'astreinte qui a sanctionné le non-respect de la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre, jusqu'à ce que la « mesure provisoire » ait été réformée en appel par un autre arbitre ou

⁴²⁹ C. civ., art. 1240 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Cependant, l'origine de l'arbitrage étant conventionnelle, on peut se poser la question de savoir si la responsabilité contractuelle de la partie poursuivant l'exécution de la « mesure provisoire » pourrait être engagée.

⁴³⁰ A cette nuance près que contrairement à l'astreinte de la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique qui en raison de l'*imperium* du juge étatique a force exécutoire et sera par conséquent due sans autres formalités, l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ne pourra en raison du défaut d'*imperium* de l'arbitre effectivement être due qu'après l'*exequatur* et la signification de la décision contenant la « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre (voy. J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge », *o.c.*, p. 194. et J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « L'astreinte », *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 36 et les réf. citées).

annulée par le juge étatique et celle qui a sanctionné le non-respect de la « mesure provisoire » ordonnée par le juge étatique, jusqu'à ce que la « mesure provisoire » ait été réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même sont supprimées et doivent, le cas échéant, être remboursées⁴³¹.

151. Le fait que l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond ne soit pas supprimée rétroactivement est jugé discriminatoire par J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL⁴³² en ce que l'astreinte d'une « mesure provisoire » lorsqu'elle est ordonnée par l'arbitre puis réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique⁴³³ ou lorsqu'elle est ordonnée par le juge étatique puis réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même sera supprimée rétroactivement. Par conséquent, J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, rejoints par Y. HERINCKX, militent pour que l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond soit aussi supprimée rétroactivement. En effet, ces auteurs estiment que le fait que l'astreinte d'une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond ne soit pas supprimée rétroactivement va à l'encontre même de l'institution qu'est le provisoire en ce que cette astreinte, dans ses effets, a autorité de chose jugée au principal⁴³⁴.

152. Lorsque une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique est modifiée ou suspendue par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, seuls ses effets pour l'avenir seront affectés, ses effets passés restant maintenus. Par conséquent, l'astreinte éventuelle ne sera pas supprimée rétroactivement et une solution semblable à celle proposée par J. VAN COMPERNOLLE, G. DE LEVAL et Y. HERINCKX pourrait, selon nous, être envisagée afin que cette astreinte soit supprimée rétroactivement et ainsi éviter que cette astreinte, dans ses effets, ait autorité de chose jugée au principal. Par contre, lorsque une « mesure provisoire » ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique est rétractée par l'arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, ses effets sont supprimés rétroactivement. Par conséquent, l'astreinte éventuelle sera supprimée rétroactivement et doit, le cas échéant, être remboursée.

⁴³¹ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *o.c.*, p. 115.

⁴³² J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou « qui perd gagne » », *o.c.*, p. 537.

⁴³³ Rajouté par nous.

⁴³⁴ *Ibid.*, pp. 115-117.

§ 2. En droit français de l'arbitrage

153. Lorsque les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique sont réformées en appel ou sur tierce opposition par le juge étatique lui-même ou rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ou, s'agissant d'un arbitrage interne, lorsque les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sont rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ou réformées en appel ou annulées par le juge étatique (la réformation en appel et l'annulation par le juge étatique n'étant possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence rendue en France) ou, s'agissant d'un arbitrage international, lorsque les « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre sont rétractées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ou annulées par le juge étatique (l'annulation par le juge étatique n'étant possible que dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence rendue en France), leurs effets disparaîtront rétroactivement. Par conséquent, l'astreinte éventuelle sera supprimée rétroactivement et doit, le cas échéant, être remboursée.

154. Par contre, lorsque les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique sont contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (l'arbitre pourra modifier ou compléter les « mesures provisoires » ordonnées par le juge étatique même en l'absence de circonstances nouvelles selon nous) ou modifiées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles ou, s'agissant d'un arbitrage interne ou international, lorsque les « mesures provisoires ordonnées » par l'arbitre sont contredites par l'arbitre au fond ou modifiées ou complétées par l'arbitre (en raison de circonstances nouvelles, dans le cas où l'arbitre aurait ordonné les « mesures provisoires » sous la forme d'une sentence) ou modifiées par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, leurs effets ne disparaîtront pas rétroactivement. Par conséquent, l'astreinte éventuelle ne sera pas supprimée rétroactivement et une solution semblable à celle proposée en droit belge de l'arbitrage par J. VAN COMPERNOLLE, G. DE LEVAL et Y. HERINCKX pourrait, selon nous, être envisagée afin que cette astreinte soit supprimée rétroactivement et ainsi éviter que cette astreinte, dans ses effets, ait autorité de chose jugée au principal.

Conclusion

155. Au cours de notre mémoire, nous avons pu constater à quel point la collaboration entre l'arbitre et le juge étatique sur le terrain du provisoire est nécessaire afin de garantir aux parties, à tout moment de la procédure arbitrale, un accès effectif à toutes les « mesures provisoires ».

156. En matière de « mesures provisoires », le droit belge de l'arbitrage est plus avancé que le droit français de l'arbitrage en ce qu'il permet réellement aux parties d'avoir accès à toutes les « mesures provisoires » aussi bien avant qu'après la constitution du tribunal arbitral alors que le droit français de l'arbitrage est beaucoup plus contrasté. En effet, si les parties ont accès à toutes les « mesures provisoires » avant la constitution du tribunal arbitral, il n'en va pas de même après la constitution du tribunal arbitral. Une partie de la doctrine estime qu'une fois le tribunal arbitral constitué, le juge étatique n'est pas compétent au provisoire avec la conséquence que les parties ont uniquement accès aux « mesures provisoires » qui ressortent de la compétence au provisoire de l'arbitre tandis qu'une autre partie de la doctrine estime qu'une fois le tribunal arbitral constitué, le juge étatique est compétent au provisoire avec la conséquence que les parties ont accès à toutes « les mesures provisoires ». Il reviendra au droit français de l'arbitrage de clarifier la controverse.

157. Le droit français de l'arbitrage devra aussi se positionner sur la forme des « mesures provisoires » ordonnées par l'arbitre. Peuvent-elles réellement être rendues sous la forme d'une sentence ? Et lorsqu'elles sont rendues sous la forme d'une ordonnance de procédure ne faudrait-il pas, comme en droit belge de l'arbitrage, leur conférer la même nature et la même portée que celles rendues sous la forme d'une sentence avec la conséquence qu'elles auraient autorité de chose jugée au provisoire et que les voies de recours seraient ouvertes ?

158. Finalement, étant donné que les parties en recourant à l'arbitrage ont voulu exclure toute intervention du juge étatique, le législateur pourrait-il un jour envisager d'instituer un arbitre d'urgence doté de l'*imperium* avec comme conséquence d'exclure toute intervention au provisoire du juge étatique en matière d'arbitrage tout en permettant aux parties, à tout moment de la procédure arbitrale, d'avoir un accès effectif à toutes les « mesures provisoires » ? La question mérite d'être posée.

Bibliographie

Section 1. Législation

§ 1. Législation internationale

- Loi type de la CNUCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 avec les amendements adoptés en 2006.

§ 2. Législation belge

A. Codes

1) Code civil

- C. civ., art. 1382.

2) Code judiciaire

- C. jud., art. 19, al. 3 .
- C. jud., art. 573 et 584.
- C. jud., art. 1025 à 1034.
- C. jud., art. 1035 à 1041.
- C. jud., art. 1039.
- C. jud., art. 1395.
- C. jud., art. 1385*bis* à 1385*octies*.
- C. jud., art. 1395.
- C. jud., art. 1398, al. 1^{er}.
- C. jud., art. 1414.
- C. jud., art. 1676 à 1723.

B. Lois

- Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263.
- Loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 30 décembre 2016, p. 91963.

C. Travaux parlementaires

- Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001.

§ 3. Législation française

A. Codes

1) Code civil

- C. civ., art. 1240.

2) Code de procédure civile

- C. proc. civ., art. 14 à 17.
- C. proc. civ., art. 482 à 498.
- C. proc. civ., art. 1449 et 1468.

3) Code des procédures civiles d'exécution

- C. proc. civ. exéc., art. L131-1 à L131-4.
- C. proc. civ. exéc., art. L213-6.

B. Lois

- Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

Section 2. Doctrine

- AUDIT B., Note sous Civ. 1^{re}, 18 novembre 1986, *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 764.
- BESSON S. et POUDRET J.-F., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Paris, Schulthess, 2002, n° 613.
- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE L., « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2011, pp. 387-398.
- BOND S. R., « La nature des mesures conservatoires et provisoires », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI, n° 519, 1993, pp. 8 et s.
- BOULARBAH H., « Le juge étatique « bon samaritain de l'arbitrage ». Brèves variations autour des pouvoirs d'assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l'efficacité et la qualité de la procédure arbitrale », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 762-763.
- BOULARBAH H. et TATON X., « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, pp. 14 et 81.
- BRENNER C., *L'acte conservatoire*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1999, 688 p.
- CAPRASSE O., *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 470 et s.
- CAPRASSE O., « Arbitrage et médiation », in *La jurisprudence du Code judiciaire*, Bruges, La Chartre, 2010, pp. 29 et s.
- CAPRASSE O., « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, p. 145, n° 42.
- CAPRASSE O., « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », in *Actualités en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 401-426.
- CAPRASSE O. et DE MEULEMEESTER D., « De Arbitrale Uitspraak », in *De Arbitrale Uitspraak – La sentence arbitrale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 43.

- CHAINAIS C., « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 281-330.
- CHAINAIS C. et JARROSSON C., « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 61-92.
- CLOSSET-MARCHAL G., *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 13, n° 7.
- CLOSSET-MARCHAL G., « le juge étatique et l'instance arbitrale », *J.T.*, 2010, pp. 245-252.
- CUNIBERTI G., Note sous Civ. 2^e, 12 octobre 2006, *Rev. Arb.*, 2008, pp. 430 et s.
- DAL M., « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, pp. 785-795.
- DE LEVAL G., « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 423-445.
- DE LEVAL G., « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, pp. 168-190.
- DE LEVAL G., « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *R.D.I.D.C.*, 2005, pp. 6-20.
- DE LEVAL G. et GEORGES F., *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2014, 518 p.
- DE MEULEMEESTER D., « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 65 et s.
- DEMEYERE L., « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *R.W.* 1999, pp. 867-868.
- DEMEYERE L., « The European Court of Human Rights and Interim Measures Ordered by an Arbitral Tribunal, A comment on Micallef v. Malta », in *The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans Van Houtte*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 87 et s.
- FETTWEIS A., *Manuel de procédure civile*, 2^{ème} éd., Liège, Fac. dr. Liège, 1987, pp. 271-273.
- GAILLARD E., « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenson éditions, 2011, p. 62.
- GAILLARD E. et DE LAPASSE P., « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011, pp. 175-188.

- HERINCKX Y., « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », *b-Arbitra*, 2015, pp. 89-121.
- HÉRON J. et LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2012, n° 427.
- HORSMANS G. et DE CORDT Y., « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétale », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 565.
- HORY A., « Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage », *Rev. arb.*, 1996, pp. 191 et 200.
- JARROSSON C., « Réflexion sur l'imperium », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 245-279.
- JARROSSON C., « Neuvième colloque CCI-CIRDI-AAA : mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1992, p. 686.
- JARROSSON C. et PELLERIN J., « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, pp. 5-81.
- KEUTGEN G., « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.C.*, 2014, pp. 65-112.
- KEUTGEN G. et DAL G.-A., *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, 670 p.
- KEUTGEN G. et DAL G.-A., *L'arbitrage en droit international*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 425-431.
- LINSMEAU J., « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *R.P.D.B.*, compl. T. VI, n° 101-103.
- LOQUIN E., « Arbitrage. Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J. Cl. Proc. Civ.*, 2009, fasc. n° 1034.
- MATRAY D. et VIDTS F., « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 17-36.
- MIGNOLET O., « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 161-188.
- MOURRE A., « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 47 et s.
- PIERS M. et DE MEULEMEESTER D., « Nieuwe Arbitragewet », *NjW*, 2013, pp. 726 et s.

- PIERS M. et DE MEULEMEESTER D., « The New Belgian Arbitration Law », *ASA Bull.*, 3/2013, pp. 145 et s.
- PLUYETTE G., « Vue française », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 91.
- POUDRET J.-F. et BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Genève, Bruylant, L.G.D.J., Schulthess, 2002, 1179 p.
- SCHOUPS M., « Kort geding en bouwrecht », in *Kort Geding*, Gand, Larcier, 2009, pp. 167 et s.
- SERAGLINI C. et ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, 948 p.
- SIMONT L., « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 215 et 223.
- STORME M. et Taelman P., « Het kort geding : ontwikkelingen en perspectieven », in *Procederen in nieuw België en bijkomend Europa*, Kluwer, Anvers, 1991, n° 21 et s.
- THÉRY P., « *Judex Gladii* : des juges et de la contrainte en territoire français », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges offerts à Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 477 et s.
- VAN COMPERNOLLE J., « L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *R.D.I.D.C.*, 2010, pp. 395-397.
- VAN COMPERNOLLE J. « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 189-201.
- VAN COMPERNOLLE J. et DE LEVAL G., « L'astreinte », *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 36 et les réf. citées.
- VAN COMPERNOLLE J. et DE LEVAL G., « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou « qui perd gagne » », *J.T.*, 2014, p. 537.
- VAN DROOGHENBROECK J.-F., « Aspects actuels du référé-provision », in *Les procédures de référé*, Formation permanente C.U.P., vol. XXV, sep. 1998, pp. 25 et s.
- VAN DROOGHENBROECK J.-F., « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 203-239.

- VAN GERVEN D., « Nouvelles modifications mineures pour faciliter davantage l'arbitrage en Belgique », *R.D.C.*, 2016, pp. 912-917.
- VERBIST H., « De nieuwe Belgische Arbitragewet van 24 juni 2013 », *TvA*, 2013, pp. 155 et s.
- YESILIRMARK A., *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, pp. 175-176.

Section 3. Jurisprudence

§ 1. Jurisprudence belge

- Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1160.
- Cass., 2 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 2.
- Cass., 13 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 14.
- Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1697.
- Cass., 24 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1702.
- Cass., 23 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2031.
- Anvers, 3 mars 2010, R.G. n° 2009/RK/309, inédit.
- Bruxelles, 28 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 511.
- Bruxelles, 6 octobre 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 365.
- Bruxelles, 27 janvier 2000, *J.T.*, 2001, p. 28.
- Bruxelles, 4 mai 2000, *D.A.O.R.*, 2000, p. 237.
- Bruxelles, 12 février 2002, *R.W.*, 2001-2002, p. 1575.
- Bruxelles, 19 mai 2005, *J.T.*, 2005, p. 774.
- Bruxelles, 25 octobre 2007, *J.T.*, 2008, p. 10.
- Bruxelles, 30 avril 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 525.
- Bruxelles, 27 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 694.
- Liège, 12 juin 1985, R.G. n° 4220/84, inédit.
- C.T. Liège, 7 mai 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 265.
- Civ. Bruxelles, 30 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 254.
- Civ. Bruxelles (réf.), 6 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 637.
- Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 17.
- Civ. Liège, 15 juin 1978, *J.L.*, 1978-1979, p. 52.
- Civ. Liège (réf.), 6 juillet 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 18.

- Civ. Malines (réf.), 16 avril 1985, *Pas.*, 1985, III, p. 50.
- Civ. Namur (réf.), 16 juillet 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1515.
- Comm. Charleroi (réf.), 11 décembre 2002, *Bull. ass.*, 2003, p. 383.
- Comm. Gent, 16 juin 1993, *T.G.R.*, 1994, p. 10.
- Comm. Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 86.
- Comm. Namur (réf.), 6 avril 1979, *Rev. rég. dr.*, 1980, p. 53.
- J. P. Zottegem-Herzele, 23 juin 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 378.

§ 2. Jurisprudence française

- Cass. ass. plén., 24 février 2006, *Bull. civ.*, II, p. 2.
- Civ. 1^{re}, 18 novembre 1986, *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 764, note B. AUDIT, *J.D.I.*, 1987, p. 125, note E. GAILLARD.
- Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *D.*, 1990, p. 147, note G. PEYRARD.
- Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 633, note H. GAUDEMET-TALLON.
- Civ. 1^{re}, 26 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, p. 175.
- Civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, *Bull. civ.*, I, n° 463, *Rev. trim. dr. com.*, 2006, p. 297, obs. E. LOQUIN.
- Civ. 2^e, 20 mars 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 494, note G. COUCHEZ
- Civ. 2^e, 2 avril 1997, *Bull. civ.*, II, n°108, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 177, obs. J. NORMAND, *Rev. arb.*, 1998, p. 673, note L. DEGOS, *Rev. trim. dr. com.*, 1997, p. 434, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN, *D. Aff.*, 1997, p. 573, *R.G.D.P.*, 1998, n° 97, obs. J. HÉRON et p. 159, obs. M. C. RIVIER.
- Civ. 2^e, 7 mars 2002, *Bull. civ.*, II, n° 31, *Rev. arb.*, 2002, p. 214.
- Civ. 2^e, 13 juin 2002, *Droit et patrimoine*, n° 113, n° 3255, obs. J. MESTRE.
- Civ. 2^e, 12 octobre 2006, *Rev. Arb.*, 2008, p. 425.
- Com., 10 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 56, note A. HORY.
- Com., 29 juin 1999, *Rev. arb.*, 1999, pp. 817-820, note A. HORY, *Droit et patrimoine*, 2000, n° 83, *Chron.* n° 2606, p. 123.
- C.A. Paris, 13 février 1990, *D.*, 1990, p. 593, note G. PEYRARD.
- C.A. Paris, 21 janvier 2009, *Rev. arb.*, 2009, p. 430.
- TGI Paris (Ord. Réf.), 29 mars 2010, *Cah. arb.*, 2010, p. 853, note L. DEGOS, *J.C.P.G.*, 2010, p. 644, n° 4, obs. J. ORTSCHIEDT.