

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

Le régime juridique de l'arbitre d'urgence

La protection provisoire *ante causam*

Mémoire réalisé par
Delphine Chaput

Promoteur
Denis Philippe

Année académique 2015-2016
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

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

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

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

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

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

Index des abréviations

<i>AFA</i>	Association Française d'Arbitrage
<i>AGICOA</i>	Association de gestion Internationale Collective des Œuvres Audiovisuelles
<i>CCI</i>	Chambre de commerce internationale (ICC en anglais)
<i>CIRDI</i>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
<i>CPC</i>	Code de procédure civile
<i>CNUDCI</i>	Commission des Nations Unies pour le droit commercial
<i>CEPANI</i>	Centre belge d'arbitrage et de médiation
<i>DIAC</i>	Dubai International Center
<i>HKIAC</i>	Hong Kong International Arbitration Centre
<i>ICC</i>	International Court of Arbitration (CCI en français)
<i>ICDR</i>	International Centre for Dispute Resolution
<i>KCAB</i>	Korean Commercial Arbitration Board
<i>LCIA</i>	London Court of International arbitration
<i>Loi type</i>	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international
<i>NCPC</i>	Nouveau code de procédure civile
<i>Nouvelle Loi</i>	Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage
<i>OMPI</i>	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
<i>SCC</i>	The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
<i>SIAC</i>	Singapour International Arbitration Centre
<i>VIAC</i>	Centre d'arbitrage international de Vienne

Remerciements

L'élaboration d'un mémoire est un exercice de longue haleine. Il ne peut être accompli solitairement.

Il fallait tout d'abord faire naître l'intérêt pour la matière, pour cela je remercie le professeur JEAN-FRANCOIS VAN DROOGHENBROECK et mon compagnon SERGEI BOGDANOV qui, sans y prétendre, ont suscité dans mon chef un engouement pour le droit de l'arbitrage.

Il fallait ensuite encadrer les recherches et la rédaction. Je remercie ici le promoteur de ce mémoire, DENIS PHILIPPE, pour l'encadrement académique qu'il a assuré tout au long de cette étude.

Durant la rédaction, il a été nécessaire de soigner la mise en forme et d'adopter une rigueur lors de la correction du texte. Je remercie ainsi NELLY DEGRAVE.

Enfin et surtout, il me faut remercier ma mère ISABELLE WILMAER et, de nouveau, mon compagnon SERGEI BOGDANOV. « Merci » est un mot trop simple. Ce que je souhaiterais exprimer ici est au-dessus tout vocable. Je suis à la fois touchée et reconnaissante pour l'aide qu'ils m'ont apportée. Leur soutien m'a été précieux pour mener cette étude jusqu'à son terme et réaliser mes projets universitaires. Qu'ils reçoivent donc ici l'expression de mon infinie gratitude.

« Il faut que la justice soit prompte. Souvent, l'injustice n'est pas dans le jugement, elle est dans les délais, souvent l'examen cause plus de mal qu'une décision contraire ».

Charles de Secondat baron Montesquieu, 1816¹

¹ CHARLES DE SECONDAT BARON MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes de Montesquieu: précédées de la vie de cet auteur*, Volume 6, Paris, De l'imprimerie de Crapelet, 1860, p. 196.

Introduction

1. L'arbitrage est un moyen de résolution des litiges mal connu du grand public. Il s'est avéré que cette justice privée est pourtant devenue un mode de droit commun de résolution des litiges dans le commerce international. A l'heure actuelle, il est indéniable que l'arbitrage connaît un important développement².

2. L'une des grandes évolutions de l'arbitrage international est certainement l'accroissement de la place de l'urgence. Dans l'exécution des contrats internationaux comme pour des litiges qu'ils peuvent générer, l'urgence est le maître mot. L'arbitrage s'est vu emparer par l'urgence. Ce développement se trouve facilité par l'accélération des moyens de communication³. Aujourd'hui, nous vivons dans un monde de plus en plus technologique et la rapidité est une exigence primordiale dans notre société globalisée. Les relations internationales ne peuvent pas attendre des décisions et des solutions qui viendraient trop lentement. « *L'attente accroît l'incertitude et l'incertitude ne doit pas caractériser le monde du commerce et du droit* »⁴. L'élégante formule de C. CHAINAIS et de C. JARROSSON illustre ces propos, « *L'immédiateté devient la règle et l'urgence trouve là un terrain fertile pour se banaliser et donc pour se développer* »⁵. Par conséquent, la justice, et surtout celle qui est au service du commerce international, doit pouvoir répondre à ces nouvelles exigences. L'arbitrage répond à ces exigences de rapidité, ce qui est un de ses principaux avantages.

3. Dans un litige international comprenant une clause d'arbitrage, les parties peuvent avoir besoin d'accélérer davantage la procédure face à une urgence. Dans cette situation, il faut rendre effective la protection provisoire accordée *ante causam*, antérieure à l'instance arbitrale. Mais quelle forme est la plus efficace ? Accélérer la constitution du tribunal arbitral ? Prévoir un tribunal exceptionnel ? Mettre en place des mesures provisoires ? C'est ce que nous allons tenter d'éclaircir tout au long de la présente étude.

² C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 22.

³ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 204.

⁴ S. AZZALI, « Avant-propos », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 11.

⁵ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 61.

4. Le sujet abordé dans ce mémoire ne pourrait être plus actuel : non seulement l'arbitrage belge a fait l'objet d'une réforme importante par la loi du 24 juin 2013⁶ (modifiant la sixième partie du Code judiciaire, art. 1676 et s.), mais en plus, le Centre belge d'arbitrage et de médiation (ci-après CEPANI) a adopté un nouveau règlement d'arbitrage, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013⁷. Par le biais de ces deux nouvelles mesures, des modifications ont été apportées au régime juridique des mesures provisoires⁸. Il convient de préciser d'emblée que si la loi du 24 juin 2013 s'est largement inspirée de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après CNUDCI), c'est moins le cas pour les règles relatives aux mesures provisoires⁹.

5. L'urgence peut apparaître alors même que les parties n'ont pas encore procédé à la constitution du tribunal arbitral. C'est cette unique situation qui va nous retenir tout au long de ce mémoire. Notre examen sera limité aux *mesures provisoires* prises par l'arbitre d'urgence ou le juge étatique *avant la constitution du tribunal arbitral*. L'objectif est de ne pas prêcher pour la justice privée ou publique, mais bien de faire état des régimes juridiques mis en place en toute objectivité. Une nouvelle institution n'est pas sans incidence dans la pratique, nous soulèverons les questions qui se posent autour de cette institution. Par ailleurs, notre étude sera exclusivement centrée sur le droit de l'arbitrage belge. Néanmoins, pour enrichir l'analyse, nous interviendrons avec le droit comparé, notamment avec l'arbitrage français qui est à ce jour l'un des plus élaborés.

6. Il s'agira dans un premier temps de définir certains concepts en droit de l'arbitrage. Nous nous devons de poser les fondations avant d'approfondir l'analyse. La seconde partie du travail sera consacrée à un examen de l'arbitre d'urgence en lui-même. Le lieu sera ensuite à l'étude d'un examen du juge étatique intervenant dans la phase pré-arbitrale. L'articulation entre justice étatique du provisoire et justice arbitrale de l'urgence bouclera l'étude. Nous nous attarderons dans ce dernier chapitre sur deux questions épineuses qui mettent en exergue la relation entre la justice privée et étatique.

⁶ L. du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263.

⁷ D. MATRAY et G. MATRAY, « Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) », *B-Arbitra*, 2013/1, pp. 45 et s. ; M. DAL, « Le nouveau règlement d'arbitrage du CEPANI », *J.T.*, 2013, pp. 349 et s.

⁸ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 162.

⁹ O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), CUP, volume 15, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 402 et s. ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 162.

Chapitre 1. Définitions

7. Avant de tracer les contours de la compétence exercée par l'arbitre, il convient tout d'abord d'analyser la portée des concepts qui constitueront le fil rouge du présent travail. Dans un premier temps, il paraît essentiel de définir la notion d'« arbitre d'urgence » et de « mesures provisoires ». En effet, l'objectif n'est pas de soulever directement les difficultés inhérentes à l'arbitre d'urgence, mais plutôt d'aborder notre sujet sous un angle plus général en vue de le détailler tout au long de cette étude.

Section 1. L'arbitre d'urgence

8. L'urgence peut apparaître, par exemple, lorsqu'une partie souhaite faire interdire une campagne publicitaire qui est sur le point d'être lancée ou encore lorsque des marchandises risquent de se périmer si un bateau n'a pas le droit de lever l'ancre¹⁰. La cause de l'urgence est multiforme. Une partie peut être dans la nécessité de solliciter une mesure d'urgence, malgré qu'une convention d'arbitrage a été prévue, le tribunal ne peut être valablement constitué pour faute de temps. Que faire dans ce cas-là ? La question est de savoir à qui revient la compétence pour ordonner des mesures de ce type.

9. Auparavant, la solution la plus répandue pour répondre à l'urgence était de recourir au juge étatique comme juge d'appui. Aujourd'hui, nonobstant le fait que cette solution demeure encore valide, nous assistons, depuis une vingtaine d'années, au succès grandissant de l'arbitre d'urgence.

10. Avant l'abrogation de l'article 1696 par la loi du 24 juin 2013, modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage¹¹ (ci-après « la Nouvelle Loi »), ledit article disposait, en son premier alinéa que

« sans préjudice de l'application de l'article 1679.2, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires à la demande d'une partie, à l'exception d'une saisie conservatoire ».

11. Depuis l'entrée en vigueur de la « Nouvelle Loi » le 1^{er} septembre 2013, l'article 1691 du Code judiciaire énonce, en des mots presque similaires, que

¹⁰ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 61.

¹¹ L. du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263.

« Sans préjudice des pouvoirs reconnus aux cours et tribunaux en vertu de l'article 1683, et sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires. Le tribunal ne peut toutefois autoriser une saisie conservatoire ».

12. Par ailleurs, nous retrouverons l'énoncé de la compétence de l'arbitre d'urgence dans l'article 26 du nouveau règlement d'arbitrage CEPANI, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013¹² :

« Sauf si les parties en sont convenues autrement, chacune d'elles peut demander des mesures provisoires et conservatoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution du tribunal arbitral ».

13. Ainsi, la loi belge a mis en place un « arbitre d'urgence », investi de la compétence de se prononcer au provisoire, afin d'instruire le litige qui lui est transmis au fond, ou de régler momentanément la situation des parties durant l'instance arbitrale, exactement comme le juge étatique est investi du fond du litige (art. 19, al. 2 C. jud.)¹³. Néanmoins, il a fait l'objet de récentes réformes afin de rendre l'institution plus efficace et attrayante : c'est ce qui fera l'objet de notre étude.

14. Nous précisons enfin que nous pouvons également retrouver le concept d'arbitre d'urgence dans d'autres instruments juridiques tels que : l'article 1468 du nouveau Code de procédure civile français, dans l'article 29 du nouveau règlement de la CCI, dans l'article 50 du règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris ou encore dans l'article 37 du règlement de « l'International Centre for Dispute Resolution (ICDR) ».

Section 2. Les mesures provisoires

15. Comme son nom l'indique, la présente section concerne les mesures provisoires susceptibles d'être prises par l'arbitre en phase pré-arbitrale.

16. Dans une étude relative à l'arbitrage d'urgence, il paraît évident de définir cette notion. Cela se justifie notamment par le fait qu'en introduisant ce concept, nous délimitons le contour des compétences de l'arbitre et a fortiori de la présente étude.

¹² Voy. à cet égard D. MATRAY et G. MATRAY, « Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) », *op. cit.*, pp. 45 et s. ; M. DAL, « Le nouveau règlement d'arbitrage du CEPANI », *op. cit.*, pp. 349 et s.

¹³ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 204 ; D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige maatregelen in arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking* (sous la dir. de M. PIERS), Anvers, Intersentia, 2014, p. 73.

17. Le concept de « mesures provisoires », au sens de l'article 1691 du Code judiciaire, doit être appréhendé de manière très large¹⁴. Le législateur belge n'a d'ailleurs pas voulu reprendre telle quelle la définition de l'article 17 de la loi type CNUDCI¹⁵ au motif que le cadre fixé dans cette disposition « *pourrait se révéler trop rigide et restreindre la souplesse actuelle tout en compliquant le travail des arbitres* »¹⁶.

§1. Les mesures provisoires susceptibles d'être adoptées par un tribunal arbitral

18. Bien que certains auteurs aiment les citer, nous n'étudierons pas dans cette étude les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sur la notion de « mesures provisoires » dans le cadre de la Convention de Bruxelles – devenue le Règlement Bruxelles I, refondu aujourd'hui dans le Règlement Bruxelles Ibis¹⁷ - ni les conditions pour adopter ou reconnaître de telles mesures¹⁸. En droit de l'arbitrage, ces arrêts ne sont utiles que pour déterminer les limites de la compétence du juge judiciaire pour prendre une mesure provisoire. Dans le domaine de l'arbitrage, ils n'influencent aucunement le concept de « mesures provisoires », ni les conditions pour prendre ou exécuter de telles mesures au sein de l'Union européenne, « *la matière de l'arbitrage restant très largement exclue du Règlement Bruxelles Ibis* »¹⁹.

19. En droit de l'arbitrage belge, derrière le concept de « mesures provisoires », nous distinguons premièrement les « mesures provisoires » au sens strict, et deuxièmement les « mesures conservatoires ».

¹⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 161.

¹⁵ « 2) 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 preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend ».

¹⁶ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 24.

¹⁷ Règlement 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO*, 2012, L. 351/1.

¹⁸ Voy. l'analyse de G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, pp. 185 et s.

¹⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 165.

20. Les premières se définissent comme celles qui permettent d'aménager ou de poursuivre momentanément la situation des parties durant la procédure arbitrale²⁰. Selon l'auteur G. DE LEVAL, une mesure provisoire « *est, en règle générale, prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive* »²¹.

21. De telles mesures peuvent prendre de nombreuses formes. On pense par exemple aux mesures de stabilisation ou d'aménagement équitable de la situation, qui visent principalement à maintenir un certain *statu quo*²². On pense également aux mesures d'anticipation de la décision²³, qui se fondent sur un « droit évident ». De cette façon, le tribunal arbitral pourrait demander au défendeur de verser une provision à valoir sur une condamnation à intervenir « *dès lors que la dette est suffisamment incontestable* »²⁴. A ce titre, l'article 27.1 du règlement CEPANI prévoit expressément la possibilité de l'allocation d'une provision à titre de mesure provisoire.

22. Nous rattachons également aux « mesures provisoires » au sens strict, les « mesures d'instruction » qui consistent en des mesures d'administration de la preuve permettant à l'arbitre d'instruire le litige²⁵.

23. Le Code judiciaire n'énumère d'ailleurs plus dans une liste explicite, les mesures d'instruction pouvant être ordonnées par l'arbitre. Toutefois, nous allons faire état des différentes mesures possibles que ce dernier peut ordonner. Ainsi, il est de sa compétence de prendre tous les actes d'instruction nécessaires (art. 1700, §4 C. jud.), tels qu'une enquête, une expertise²⁶, une comparution personnelle des parties, une descente sur les lieux, un serment à titre décisoire ou supplétoire ainsi que la production de documents détenus par une partie.

²⁰ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 568.

²¹ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 171.

²² J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », (extrait du *R.P.D.B.*, compl. T. VI), Bruxelles, Bruylant, 1991, n° 102.

²³ L. SIMONT, « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel* (sous la dir. de J. VAN DEN HEUVEL), Anvers, Kluwer, 1999, p. 215 ; J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *op. cit.*, n° 102.

²⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international. T. I – Le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 345.

²⁵ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 166.

²⁶ Voy. notamment V. VAN HOUTTE, « Deskundigenonderzoek en andere onderzoeksmaatregelen », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage* (sous la dir. du CEPANI), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 12 novembre 2009, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 165 et s. ; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 48-50.

Hormis quelques limites fixées par la loi, les parties ou, à défaut, les arbitres, peuvent organiser avec souplesse le déroulement de la procédure concernant les mesures d'instruction précitées²⁷.

24. La deuxième mesure, que nous appelons « conservatoire », vise à préserver un droit ou une chose²⁸ afin d'assurer l'effectivité de la sentence qui sera prononcée par le tribunal arbitral²⁹.

25. Il est certain qu'en pratique il est souvent difficile de distinguer les mesures « provisoires » et « conservatoires » vu qu'elles présentent de nombreuses similitudes³⁰.

26. Il ne nous semble pas nécessaire de maintenir cette distinction ci-après puisque ces deux catégories de mesures sont soumises à un régime similaire devant le tribunal arbitral. Ce pour quoi, dans la suite de cette étude, nous utiliserons le terme générique « provisoire » pour englober indistinctement les mesures « provisoires » au sens strict et « conservatoires » susceptibles d'être prises par l'arbitre³¹.

§2. Les mesures provisoires échappant au tribunal arbitral

27. Certaines mesures provisoires sont soustraites à la compétence des arbitres. Nous allons les passer en revue ci-après.

1. La saisie conservatoire

28. Selon l'article 1691, alinéa 2, du Code judiciaire, les arbitres ne peuvent ordonner une « saisie conservatoire ». Cependant, cela ne signifie pas qu'aucune mesure conservatoire ne peut être prise durant une procédure d'arbitrage. Au contraire, de telles mesures peuvent être octroyées, que la procédure d'arbitrage soit en cours ou non. C'est le juge des saisies qui est exclusivement compétent pour les ordonner (art. 1395 C. jud)³².

29. Cette exception en matière de saisies conservatoires se retrouve dans la législation de nombreux pays, ainsi que dans une majorité des règlements des institutions internationales

²⁷ V. FONCK, « Bewijsvoering in arbitrage », in *De nieuw arbitragewet 2013 – Essentiële bepalingen en hun praktische werking* (sous la dir de M. PIERS), Intersentia, Anvers-Cambridge, 2013, pp. 86, 87 et 91.

²⁸ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 171.

²⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 166.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 167.

³² *Ibidem*.

d'arbitrage³³. Cela se justifie par l'absence d'*imperium* des arbitres³⁴. Nous soulèverons qu'en droit belge, pour des raisons d'efficacité, les saisies sont autorisées par le juge sur base d'une demande formulée par requête unilatérale, alors que les arbitres, eux, ne peuvent s'écarter du principe du contradictoire³⁵.

30. L'auteur C. JARROSSON a présenté une riche analyse sur la question de l'absence d'*imperium* des arbitres³⁶. Sans négliger la richesse de son analyse, nous nous limiterons dans cette présente étude à souligner que les pouvoirs des arbitres seraient limités, de par l'origine conventionnelle de l'arbitrage, à la *jurisdictio*, à savoir le pouvoir de dire le droit. Nous entendons par là que les arbitres ne possèdent pas le cœur de l'*imperium* au sens fort du terme (« *imperium merum* »), c'est-à-dire le « *pouvoir spécifiquement concerné de la force et de la contrainte par rapport à la jurisdictio* »³⁷. Ainsi, selon l'auteur, non seulement la sentence de l'arbitre d'urgence serait dépouillée de toute force exécutoire (ce pourquoi le recours à la procédure d'*exequatur* est nécessaire), mais par ailleurs, l'arbitre ne peut octroyer des saisies conservatoires³⁸.

31. Toutefois, à ce sujet, l'analyse de C. JARROSSON a été remise en cause par G. CUNIBERTI³⁹. Cet auteur estime que l'interdiction aux arbitres d'ordonner des saisies conservatoires ne peut s'expliquer pour une raison d'absence d'*imperium*. Nous comprenons d'autant moins cette justification lorsque nous savons que les sentences définitives du tribunal arbitral peuvent justifier que soit prise une saisie conservatoire. Nous remarquerons que c'est notamment le cas en Belgique. En effet, une sentence arbitrale belge, revêtue de l'autorité de chose jugée, peut être un titre autorisant à exercer une saisie conservatoire, selon l'article 1414 du Code judiciaire, et ce même sans demander l'*exequatur* au juge étatique⁴⁰.

32. La portée véritable de l'interdiction aux arbitres d'ordonner des « saisies conservatoires » nous laisse perplexe. Ce dont nous sommes certain est que comme toute

³³ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 552-554.

³⁴ L. DEMEYRE, « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *R.W.*, 1999, p. 867.

³⁵ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), op. cit., p. 167.

³⁶ C. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Mélanges offerts à Pierre Bellet* (sous la dir. de P. DRAI), Paris, Litec, 1991, pp. 245-279.

³⁷ C. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Mélanges offerts à Pierre Bellet* (sous la dir. de P. DRAI), op. cit., p. 269.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ G. CUNIBERTI, note sous Cass. fr., 2^{ème} Civ., 12 octobre 2006, *Rev. Arb.*, 2008, pp. 430 et s.

⁴⁰ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), op. cit., p. 182.

exception, celle-ci se doit d'être interprétée restrictivement. Seules « *les mesures qui, pour leur exécution, permettraient directement le recours à la contrainte devraient être exclues* »⁴¹.

33. Il est ainsi communément admis qu'un arbitre puisse ordonner la nomination d'un administrateur provisoire⁴² ou demander à une partie de remettre un objet à un tiers, en attendant la sentence définitive⁴³. De même, d'aucuns avancent qu'un tribunal arbitral pourrait même « *ordonner le versement d'une somme d'argent sur un compte bloqué* »⁴⁴.

34. Dans la pratique, la portée de l'interdiction adressée aux arbitres d'ordonner des « saisies conservatoires » est donc limitée⁴⁵. Qui plus est, le créancier peut toujours s'adresser, en parallèle à la procédure d'arbitrage, au juge des saisies pour l'octroyer à exercer ladite saisie⁴⁶.

35. Par ailleurs, il semble que rien n'empêche un tribunal arbitral (statuant « au fond ») de se prononcer sur les conséquences financières de mesures provisoires octroyées par le juge des saisies dans le contexte de la procédure arbitrale. Nous pensons ici aux saisies téméraires et vexatoires⁴⁷.

2. Certaines mesures d'instruction

36. Nous nous limiterons à un exposé concis, car ce point présente peu d'intérêt pour notre étude. Nous nous contenterons de soulever deux exceptions échappant ainsi à la compétence de l'arbitre d'urgence.

37. Avant la loi du 24 juin 2013, la vérification d'écritures n'était pas du ressort des arbitres (ancien art. 1696, § 5 C. jud.). Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. A présent, l'article 1700, §5 du Code judiciaire octroie aux arbitres le pouvoir de trancher les demandes de vérification

⁴¹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 168.

⁴² G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 470 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 470 ; G. HORSMANS et Y. DE CORDT, « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe* (sous la dir. de P. VAN OMMESLAGHE), Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 565.

⁴³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, p. 345 ; G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), *op. cit.*, p. 424 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 470.

⁴⁴ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 470.

⁴⁵ D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking* (sous la dir. de M. PIERS), *op. cit.*, p. 74.

⁴⁶ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 169.

⁴⁷ *Ibidem*.

d'écritures ou de se prononcer sur l'éventuelle fausseté de documents⁴⁸, à l'exclusion des « demandes relatives à des actes authentiques, pour lequel le tribunal arbitral doit délaisser les parties à se pourvoir (dans un délai déterminé) devant le juge judiciaire (tribunal de première instance) »⁴⁹. L'arbitre ne peut pas non plus adresser de commissions rogatoires⁵⁰.

3. L'importance de la qualification d'une mesure « provisoire »

38. Qualifier une mesure de « provisoire » ou de « définitive » présente un grand intérêt sur plusieurs points de vue.

39. Tout d'abord, identifier une mesure comme étant « provisoire » permet de déterminer si elle peut être prononcée par les arbitres « avant dire droit ». La qualification de la mesure dépend aussi de la décision qui la contient. En effet, les mesures autres que « provisoires » ne peuvent être prises que dans le cadre de « sentences » arbitrales ayant l'autorité de chose jugée, avec les conséquences qui s'y rattachent⁵¹.

40. Ensuite, la nature de la mesure (« provisoire » ou « définitive ») peut avoir une incidence sur la compétence de l'arbitre, au risque d'y voir une renonciation à la clause arbitrale. A cet égard, l'article 1682 du Code judiciaire énonce 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, à moins qu'en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin. A peine d'irrecevabilité, l'exception doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de défense ».

41. En pratique, cette règle a un impact important : si, alors qu'il a été cité devant un juge national, le défendeur ne décline pas *in limine litis*⁵² la juridiction de ce juge, nous estimons

⁴⁸ Les travaux préparatoires spécifient que ça ne concerne pas pour l'arbitre de statuer au pénal mais uniquement de se prononcer sur la preuve avec effet exclusivement entre les parties et l'arbitrage. Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 28.

⁴⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 169 ; voy pour un examen complet l'article de 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* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 189-203.

⁵⁰ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 170.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Il s'agira d'un déclinatoire de juridiction, d'ordre privé, voy. G. CLOSSET MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 13. Sur l'obligation de soulever cette exception *in limine litis*, voy. la jurisprudence citée O. CAPRASSE, « Arbitrage et médiation », in *La jurisprudence de Code judiciaire* (sous la dir. de G. DE LEVAL), Bruges, La Charte, 2010, pp. 29 et s.

qu'il est présumé avoir renoncé à la convention d'arbitrage et qu'il accepte la juridiction des tribunaux de l'ordre judiciaire pour régler son différend⁵³.

42. L'article 1683 du Code judiciaire fait mention d'un important tempérament, lorsqu'il énonce qu'une demande en justice « *avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci* ». Une telle exception se voit régulièrement dans les législations nationales sur l'arbitrage et dans les règlements des institutions d'arbitrage⁵⁴. Force est de constater l'importance de pouvoir qualifier avec certitude que les demandes formulées devant le juge judiciaire, en parallèle à l'arbitrage, présentent bien la qualification de « mesure provisoire ».

43. Sur ce point, nous gardons un œil bienveillant, comme le rappelle G. DE LEVAL, au fait que « *la matière des mesures provisoires et conservatoires ne s'étend pas aux procédures "comme en référé" puisqu'il s'agit d'une compétence au fond exercée dans les formes du référé (...)* »⁵⁵.

44. Ce premier et bref chapitre sur les notions principales a permis de dessiner les contours de notre étude. Maintenant que les fondations sont posées, nous allons pouvoir rentrer dans le vif du sujet en abordant la question de « l'arbitre d'urgence ».

⁵³ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 170.

⁵⁴ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), *op. cit.*, pp. 425-429.

⁵⁵ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 183.

Chapitre 2. L'arbitre d'urgence

45. La matière liée à l'arbitrage « après » la constitution du tribunal arbitral a été volontairement écartée vu que nous sommes limité par le nombre de pages. Ainsi, nous nous focaliserons sur l'arbitre *avant* la constitution du tribunal arbitral.

46. Dans un premier temps, il sera question de soulever un point épineux qui est le risque de déni de justice. Dans un second temps, nous étudierons la compétence en tant que telle du tribunal arbitral lorsque l'urgence se présente. Dans un troisième temps, nous ferons état des conditions à mettre en œuvre afin d'obtenir une mesure provisoire devant l'arbitre d'urgence. Dans un quatrième et dernier temps, nous examinerons les spécificités de la décision prise par l'arbitre d'urgence statuant sur des mesures provisoires.

47. L'exercice peut paraître fort théorique, mais il est essentiel afin de faire état de la « *nouvelle créature qu'est l'arbitrage d'urgence* »⁵⁶ suite à la grande réforme de l'arbitrage belge. Toutefois, nous nous contenterons d'en établir les lignes directrices, avant d'aborder, dans un dernier chapitre, les questions particulières soulevées par la matière.

Section 1. Le risque de déni de justice

48. Il n'est pas concevable d'attendre la sentence arbitrale finale pour répondre à une situation d'urgence. Sans remettre en cause l'efficacité de la justice arbitrale, le risque serait que l'objet du conflit ait disparu au moment de rendre la sentence arbitrale⁵⁷. En l'absence de solution face à une situation d'urgence à laquelle les parties sont confrontées, elles pourraient invoquer une situation de déni de justice, vu comme un « *manquement de l'arbitre à son devoir de protection juridictionnelle des parties* »⁵⁸. C'est l'effectivité de la sentence arbitrale elle-même qui serait compromise⁵⁹.

49. Conscient de cette impasse, G. CHIOVENDA avait posé un célèbre axiome, qui vaut à l'évidence pour le procès arbitral :

⁵⁶ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 36.

⁵⁷ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 62.

⁵⁸ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 559.

⁵⁹ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 62.

« Il faut empêcher que celui qui s'est trouvé dans la nécessité de recourir au procès pour obtenir raison pâtisse du temps et des frais nécessaires (à un procès au fond) : la nécessité d'avoir recours au procès pour se faire rendre raison ne doit pas nuire à celui qui a raison »⁶⁰.

50. Si les parties font le choix de soumettre leur litige à un arbitre, il est évident qu'elles n'entendent pas renoncer à toute protection dans la période antérieure à l'instance arbitrale, en cas d'urgence. Une telle protection *ante causam*, antérieure à l'instance arbitrale, est nécessaire en matière d'arbitrage au vu du fait que la constitution du tribunal arbitral doit respecter un certain nombre de règles⁶¹.

51. Si nous transposions à l'instance arbitrale les propos de l'auteur italien P. CALAMANDREI, nous pourrions dire que « dans une organisation procédurale purement idéale, dans laquelle la sentence arbitrale pourrait toujours être rendue instantanément, il n'y aurait plus de place pour les mesures provisoires »⁶². Mais c'est purement chimérique et c'est pourquoi le droit positif doit mettre en place un système de protection avant l'instance arbitrale⁶³.

52. Quelle serait la solution efficace en cas d'urgence *ante causam* ? Lorsqu'on est face à une convention d'arbitrage et que survient l'urgence *ante causam*, la première solution consisterait à accélérer la constitution du tribunal arbitral ou à envisager un « tribunal arbitral exceptionnel chargé de statuer en urgence sur le fond du litige, à titre définitif »⁶⁴. Toutefois, pour des raisons pratiques, ce sont des hypothèses difficilement réalisables⁶⁵.

53. Ce pourquoi, la solution la plus adaptée résidera dans la mise en place de mesures provisoires prononcées par un arbitre d'urgence *ante causam* ou un juge étatique. L'absence de simultanéité entre le moment où le litige naît, celui où la protection est sollicitée et celui où cette dernière est octroyée, rend de telles mesures nécessaires pour faire face à une urgence⁶⁶.

⁶⁰ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Naples, Jovene, 1933, p. 147.

⁶¹ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 62.

⁶² P. CALAMANDREI, « Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari », in *Opere giuridiche* (sous la dir. M. CAPPELLETTI), Naples, Morano, 1965, p. 175.

⁶³ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 62.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Naples, Jovene, 1991, p. 295.

Section 2. Le pouvoir de l'arbitre d'urgence de prononcer des mesures provisoires

54. Comme nous l'avons vu précédemment, les arbitres peuvent octroyer des mesures provisoires (voy. chapitre 1) et ce avant la constitution du tribunal arbitral. Nous ne reviendrons pas sur ces différentes mesures. Nous allons ici examiner la portée de la compétence au provisoire de l'arbitre d'urgence.

55. Historiquement, la législation réservait cette compétence aux cours et tribunaux ordinaires ou du moins, limitait considérablement le pouvoir de l'arbitre de prononcer ces mesures⁶⁷. Il s'est cependant très vite avéré que l'arbitrage devait pouvoir faire face à des situations d'urgence en préservant le *statu quo* dans l'attente de la décision finale⁶⁸. Aujourd'hui, l'arbitrage bat son plein suite aux différentes réformes ou initiatives prises en matière de l'arbitrage et de mesures provisoires⁶⁹. En effet, le pouvoir des arbitres d'ordonner de telles mesures se retrouve dans bon nombre de lois en matière d'arbitrage⁷⁰ et règlements d'arbitrage⁷¹.

56. Il faut garder à l'esprit que la compétence des arbitres pour octroyer ces mesures résulte de la loi d'arbitrage (loi siège) et de la convention d'arbitrage, à laquelle il faut ajouter le règlement d'arbitrage applicable, vu comme la continuité de cette convention⁷². Il est important

⁶⁷ A. GHAFARI et E. WALTERS, « The emergency Arbitrator : The dawn of a New Age ? Arbitration International », in *Arbitration International. LCIA* (sous la dir. de W. PARK), volume 30 Issue 1, 2014, note sub-paginale 43.

⁶⁸ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 20.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ L'article 1691 du Code judiciaire belge a une portée très large sur le sujet : « *Sans préjudice des pouvoirs reconnus aux cours et tribunaux en vertu de l'article 1683, et sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaire. Le tribunal ne peut toutefois autoriser une saisie conservatoires* ».

L'article 17 de la Loi type CNUDCI française consacre ce pouvoir en des termes presque similaire « 2) *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 preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend ».

Par contraste, l'article 38.4 de l'Arbitration Act anglais de 1996 ne confère qu'un pouvoir assez limité au tribunal arbitral.

⁷¹ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op.cit.*, p. 20.

⁷² S. BESSON, « Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, types de mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 39.

de savoir ce que la législation prévoit quant à la compétence du tribunal arbitral et ainsi que ses limites : c'est ce nous allons examiner dans les deux sous-sections suivantes.

Sous-section 1. La compétence de l'arbitre d'urgence

57. Cette première sous-section consistera en une analyse de la compétence de juridiction des arbitres.

58. A l'opposé du juge étatique, qui est une juridiction permanente, un tribunal arbitral est spécialement constitué pour se prononcer sur un litige déterminé⁷³.

59. L'aspect chronologique n'est pas sans incidence dans ce cas de figure. Il constitue ici une limite quant à la possibilité de s'adresser aux arbitres dès lors qu'il s'agit de mesures provisoires. Cela a pour conséquence que le tribunal arbitral ne pourra être d'aucune aide après qu'il ait prononcé une sentence définitive, les arbitres sont dessaisis de l'affaire⁷⁴.

60. Jusqu'il y a peu, il était encore inconcevable qu'un arbitre puisse octroyer des mesures provisoires avant que le tribunal arbitral ne soit constitué⁷⁵. La situation a récemment changé avec les réformes du nouveau règlement d'arbitre adopté par le CEPANI⁷⁶. Depuis le 1^{er} janvier 2013, le CEPANI dispose d'un « arbitre d'urgence » qui peut statuer avant même que le tribunal arbitral ne soit constitué, selon les règles de procédure à l'article 26 du nouveau règlement CEPANI⁷⁷.

61. *Quid* si, devant les arbitres d'urgence, les parties sont en désaccord avec la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage ?⁷⁸

62. Les arbitres doivent-ils régler cette question préalablement, ou peuvent-ils simplement apprécier « *prima facie* » leur compétence ?

⁷³ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 171.

⁷⁴ Voy. à cet égard, Cass., 2 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 2, au sujet des mesures provisoires prises suite à une sentence arbitrale définitive, et les notes faites par G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, pp. 177-178 et par O. CAPRASSE, « Arbitrage et médiation », in *La jurisprudence de Code judiciaire* (sous la dir. de G. DE LEVAL), *op. cit.*, pp. 34-35.

⁷⁵ L. DEMEYRE, « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *op. cit.*, p. 868. Voy. nuances apportées par O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 490.

⁷⁶ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 172.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

63. En droit de l'arbitrage international, le mot d'ordre, c'est le pragmatisme. C'est dans cette idée que la solution a été puisée⁷⁹. Afin de répondre le mieux possible à l'urgence, « *les arbitres peuvent, lorsqu'ils statuent sur une demande de mesure provisoire, accepter un degré d'évidence réduit de leur compétence au moment d'accorder les mesures (celle-ci étant susceptible d'être remise en cause ultérieurement, lorsqu'ils statuent sur le fond de la demande)* »⁸⁰.

64. Ainsi, en droit belge, D. DE MEULEMEESTER est partisan de la théorie selon laquelle le tribunal arbitral se limiterait à une appréciation *prima facie* de sa compétence lorsqu'il se prononce sur une demande de mesures provisoires⁸¹.

65. Dans l'arbitrage CCI, l'arbitre se contente d'apprécier s'il est *prima facie* compétent pour connaître la demande au fond pour laquelle les mesures provisoires sont demandées⁸². Dans l'arbitrage CIRDI également⁸³. Dans ce cas, si l'arbitre se déclare finalement incompétent pour statuer sur le fond du litige, les mesures provisoires qu'il aura prises en attendant arrêteront automatiquement de produire leurs effets⁸⁴.

66. Il n'est toutefois pas évident de déduire cette solution à la lecture des dispositions de la sixième partie du Code judiciaire. Nous soulèverons à ce titre que les mesures susceptibles d'être octroyées sur le fondement de l'article 19, alinéa 2 du Code judiciaire (voy. Chapitre 1) ne peuvent être adoptées par le juge étatique s'il n'a pas tranché préalablement la question de sa compétence (si elle est contestée)⁸⁵. Par ailleurs et au surplus, ordonner une mesure provisoire relative à un litige pour lequel la clause arbitrale n'a pas été valablement conclue, ou pour un

⁷⁹ A. YESILIRMARK, *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, pp. 175-176.

⁸⁰ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 172.

⁸¹ D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking* (sous la dir. de M. PIERS), *op. cit.*, p. 73.

⁸² J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 566.

⁸³ *Holiday Inns c. Maroc*, aff. CIRDI ARB/72/1, § 50 ; *Bifwater Gauff Ltd c. Tanzanie*, aff. CIRDI ARB/05/22, ordonnance de procédure n° 1 du 31 mars 2006, § 70 ; *Victor Pey Casado c. République du Chili*, aff. CIRDI ARB/98/2 ; R. ZIADE, « Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents* (sous la dir. de C. LEBEN), Paris, LGDJ/Anthemis, 2009, pp. 199-202.

⁸⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 173.

⁸⁵ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme au référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité* (sous la dir. de G.-A. DAL), Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles tenue à Bruxelles le 5 octobre 2006, Jeune Barreau, Bruxelles, 2006, pp. 7 et s.

litige non visé ou n'entrant pas dans le cadre de la clause impliquerait en toute hypothèse la décision de l'arbitre « à un refus de reconnaissance ou d'exequatur de ces mesures »⁸⁶.

67. Tout au plus y trouve-t-on la possibilité de faire intervenir le juge en référé, si l'arbitre n'est pas apte à statuer sur des mesures provisoires avec l'efficacité et la diligence nécessaire⁸⁷ afin de garantir les droits des parties, « même en cas de retard dans la procédure arbitrale consécutif à une contestation de la compétence des arbitres »⁸⁸. Il s'est avéré qu'une telle garantie n'existe pas dans l'arbitrage international, les conditions d'implication du juge étatique quant aux mesures provisoires (concurrentement au tribunal arbitral) n'étant pas du tout harmonisées dans les différents pays susceptibles d'avoir un rapport avec l'arbitrage concerné⁸⁹.

Sous-section 2. Les limites

68. L'heure est venue pour poser quelques limites à ce pouvoir un tant soit peu informel. La compétence du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires peut être limitée par la compétence concurrente des juridictions étatiques, des limites imposées à l'arbitre d'urgence ou encore limitée par les parties elles-mêmes par le biais d'une clause d'exclusion.

§1. La compétence concurrente des juridictions étatiques

69. Cette limite à la compétence des arbitres fera l'objet d'une analyse ultérieure au sein du chapitre 3 de ladite étude. L'on se contentera ici donc d'en énoncer les lignes directrices au niveau international, avant d'aborder ultérieurement les questions particulières soulevées par la matière au niveau national.

70. En principe, dans le domaine de l'arbitrage commercial international, une convention d'arbitrage n'empêche pas de saisir le juge étatique du provisoire. La convention de New York est plutôt pusillanime à ce sujet. Elle ne comporte aucune disposition relative aux mesures

⁸⁶ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 173.

⁸⁷ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, pp. 203-241.

⁸⁸ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 173.

⁸⁹ R. ZIADE, « Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents* (sous la dir. de C. LEBEN), *op. cit.*, pp. 190-197 ; A. YESILIRMARK, *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 26 et s.

provisoires⁹⁰. Ce silence a soulevé de vaines palabres quant au pouvoir du juge judiciaire de prendre ces mesures dans le contexte d'un arbitrage⁹¹. La doctrine juridique elle-même ne s'y entend pas, proposant plusieurs interprétations divergentes à ce sujet.

71. Le principe de la compétence concurrente des juges étatiques et des arbitres est établi par la majorité des règlements d'arbitrage et des lois sur l'arbitrage afin de renforcer l'efficacité de la décision⁹². A présent, en droit belge, celle-ci est consacrée par l'article 1683 du Code judiciaire⁹³ :

« Une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci ».

72. Paradoxalement, l'intervention du juge sert à garantir la procédure arbitrale et à empêcher qu'elle ne devienne sans objet lorsque le tribunal arbitral s'avère inapte à préserver la protection provisoire des droits des parties. D'aucuns voient dans la « collaboration » du juge plutôt un stigmate de la défiance vis-à-vis de la justice privée qui reste dépouillée de certains pouvoirs réservés à l'ordre judiciaire. Cette voie leur est offerte en cas d'extrême urgence dès lors qu'un référé contradictoire s'avérerait inefficace, voire impossible, même en réduisant le délai⁹⁴.

⁹⁰ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 22.

⁹¹ Voy. les décisions américaines divergentes citées par G. BORN, « Provisional Measures in International Arbitration », in *International Arbitration* (sous la dir. de X.), The Hague, Kluwer law international, 2009, p. 2030.

⁹² 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* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 762.

⁹³ Voy. M. HUYBRECHTS et I. VEROUUGSTRAETE, « Relations avec les juges », in *Macht en onmacht van de arbiter. L'arbitre : pouvoirs et statut* (sous la dir. de V. VAN HOUTTE), Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 354.

⁹⁴ J.-Fr. TOSSENS, « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 773.

§2. *Les limites de la justice privée*

73. Nous sommes face à une question épineuse. L'arbitre peut être confronté à de bien frustrantes réductions en raison de ces limites que nous allons relever.

74. En raison de l'urgence, les parties peuvent bénéficier d'un certain régime dérogatoire, lorsqu'elles saisissent les juridictions étatiques les autorisant par exemple à opérer par requête unilatérale⁹⁵. Comme autre exemple, nous pouvons citer l'abréviation des délais de citation ou même de la durée de la procédure⁹⁶.

75. Le tribunal arbitral, parce qu'il n'est pas une juridiction permanente, ne peut être saisi dans les mêmes conditions que les juridictions étatiques⁹⁷.

76. Tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, il ne peut connaître les demandes des parties. Cette spécificité rend fébrile l'institution, d'autant plus qu'un laps de temps peut s'écouler entre le dépôt de la demande et la constitution du tribunal en raison des spécificités de la procédure (détermination du lieu et de la langue de la procédure, désignation des co-arbitres, débat éventuel sur les circonstances divulguées, possibilité au défendeur de déposer un mémoire en réplique, dépôt des déclarations d'indépendance, paiement de l'acompte, etc.). La plupart du temps, la majorité des règlements d'arbitrage proposent relativement peu de moyens pour abréger ce délai⁹⁸.

77. Pour trouver un palliatif à l'urgence, certaines institutions ont instauré une procédure accélérée. C'est notamment le cas dans l'arbitrage du CEPANI qui prévoit des solutions aménagées dès lors que l'enjeu est inférieur à 25.000 €⁹⁹. C'est également le cas pour l'arbitrage LCIA où le règlement prévoit aussi la possibilité d'accélérer la constitution du tribunal arbitral¹⁰⁰. Par ailleurs et au surplus, des procédures ont été aménagées pour garantir la défense

⁹⁵ H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et voies de recours », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT), Jeune Barreau, Bruxelles, 2003, pp. 68 et 69.

⁹⁶ Les articles 708 et 1036 du Code judiciaire belge permettent l'organisation du référé contradictoire par une citation d'heure à heure, sur requête unilatérale en abrégant les délais pour citer.

⁹⁷ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), *op. cit.*, p. 437.

⁹⁸ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 23.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Article 9 - Expedited Formation

9.1 *In exceptional urgency, on or after the commencement of the arbitration, any party may apply to the LCIA Court for the expedited formation of the Arbitral Tribunal, including the appointment of any replacement arbitrator under Articles 10 and 11 of these Rules.*

9.2 *Such an application shall be made in writing to the LCIA Court, copied to all other parties to the arbitration; and it shall set out the specific grounds for exceptional urgency in the formation of the Arbitral Tribunal.*

de certains droits spécifiques. Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a ainsi établi un Règlement d'arbitrage accéléré de l'OMPI pour l'AGICOA (l'Association de gestion Internationale Collective des Œuvres Audiovisuelles), à sa demande, pour satisfaire les besoins particuliers de ses ayants droit¹⁰¹.

78. En cas d'urgence, même une fois le tribunal arbitral mis en place, les parties pourraient devoir se résoudre à se tourner vers le juge étatique, au motif des autres « *infirmities congénitales* »¹⁰² de l'arbitrage¹⁰³.

79. D'une part, à l'inverse de la juridiction étatique, la juridiction arbitrale ne possède pas d'*imperium*, il n'a pas de pouvoir pour faire respecter les décisions prises¹⁰⁴. De plus, il peut se voir dépouiller de tout pouvoir pour ordonner la mesure demandée, c'est souvent le cas en matière de saisie¹⁰⁵, par exemple une saisie conservatoire¹⁰⁶. Si le pouvoir juridictionnel de l'arbitre se fonde sur la convention d'arbitrage, il ne pourra ordonner à des tiers à la convention une injonction contraignante, comme un ordre de production de documents. L'arbitre d'urgence ne peut statuer qu'en respectant le principe du contradictoire¹⁰⁷. D'autre part, si la décision prise par le tribunal arbitral constitue un acte juridictionnel « *par le seul fait de la mission des arbitres, elle ne devient un acte judiciaire que par l'effet de la formule exécutoire* »¹⁰⁸. A la différence des décisions prises par les tribunaux ordinaires dotés de l'*imperium*, c'est-à-dire directement exécutoires, la sentence de l'arbitre n'est exécutoire que par le biais d'une procédure d'*exequatur*¹⁰⁹.

9.3 *The LCIA Court may, in its complete discretion, abridge or curtail any time-limit under these Rules for the formation of the Arbitral Tribunal, including service of the Response and of any matters or documents adjudged to be missing from the Request. The LCIA Court shall not be entitled to abridge or curtail any other time-limit.*

¹⁰¹ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op.cit.*, p. 24.

¹⁰² G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), *op. cit.*, p. 437.

¹⁰³ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op.cit.*, p. 24.

¹⁰⁴ C. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », in *Mélanges offerts à Pierre Bellet* (sous la dir. de P. DRAI), *op. cit.*, pp. 251-252 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Arbitrage et juge étatique : brèves observations sur l'assistance des tribunaux en matière de preuve », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 787.

¹⁰⁵ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁶ Article 1691 du Code judiciaire.

¹⁰⁷ Voy. cependant l'article 17B de la loi type CNUDCI qui laisse ouverte cette possibilité.

¹⁰⁸ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, p. 505 ; D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op.cit.*, p. 24.

¹⁰⁹ O. CAPRASSE, « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), Liège, Larcier, 2002, pp. 253 et s. ; H. VAN HOUTTE et E. VALGAERENS, « De exequatur van arbitrage uitsparken », *R.D.C.*, 1997, pp. 275 et s.

§3. Les exclusions conventionnelles

80. En vertu de l'article 1691 du Code judiciaire, les parties peuvent, dans la clause arbitrale et même par accord avenü en cours d'instance¹¹⁰, priver l'arbitre de tout ou d'une partie de la compétence d'octroyer des mesures provisoires, laissant ainsi au juge étatique le monopole de cette compétence¹¹¹.

81. Que voilà une audacieuse idée ! Les parties ont établi une convention d'arbitrage afin de régler leur différend, mais conviennent d'écarter l'arbitre en cas de mesures provisoires éventuelles. Restons sur nos gardes car mettre en place de telles exclusions est un exercice périlleux¹¹². Toutefois, la pratique nous montre que de telles clauses sont rarissimes dans les conventions d'arbitrage et même inexistantes dans les règlements d'arbitrage auxquels les parties pourraient adhérer¹¹³. Mais la question ici est tout autre. Il convient de questionner ici leur licéité. Nous ne saurons manquer de remarquer que même avant l'instauration du nouvel article 1692 du Code judiciaire, celle-ci n'a jamais véritablement souffert de la moindre joute verbale¹¹⁴.

82. Plus étonnante encore est la conséquence, qu'une notable doctrine donne à de telles clauses. Selon les dires des Professeurs G. KEUTGEN et M. DAL, « dans ce cas », le juge des référés « peut être saisi par l'arbitre »¹¹⁵.

83. Cette intrigante entorse au principe du dispositif attise notre curiosité, mais ne fait pas l'objet davantage de commentaires de la part des auteurs. Selon le Professeur J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, il s'agirait d'une « forme inédite de collaboration entre juge et arbitre qui ne manquerait pas d'atours : saisi par l'arbitre dont il partage l'impartialité, le juge des référés se verrait garantir, mieux que par les développements partisans des partis, la réalité de

¹¹⁰ Sur les accords procédurax, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 1307 et s. ; D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking* (sous la dir. de M. PIERS), *op. cit.*, p. 71.

¹¹¹ M. DAL, « La nouvelles loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p. 789.

¹¹² D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 25.

¹¹³ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et son juge* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 227.

¹¹⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, p. 344 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 482 ; P. Taelman, « De arbiters en hun bevoegheden », *T.P.R.*, 1999, p. 1719 ; L. SIMONT, « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel* (sous la dir. de J. VAN DEN HEUVEL), *op. cit.*, p. 223 ; L. DEMEYRE, « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *op. cit.*, p. 867 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et son juge* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 227.

¹¹⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, p. 420.

l'urgence et la nécessité des mesures postulées »¹¹⁶. Par ailleurs, qui serait mieux placé que l'arbitre pour éclairer le juge des référés quant aux mesures provisoires à prendre dans l'intervalle ?

84. Sans nul doute, il était à prévoir que l'audacieuse thèse ne fasse pas l'unanimité, un point de vue plus prudent répliquant du reste qu'« *il est interdit aux arbitres qui n'ont pas la qualité de partie, de saisir eux-mêmes le juge étatique, dans ces cas. Tout au plus peuvent-ils les inviter à le faire* »¹¹⁷.

85. Cette nouvelle forme de collaboration entre les deux institutions, prenant la forme d'un « appui sur demande », ne pourrait prospérer que par l'intervention du législateur¹¹⁸. Suite à la loi du 24 juin 2013, la réforme de l'arbitrage a fait naître quelques intéressantes innovations à ce sujet. Lors de son élaboration, les auteurs avaient à l'esprit de renforcer le dialogue juridictionnel, ce qui a laissé dévoiler de la prospérité de ce genre de « passerelles » entre les juges et les arbitres¹¹⁹. Prenons pour illustrer le nouvel article 1717 du Code judiciaire qui, en son sixième paragraphe, dispose que :

« Lorsqu'il lui est demandé d'annuler une sentence arbitrale, le tribunal de première instance peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation ».

86. En voici les solutions permises face à une clause écartant l'arbitre de la compétence au provisoire¹²⁰.

87. Un lecteur érudit se demanderait ce qu'il en est de l'utilisation inverse d'une telle clause d'exclusion : les parties à l'arbitrage décident d'exclure la saisine de la juridiction étatique des référés. Nous n'allons pas nous étendre davantage sur le sujet maintenant, l'exclusion conventionnelle du juge étatique sera analysée au sein du chapitre 3.

¹¹⁶ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et son juge* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 227.

¹¹⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, « Le juge étatique et l'instance arbitrale », *J.T.*, 2010, p. 248.

¹¹⁸ *Ibidem.*

¹¹⁹ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et son juge* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 228.

¹²⁰ *Ibidem.*

88. Après avoir passé en revue les principes et les limites de la compétence du tribunal arbitral, il est primordial de soulever les conditions à remplir afin de nous voir octroyer une mesure provisoire devant la juridiction arbitrale.

Section 3. Les conditions d'ordre procédural

89. Avant d'examiner les conditions principales, il est important de relever quelques spécificités procédurales. Il faut savoir que la CCI a introduit, lors de la révision de son règlement en 2012, de nouvelles dispositions¹²¹ autorisant aux parties de demander la désignation d'un arbitre dit d'urgence avant la constitution du tribunal arbitral¹²². Selon le règlement, le recours à l'arbitre d'urgence requiert que la partie requérante introduise une demande d'arbitrage endéans les 10 jours¹²³. Si elle ne respecte pas cette condition, il est mis fin automatiquement à la procédure de l'arbitre d'urgence. Depuis la récente réforme en droit de l'arbitrage belge en 2013, le CEPANI a également instauré son arbitrage d'urgence mais reste muet quant à cette exigence de saisir le tribunal arbitral. Toutefois, le CEPANI a instauré une autre exigence au sein de l'article 16 de son Règlement : l'arbitre d'urgence n'est pas admis ultérieurement à siéger au sein du tribunal arbitral qui sera constitué pour trancher le différend¹²⁴.

90. Nous dénombrons cinq principales conditions d'ordre procédural à remplir pour voir aboutir une demande de mesures provisoires en cas d'urgence devant l'arbitre d'urgence : l'urgence, le principe du dispositif, le caractère contradictoire de la procédure, l'obligation de diriger la mesure contre une partie à la procédure et la nécessité pour les arbitres de faire preuve d'impartialité.

Sous-section 1. L'urgence

¹²¹ « En 1990, la CCI a institué une procédure de référé pré-arbitrale, la soumettant à un règlement distinct du règlement d'arbitrage. Il est notoire que celle-ci a suscité très peu d'intérêt. Cet échec a été attribué principalement à l'obligation pour les parties de consentir à cette procédure, soit par une mention expresse dans leur convention d'arbitrage, soit subséquentement au moment de la survenance du différend. Or, la pratique a montré que les parties tendent à reproduire la clause d'arbitrage type, sans inclure dans leurs négociations, la question du recours à une procédure de référé pré-arbitral ». Voy. D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 33.

¹²² « Ces dispositions s'écartent du référé arbitral, puisqu'un accord préalable des parties n'est pas requis, le seul renvoi au règlement d'arbitrage étant suffisant ». Voy. D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 35.

¹²³ Art. 1.6., appendix V.

¹²⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 179.

91. A la différence des mesures provisoires en lien avec l'arbitrage qui seraient ordonnées par le président d'un tribunal de l'ordre judiciaire en référé, il n'est pas demandé de démontrer « une urgence » au sens strict du terme¹²⁵ pour s'adresser à l'arbitre d'urgence en usant de l'article 1691 du Code judiciaire¹²⁶. La procédure est similaire à celle de la procédure judiciaire classique, le juge du fond octroie des mesures provisoires (art. 19, al. 2 C. jud.)¹²⁷.

92. Les mesures provisoires octroyées par l'arbitre sont toutefois « *astreintes à des conditions de temporalité* »¹²⁸, car « *si une partie peut attendre jusqu'à une décision finale sur le fond, elle n'a pas besoin de demander une assistance intérimaire* »¹²⁹.

93. Au regard de l'article 26 du règlement d'arbitrage CEPANI, dès lors que les parties désignent un arbitre, une certaine forme « d'urgence » doit toutefois exister, afin de justifier que cet arbitre soit désigné avant même la constitution du tribunal arbitral¹³⁰.

Sous-section 2. Le principe dispositif

94. En vertu de l'article 1691 du Code judiciaire, l'arbitre d'urgence ne peut prononcer une mesure provisoire qu'à « *la demande d'une partie* ».

95. Cette règle représentant le principe du dispositif s'appliquant en droit judiciaire privé est d'application générale¹³¹.

96. D'aucuns estiment que, comme c'est le cas dans une procédure judiciaire classique, l'arbitre peut ordonner d'office toute mesure d'instruction¹³². La loi du 24 juin 2013 n'a apporté aucun changement quant au pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures provisoires¹³³.

¹²⁵ Voy. sur la notion « d'urgence » comme condition pour saisir le juge des référés, Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, 1987, p. 1160.

¹²⁶ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 469.

¹²⁷ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme au référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité* (sous la dir. de G.-A. DAL), *op. cit.*, p. 66.

¹²⁸ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 469.

¹²⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 174.

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ L. DEMEYRE, « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *op. cit.*, p. 868. Voy. aussi l'article 1692 du Code judiciaire.

¹³² G. CLOSSET-MARCHAL, « Le juge étatique et l'instance arbitrale », *op. cit.*, p. 248 et les références en note de bas de page 32.

¹³³ Voy. l'article 1700 du Code judiciaire, relatif aux mesures d'instructions, qui dispose que : « (...) § 4. Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires (...) ».

Sous-section 3. Le caractère contradictoire de la procédure

97. Une des caractéristiques essentielles de la procédure devant l'arbitre d'urgence à laquelle il ne pourrait déroger est le caractère contradictoire, qui ne connaît aucune exception et interdit à l'arbitre d'octroyer des mesures, même provisoires, sur une base unilatérale, sans qu'elles soient discutées par toutes les parties (mesure « *ex parte* »)¹³⁴. En droit de l'arbitrage international, certains soutiennent qu'il est possible de prendre des mesures provisoires « *ex parte* » en cas « d'extrême urgence »¹³⁵. En ce cas de figure, le prononcé de la mesure doit être directement suivi d'un débat contradictoire¹³⁶. Selon A. YESILIRMARK, l'adoption de telles mesures ne serait possible que par ordonnance (« *order* ») et pas par sentence¹³⁷.

98. De manière tout à fait extraordinaire, la loi-type CNUDCI avait instauré la possibilité, dans certaines circonstances particulières, de s'adresser au tribunal arbitral par « voie unilatérale », afin d'obtenir des mesures provisoires « *ex parte* »¹³⁸, à savoir « *prononcée en l'absence de débat contradictoire* »¹³⁹.

99. Le législateur belge a décidé de ne pas suivre cette voie. Au regard du Code judiciaire belge, l'arbitre ne peut pas prendre des mesures dans le cadre d'une procédure « *ex parte* ». Multiples sont les justifications du législateur belge¹⁴⁰ :

- 1) La procédure « *ex parte* » ayant été estimée inutile devant l'arbitre, il est dès lors plus adéquat de s'adresser au juge étatique.

¹³⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 175.

¹³⁵ Dans ce sens, J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 567.

¹³⁶ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 567.

¹³⁷ A. YESILIRMARK, *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 193.

¹³⁸ Voy. article 17.B de la loi-type CNUDCI qui dispose que : « 1) *Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête aux fins d'ordonnance préliminaire enjoignant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.*

2) *Le tribunal arbitral peut prononcer une ordonnance préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.*

3) *Les conditions définies à l'article 17 A s'appliquent à toute ordonnance préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 17 A soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'ordonnance est prononcée ou non ».*

¹³⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 176.

¹⁴⁰ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, pp. 24-25.

- 2) Elle pourrait se voir comme incompatible avec la nature consensuelle de l'arbitrage.
- 3) La mesure pourrait porter atteinte à l'indépendance de l'arbitre ainsi qu'aux droits de la défense.
- 4) Une mesure provisoire ordonnée par voie unilatérale peut être une source d'erreurs, la vérité apparaît souvent lors des débats contradictoires.
- 5) Elle se voit comme une exception au principe du contradictoire alors que ce dernier constitue la pierre angulaire de toute mesure de justice.
- 6) La mesure pose des difficultés d'exécution.

100. Et s'il fallait s'en convaincre, seuls la nature consensuelle, les problèmes d'exécution et, éventuellement l'atteinte à l'impartialité des arbitres (pour autant que l'arbitre concerné soit appelé à statuer par la suite sur le fond) peuvent nous y persuader. Les autres raisons sont d'autant moins pertinentes qu'il n'est pas contesté qu'un juge étatique puisse octroyer des mesures provisoires par voie unilatérale, et ce, même dans le cadre d'un arbitrage¹⁴¹.

101. Si les parties estiment opportun d'obtenir des mesures via une procédure unilatérale afin de préserver leurs droits dans le contexte d'une procédure arbitrale, la solution idoine serait de s'adresser à la juridiction judiciaire pour demander les mesures exigées¹⁴². Dans des cas particuliers énumérés par la loi¹⁴³, le juge étatique peut être saisi par le biais d'une requête unilatérale pour statuer sur des demandes quant aux mesures provisoires¹⁴⁴.

Sous-section 4. L'obligation de diriger la mesure contre une partie à la procédure

102. En règle générale, un tribunal arbitral ne peut ordonner aucune mesure provisoire à l'encontre d'un tiers¹⁴⁵, à savoir « *une personne physique ou morale, privée ou publique, qui*

¹⁴¹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 176.

¹⁴² Pour de plus amples informations, voy. l'analyse de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et son juge* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, pp. 203-241.

¹⁴³ Notamment en cas « d'absolue nécessité ».

¹⁴⁴ H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et voies de recours », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT), *op. cit.*, pp. 65 et s.

¹⁴⁵ J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *op. cit.*, n° 101.

n'est pas partie au procès »¹⁴⁶. L'auteur G. DE LEVAL explique ce choix par l'origine conventionnelle de l'arbitrage¹⁴⁷. Cette règle est énoncée dans une disposition du Code judiciaire relative à la demande de production forcée de documents (art. 877 C. jud.). En arbitrage, ce type de demande ne pourrait être alléguée que contre « une partie »¹⁴⁸.

103. La place des tiers en droit de l'arbitrage entretient la brume autour du sujet. C'est une question complexe à multiples facettes¹⁴⁹. D'une part, il faut commencer par analyser l'étendue *ratione personae* de la convention d'arbitrage, ce qui permettra d'identifier les personnes susceptibles d'être amenées devant l'arbitre¹⁵⁰. Les parties qui ne sont pas liées à la convention d'arbitrage sont qualifiées de « tiers absolus », selon les dires de A. MOURRE¹⁵¹.¹⁵² D'autre part, il faudra ensuite examiner quelles sont les « parties » à la procédure arbitrale initiée : uniquement ces parties sont susceptibles de se voir ordonner des mesures provisoires par l'arbitre¹⁵³.

104. A ce sujet, les auteurs soulèvent deux questions fondamentales :

- 1) L'identité réelle des parties ;
- 2) La possibilité de faire adhérer des personnes qui ne sont pas parties à la procédure (mais liées par la convention d'arbitrage – dénommées « tiers imparfaits »¹⁵⁴) afin d'ordonner des mesures à leur égard. En

¹⁴⁶ Rapport sur la réforme du Code judiciaire, Supplément, *Pasin.*, 1967, p. 442.

¹⁴⁷ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 183.

¹⁴⁸ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et son juge* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, pp. 203-241 ; 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* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, pp. 189-203.

¹⁴⁹ Voy. X., *L'arbitrage et les tiers*, Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, 288 p. ; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multi-party, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, 385 p.

¹⁵⁰ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 177.

¹⁵¹ A. MOURRE, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Palais*, 2001, p. 641.

¹⁵² Pour une analyse plus approfondie quant à savoir qui est lié par une clause d'arbitrage, voy. H. VERBIST, « Draagwijdte van het arbitragebeding ten aanzien van derden », in *L'arbitrage et les tiers* (sous la dir. de X.), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 27 et s. ; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multi-party, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, *op. cit.*, pp. 7-99.

¹⁵³ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁴ A. MOURRE, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 641.

droit de l'arbitrage belge, c'est l'article 1709 du Code judiciaire¹⁵⁵ qui répond à la question quant à l'intervention¹⁵⁶.

Sous-section 5. La nécessité pour les arbitres de faire preuve d'impartialité et la préserver

105. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme oblige le juge judiciaire de faire preuve d'impartialité dès lors qu'il statue sur le fond de l'affaire, mais aussi qu'il ordonne des mesures provisoires¹⁵⁷.

106. Lorsqu'un juge statue à la fois au provisoire et au fond de l'affaire, le risque est de le voir « préjuger » l'affaire lors de sa première décision, ce qui porterait atteinte au principe d'impartialité, au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour juger plus avant dans l'affaire en question¹⁵⁸. Le risque est particulièrement accru dans les cas où le juge est amené à octroyer une provision, sur le fait que la demande est établie sur des droits « évidents » ou « incontestables ». Dans ce cas de figure, le juge « anticipe » la décision à venir sur le fond et la question que nous nous posons est de savoir s'il aura la volonté de se déjuger, si au cours d'une analyse ultérieure du dossier, il lui paraît que la demande n'est pas fondée¹⁵⁹.

107. Les auteurs A. MOURRE¹⁶⁰ et J. VAN COMPERNOLLE¹⁶¹ ont relevé que le risque de partialité, qui peut porter atteinte à la décision d'un juge étatique, existe tout autant pour un

¹⁵⁵ « § 1er. Tout tiers intéressé peut demander au tribunal arbitral d'intervenir dans la procédure. Cette demande est adressée par écrit au tribunal arbitral qui la communique aux parties.

§ 2. Une partie peut appeler un tiers en intervention.

§ 3. En toute hypothèse, pour être admise, l'intervention nécessite une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties en différend. Elle est, en outre, subordonnée, à l'assentiment du tribunal arbitral qui statue à l'unanimité ».

¹⁵⁶ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 177 ; H. BOULARBAH, « Les procédures parallèles et les tiers », in *L'arbitrage et les tiers* (sous la dir. de X.), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 149 et s. ; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multi-party, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, *op. cit.*, pp. 179-190.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt Micallef c. Malta du 15 octobre 2009.

¹⁵⁸ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 178.

¹⁵⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 178.

¹⁶⁰ 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* (sous la dir. de D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS), Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 47 et s.

¹⁶¹ J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garantis 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.

arbitre. En effet, il est aussi susceptible de commettre un « préjugé » lorsqu'il ordonne une mesure provisoire. A. MOURRE voit dans un tel risque « *le véritable critère d'appréciation des limites des pouvoirs de l'arbitre* »¹⁶² quand il se prononce au provisoire. J. VAN COMPERNOLLE, après avoir montré toute l'importance pour l'arbitre de respecter les conditions du procès équitable visées par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, estime qu'« *il nous semble dès lors qu'une grande circonspection s'impose à l'arbitre confronté à une demande de mesures provisoires, dès lors que sa sentence est susceptible d'être soumise au contrôle d'une juridiction devant laquelle l'enseignement de la Cour européenne sera nécessairement d'application* »¹⁶³.

108. Pour ce qui est de l'arbitre d'urgence, la difficulté que nous venons de soulever a été anticipée par le CEPANI. L'article 26 de son Règlement a expressément prévu que les arbitres d'urgence ne sont pas admis ultérieurement à siéger au tribunal arbitral constitué pour trancher le litige¹⁶⁴.

109. Les conditions procédurales étant mises en place, concentrons-nous à présent sur un examen de la décision prise par l'arbitre sur des mesures provisoires.

¹⁶² 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* (sous la dir. de D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS), *op. cit.*, p. 55.

¹⁶³ J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garantis de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ? », *op. cit.*, p. 397 ; L. DEMEYRE, « 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* (sous la dir. de P. WAUTELET, TH. KRUGER et G. COPPENS), Oxford, Hard Publishing, 2012, pp. 87 et s.

¹⁶⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 179.

Section 4. La décision prise par le tribunal arbitral statuant sur des mesures provisoires

110. Concrètement, quelles sont la nature et la portée de la décision prise par un arbitre ordonnant une mesure provisoire ? Après la grande réforme en droit de l'arbitrage belge en 2013, il est opportun de faire une mise au point sur les conséquences de telles mesures. Qu'en est-il de sa nature, de sa portée ou encore de sa reconnaissance et de son exécution ?

Sous-section 1. La nature de la décision

§1. Sentence ou ordonnance ?

111. En droit de l'arbitrage international, ce sont en règle générale les droits nationaux qui décident si une mesure provisoire doit ou non être représentée dans une sentence¹⁶⁵.

112. L'ancien article 1699 du Code judiciaire énonçait que « *le tribunal arbitral statue définitivement ou avant dire droit par une ou plusieurs sentences* ».

113. Les travaux préparatoires de la loi du 19 mai 2008, qui avait inséré cette disposition dans notre code, la motivaient comme suit : « *Le jugement avant dire droit est visé à l'article 19, deuxième alinéa, du Code judiciaire. Il s'agit d'un jugement par lequel le juge ordonne au principal une mesure préalable destinée à instruire la demande ou à régler provisoirement la situation des parties. Il semble indiqué de prévoir que le tribunal arbitral peut, s'il le juge opportun, prendre des décisions avant dire droit comme c'est le cas aux termes de la législation néerlandaise (article 1049 du Code) et de la loi-type de la CNUDCI (article 16, troisième alinéa, dans le cas d'un incident en matière compétence)* »¹⁶⁶. Toujours au regard des travaux parlementaires, le tribunal arbitral n'était toutefois « *pas tenu de statuer par une sentence avant dire droit* ». Il pouvait aussi « *faire une communication aux parties par une voie moins formelle, par exemple par lettre. La sentence avant dire droit permet cependant au tribunal arbitral de conférer, s'il le juge opportun, un caractère plus solennel à sa décision* »¹⁶⁷.

¹⁶⁵ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 570.

¹⁶⁶ Projet de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch. Repr.*, sess. ord., 1997-1998, n° 1374-1 du 19 janvier 1998, p. 7.

¹⁶⁷ Projet de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch. Repr.*, sess. ord., 1997-1998, n° 1374-1 du 19 janvier 1998, p. 8.

114. La communication informelle, « par exemple par lettre », précitée ci-dessus s'est muée en pratique en « ordonnance »¹⁶⁸ de procédure. L'arbitre recourt souvent à ces ordonnances pour organiser le déroulement de la procédure (délais de conclusions, audiences, ...) et aussi pour ordonner des mesures provisoires¹⁶⁹. Le règlement CEPANI dispose explicitement à l'article 18, §1^{er} que les mesures provisoires « font l'objet d'une ordonnance motivée ou, si le tribunal arbitral l'estime adéquat, d'une sentence ». C'est l'intention de l'arbitre sur la portée de sa décision qui qualifiait si elle constituait une « ordonnance » ou une « sentence »¹⁷⁰. Une question qui fait beaucoup jaser est celle de savoir si les parties pourraient *interdire*¹⁷¹ à l'arbitre de recourir à la sentence, ou au contraire *l'imposer*¹⁷², en vue de statuer sur les mesures provisoires¹⁷³. La question, objet d'âpres débats, ne sera pas approfondie davantage dans cette présente étude.

115. Faire appel à une sentence permettrait plus aisément de lutter contre l'éventuelle résistance d'une partie à exécuter cette mesure provisoire ordonnée. Premièrement, en Belgique, une telle sentence avant dire droit pouvait faire l'objet d'une procédure d'*exequatur*¹⁷⁴. C'est un peu plus compliqué dans l'arbitrage international, la Convention de New York, notamment, ne s'appliquant pas, selon la doctrine, aux sentences « avant dire droit », elles ne peuvent être qualifiées de « sentence » au sens de la Convention. D'aucuns considèrent que les sentences avant dire droit « circulent mal » d'un pays à l'autre¹⁷⁵. Deuxièmement, la sentence pouvait être accompagnée d'une astreinte¹⁷⁶. Corrélativement, elle pouvait faire l'objet d'une procédure en annulation, pouvant même survenir pendant le déroulement de la procédure arbitrale. Ce qui

¹⁶⁸ B. HANOTIAU, « Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis », in *La sentence arbitrale* (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 30 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 27 et s. ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, op. cit., p. 383 ; O. CAPRASSE, « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), op. cit., pp. 228-229.

¹⁶⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), op. cit., p. 182.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Pour une étude plus approfondie voy. O. CAPRASSE, « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), op. cit., p. 228.

¹⁷² Pour une étude plus approfondie voy. B. HANOTIAU, « Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis », in *La sentence arbitrale* (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), op. cit., 2006, p. 30.

¹⁷³ A propos de l'arbitrage CCI, voy. A. YESILIRMARK, *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, op. cit., pp. 195-197.

¹⁷⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, op. cit., p. 385 ; B. HANOTIAU, « Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis », in *La sentence arbitrale* (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), op. cit., 2006, p. 30 ; O. CAPRASSE et D. DE MEULEMEESTER, « De arbitrale uitspraak », in *La sentence arbitrale*, (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 30 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 43.

¹⁷⁵ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 576.

¹⁷⁶ Ancien article 1709bis du Code judiciaire.

avait pour conséquence de ralentir considérablement le bon déroulement de la procédure¹⁷⁷. Par ailleurs, en plus du fait que la sentence devait répondre à des exigences plus sévères, comme pour sa motivation, elle devait « également transiter par l'institution d'arbitrage lorsqu'il est institutionnel, et le cas échéant faire l'objet d'un examen par cette institution, voire d'une approbation par la Cour » s'il s'agissait d'un arbitrage CCI¹⁷⁸.

116. La loi du 24 juin 2013 a modifié la donne. Il est à présent indifférent, sur le plan de la force obligatoire et exécutoire d'une telle mesure, qu'elle soit décidée dans le contexte d'une « sentence » ou d'une « ordonnance »¹⁷⁹. Dans ces deux cas, la mesure qui sera obligatoire, pourra être déclarée exécutoire (par le tribunal de première instance)¹⁸⁰ et elle pourra, selon O. MIGNOLET être assortie d'une astreinte¹⁸¹.

117. Quant à l'arbitrage CCI, la décision prise par l'arbitre d'urgence sous la coupole du règlement CCI prendra la forme d'une ordonnance¹⁸².

§2. Les motifs de refus

118. Dans les deux cas, « sentence » ou « ordonnance », la reconnaissance ou l'*exequatur* de la mesure ne pourront être refusés que pour des raisons énumérées par l'article 1697 du Code judiciaire¹⁸³. Il n'y a aucune chance que le tribunal de première instance amené à se prononcer sur cette demande de reconnaissance ou d'*exequatur* puisse examiner le bien-fondé de la mesure attribuée par le tribunal arbitral¹⁸⁴.

119. Les motifs de refus contenus dans l'article 1696 du Code judiciaire se classent en deux catégories :

Ceux qui ne peuvent être invoqués que par une partie (art. 1697, §1^{er} a) C. jud.), à savoir :

¹⁷⁷ B. HANOTIAU, « Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis », in *La sentence arbitrale* (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), *op. cit.*, p. 30 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, p. 383.

¹⁷⁸ B. HANOTIAU, « Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis », in *La sentence arbitrale* (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 183.

¹⁸⁰ Article 1696, §1 du Code judiciaire.

¹⁸¹ Article 1713, §7 du Code judiciaire.

¹⁸² D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 35.

¹⁸³ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 183.

¹⁸⁴ Article 1697, §2 du Code judiciaire.

- i. Les cinq premières hypothèses de l'article 1697, §1^{er} a) du Code judiciaire.

Il est bon de relever qu'une de ces hypothèses est relative à la motivation de la décision si cette motivation est exigée par le législateur gouvernant la procédure arbitrale ; cela a pour impact que, prononcée dans une sentence ou une ordonnance de procédure, la mesure provisoire prononcée par l'arbitre en Belgique devrait être motivée ;

ou

- ii. Si la décision de l'arbitre relative à l'instauration d'une garantie n'a pas été respectée ;

ou

- iii. Si la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par l'arbitre ou lorsqu'elle est autorisée, annulée ou suspendue par le tribunal de l'Etat où a lieu l'arbitrage ou selon la loi par laquelle cette mesure a été octroyée.

Ceux qui doivent être soulevés d'office par l'arbitre (art. 1697, §1^{er} b) C. jud.), c'est-à-dire :

- i. lorsque l'objet du litige n'est pas susceptible d'être tranché par arbitrage ;

ou

- ii. lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la sentence porterait atteinte à l'ordre public.

Sous-section 2. L'autorité de la décision

120. Devant les juridictions étatiques, les mesures avant dire droit prononcées par le juge du fond sur base de l'article 19, alinéa 2 du Code judiciaire, n'ont « *pas pour effet de le dessaisir du jugement de la cause* »¹⁸⁵. La décision du juge relative à ces mesures n'a pas davantage l'autorité de chose jugée. Ce qui signifie qu'il pourra revenir par la suite sur sa décision quand il sera amené à apprécier le litige sur le fond¹⁸⁶.

¹⁸⁵ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 184.

¹⁸⁶ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme au référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité* (sous la dir. de G.-A. DAL), *op. cit.*, p. 81.

121. En revanche, les décisions avant dire droit valent *rebus sic stantibus*. Ce qui sous-entend que, tant que le juge n'a pas statué sur le fond de l'affaire, le juge du fond peut revoir une décision avant dire droit qu'en cas de changement de circonstances¹⁸⁷. Par ailleurs, si la situation reste identique, il ne pourrait pas accorder une mesure avant dire droit qui aurait été refusée précédemment par un autre juge¹⁸⁸, « *si ce n'est à l'occasion d'une voie de recours* »¹⁸⁹.

122. Les mesures avant dire droit prises par un tribunal arbitral dans le cadre d'une ordonnance ou d'une sentence ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée¹⁹⁰, « *pas plus qu'elles ne dessaisissent le tribunal arbitral du litige (même sur les points relatifs aux mesures ordonnées)* »¹⁹¹.

123. Ce n'est vrai que si le tribunal arbitral se prononce qu'avant dire droit. Pour notre gouverne, un tribunal arbitral peut envisager de statuer de manière définitive sur certaines parties du litige, par plusieurs sentences successives. Il sera question alors de « sentences partielles définitives »¹⁹². En plus de vider au préalable la question de sa juridiction, le tribunal arbitral se prononce régulièrement en plusieurs temps de manière définitive sur certains points du litige, comme dans des litiges relatifs à la responsabilité où, dans un premier temps, il cerne les responsabilités, avant, dans un second temps, de statuer sur la réparation du dommage. C'est ce que l'on dénomme la « bifurcation »¹⁹³.

124. Par ailleurs, le tribunal arbitral peut aussi être amené à prendre des sentences mixtes, contenant « *des dispositions définitives sur un ou plusieurs chefs de demande et avant dire droit sur d'autres éléments du litige* »¹⁹⁴.

¹⁸⁷ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, éd. Coll. Fac. De droit de Liège, Liège, 2^{ème} éd., 1987, pp. 271-273.

¹⁸⁸ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme au référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité* (sous la dir. de G.-A. DAL), *op. cit.*, p. 82.

¹⁸⁹ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 184.

¹⁹⁰ O. CAPRASSE, « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 224 ; B. HANOTIAU, « Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », in *Liber Amicorum Lucien Simont* (sous la dir. de X.), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 301 et s.

¹⁹¹ O. CAPRASSE et D. DE MEULEMEESTER, « De arbitrale uitspraak », in *La sentence arbitrale*, (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), *op. cit.*, p. 43 ; O. CAPRASSE, « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 243.

¹⁹² O. CAPRASSE, « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, pp. 229-230.

¹⁹³ B. HANOTIAU, « Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis », in *La sentence arbitrale* (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), *op. cit.*, 2006, pp. 30-33.

¹⁹⁴ O. CAPRASSE, « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 230.

125. Déterminer « l'intention réelle » du tribunal arbitral peut, à ce titre, s'annoncer quelquefois délicat¹⁹⁵.

126. En vertu de l'article 1692 du Code judiciaire, le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter les mesures provisoires qu'il a prononcées. Il peut ordonner à une partie de lui communiquer toutes les informations sur un éventuel changement majeur des situations relatif à la mesure provisoire qui a été demandée (art. 1694 C. jud.). Cette partie est tenue, en principe, de lui fournir « toute demande ou obtention de reconnaissance ou exequatur de cette mesure, ainsi que toute rétractation, suspension ou modification qui l'affecterait » (art. 1696, §4 C. jud.)¹⁹⁶.

127. Par ailleurs, il est important de mentionner que le tribunal arbitral ne peut modifier, suspendre ou rétracter une telle mesure que sur demande d'une partie, et non d'initiative (art. 1692 C. jud.). Le législateur s'est évertué à dire que cette règle était justifiée au regard du respect du principe du dispositif¹⁹⁷.

128. Force est de constater que le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter à la fois des mesures qu'il aurait prises lui-même, mais aussi des mesures adoptées par d'autres, en ce compris par un juge étatique¹⁹⁸.

129. A l'inverse, dans l'arbitrage international, les avis divergent sur le sujet. Selon les dires de l'auteur français M. DE BOISSESON, « rien n'empêche le tribunal arbitral, une fois saisi, de se reconnaître compétent pour prendre toute mesure de nature provisoire, voire de modifier une ordonnance de référé rendue par un tribunal étatique »¹⁹⁹. Cependant, du côté des auteurs J.-F. POUURET et S. BESSON, jurisprudence à l'appui, « le juge, même celui du siège de l'arbitrage, ne peut en principe intervenir pour contrôler la décision d'un tribunal arbitral » pour ce qui est des mesures provisoires (sauf évidemment, dans le contexte d'un recours en annulation ou d'une demande d'exequatur si la mesure est prise dans une sentence). Ils rajoutent que, réciproquement, « l'arbitre ne saurait évidemment interférer dans la sphère de juge afin de

¹⁹⁵ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 185.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 25.

¹⁹⁸ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 186.

¹⁹⁹ M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*, GLN-éditions, Paris, 1990, p. 758.

révoquer ou de modifier une mesure provisoire ordonnée par ce dernier, sauf avec le prononcé de la sentence au fond »²⁰⁰.

130. En pratique, comme le fait remarquer D. DE MEULEMEESTER, nous pourrions nous trouver face à une situation où le tribunal arbitral serait saisi d'une demande de modification, suspension ou rétractation de mesures provisoires prises par un juge étatique (président du tribunal de première instance pour exemple), contre lesquelles un appel serait aussi interjeté et à l'égard desquelles la juridiction étatique d'appel (Cour d'appel) serait également amenée à statuer²⁰¹.

131. Cependant, il nous semble indéniable que le tribunal arbitral ne pourrait rétracter, suspendre ou modifier des mesures qui ne seraient pas dans le champ de sa compétence, comme des mesures de saisie conservatoire²⁰².

Sous-section 3. La reconnaissance et l'exécution de la décision

132. Nous ne nous attarderons pas sur cette question ici vu que nous l'abordons tout au long de cette étude. Mais afin d'en avoir une vue globale, nous en dresserons tout de même les grandes lignes.

133. Comme il a été mentionné précédemment, dans prétendument tous les systèmes légaux, l'arbitre ne possède pas le pouvoir de garantir le respect de leur décision. Il faut donc faire appel aux juridictions étatiques pour que la décision soit déclarée « exécutoire »²⁰³.

134. Comme le fait remarquer M. DAL, « *sauf si l'arbitre en décide autrement, la mesure exécutoire a force obligatoire. Elle sera déclarée exécutoire par le tribunal de première instance, que la mesure soit prononcée en Belgique ou à l'étranger. Notons que l'article 1696, §1^{er} du Code judiciaire ne précise pas si la mesure doit être ordonnée dans une sentence. On peut en déduire que la reconnaissance et l'exécution de la mesure seront possibles si elles ont*

²⁰⁰ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 563-564.

²⁰¹ D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking* (sous la dir. de M. PIERS), op. cit., p. 75.

²⁰² O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), op. cit., p. 186.

²⁰³ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), op. cit., p. 28.

été rendues aux termes d'une sentence ou sous une autre forme, telle que par exemple une ordonnance ou une simple lettre »^{204 205}.

135. La forme de la décision octroyée (sentence, ordonnance ou simple lettre) paraît donc être sans incidence dans les pays ayant instauré ces dispositions²⁰⁶.

²⁰⁴ M. DAL, « La nouvelles loi sur l'arbitrage », *op. cit.*, p. 789.

²⁰⁵ Voy. Article 17H de la loi type CNUDCI pour arbitrage CCI.

²⁰⁶ Sur le vaste sujet de l'exécution des mesures provisoires voy. G. BORN, « Provisional Measures in International Arbitration », in *International Arbitration* (sous la dir. de X.), *op. cit.*, pp. 2019 et s. ; A. YESILIRMARK, *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 4-38.

Chapitre 3. Le juge dans la phase pré-arbitrale

136. Comme le rappelait justement G. KEUTGEN, « *la réponse que l'arbitrage peut apporter aux défis de la mondialisation comme mode de règlement des litiges est aussi largement fonction de l'appui dont il peut bénéficier de la part des juridictions étatiques et d'une manière générale, de l'environnement judiciaire tant dans le pays où l'arbitrage se déroule que dans celui ou ceux où la sentence devra être exécutée. Il n'est en effet pas inutile de rappeler qu'il n'y a pas d'arbitrage sans juridiction étatique* »²⁰⁷.

137. Même face à une clause d'arbitrage, nous ne pouvons nous passer de la justice étatique. En effet, il faut garantir aux parties qui décident de mettre en place un arbitrage afin de régler leur litige, la possibilité de bénéficier d'une protection effective en cas d'urgence avant la constitution du tribunal arbitral²⁰⁸. C'est pourquoi, dans une première section, nous allons voir que l'accès à une protection provisoire étatique est maintenu face à une clause d'arbitrage. Et dans une deuxième section, nous verrons les limites de cette intervention étatique.

Section 1. Le droit d'accès à une protection provisoire étatique ante causam en cas d'urgence

138. Il a été clairement admis que l'existence d'une clause d'arbitrage n'empêche pas l'accès à un juge du provisoire. En demandant des mesures provisoires devant le juge étatique, les parties ne voient aucune incidence sur leur engagement à soumettre le fond du litige à un arbitre. Il est bien établi que la saisine du juge ne signifie pas que la partie renonce à la convention d'arbitrage²⁰⁹. Cette complémentarité est affirmée par les règlements internationaux d'arbitrage d'une part et par les législations nationales d'autre part.

Sous-section 1. Les règlements internationaux d'arbitrage

139. La Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 avait, déjà, affirmé la complémentarité entre le juge et l'arbitre en son article VI-4 :

²⁰⁷ G. KEUTGEN, « L'arbitrage et la mondialisation du commerce », *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 2010, pp. 240-241.

²⁰⁸ B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Mélanges offerts à Pierre Bellet* (sous la dir. de P. DRAI), Paris, Litec, 1991, pp. 415-426.

²⁰⁹ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 65.

« Une demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une soumission de l'affaire quant au fond au tribunal judiciaire ».

140. Depuis lors, l'idée s'est propagée dans une grande partie des règlements internationaux d'arbitrage. La Chambre de commerce internationale, dans l'article 28, alinéa 2 de son règlement d'arbitrage de 2012, prévoit que la saisine d'une autorité judiciaire afin d'obtenir des mesures provisoires n'a pas d'incidence sur la convention d'arbitrage : elle n'équivaut pas en une renonciation à l'arbitrage et ne porte pas atteinte à la compétence du tribunal arbitral²¹⁰.

141. De plus, d'après le règlement CNUDCI (article 26, alinéa 3), *« une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention »*. On peut également faire référence à la notice explicative de la loi-type CNUDCI, qui dit qu'une demande de mesures provisoires sollicitée devant le tribunal étatique ne peut être invoquée pour renoncer à la clause d'arbitrage²¹¹.

142. On pourrait évoquer, également, le Règlement de l'American Arbitration Association (article 21, 3) qui précise qu'une demande de mesures provisoires adressée à une autorité judiciaire n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage et ne doit pas être considérée comme une renonciation à l'arbitrage²¹².

Sous-section 2. Les législations étatiques

§1. Législation belge

143. Le droit belge avait connu de gros doutes quant à savoir si les parties pouvaient saisir le juge des référés pendant la période pré-arbitrale. La doctrine belge s'est mise d'accord sur le fait que la possibilité de saisir le juge des référés devait être maintenu *« quel que soit le stade de la*

²¹⁰ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 65.

²¹¹ *Ibidem.*

²¹² *Ibidem.*

procédure »²¹³, ce qui est ainsi la seule manière d’assurer « *l’objectif qui consiste à assurer aux parties le recours à un système efficace de solution des litiges* », selon O. CAPRASSE²¹⁴.

144. Le récent article 1683 du Code judiciaire belge issu de la « Nouvelle Loi »²¹⁵ a définitivement mis fin à l’incertitude qui régnait dans les textes légaux : désormais, une demande en justice, « *avant ou pendant la procédure arbitrale* », afin d’obtenir des mesures provisoires, est compatible avec une convention d’arbitrage. Selon l’élégante expression du Professeur J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « *Nécessité fait loi* »²¹⁶. Cela veut dire que l’urgence fait office de partage des compétences entre le juge et l’arbitre²¹⁷ : « *Ce n’est qu’au prix d’une appréciation concrète et empirique de l’aptitude de la juridiction arbitrale à endiguer l’urgence (...) que devra s’apprécier la compétence du juge des référés saisi par le demandeur de mesures provisoires ou conservatoires* »²¹⁸.

145. Nous verrons plus en profondeur l’articulation entre la juge du provisoire et l’arbitre d’urgence, dans le chapitre 4. Dans ce présent chapitre, l’examen est centré sur le juge étatique lors de la phase pré-arbitrale.

146. Nous allons ici procéder à une approche de droit comparé. En effet, la législation française fera l’objet d’une analyse profonde du sujet. Elle permet un examen plus riche de la question, étant plus utilisée en pratique et pouvant être appliquée par analogie à l’arbitrage belge.

§2. Législation française

147. La législation française pose également les fondations juridiques de l’intervention du juge étatique dans la phase pré-arbitrale. En France, la jurisprudence avait affirmé relativement tôt qu’une clause compromissoire n’interdisait pas de saisir le juge des référés²¹⁹. Cette solution a été confirmée par plusieurs arrêts, malgré les doutes émis par la rédaction de l’article 1548 du Code de procédure civile qui disposait :

²¹³ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l’arbitrage*, *op. cit.*, p. 487.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ L. du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l’arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263.

²¹⁶ J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l’arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L’arbitre et son juge* (sous la dir de J.-FR. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 212.

²¹⁷ O. CAPRASSE, « Les grands arrêts de la cour de cassation belge en droit de l’arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, p. 145.

²¹⁸ J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l’arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L’arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 212.

²¹⁹ Trib. Civ. Seine, 7 mars 1951, *J.C.P.*, 1951, II, n° 6178.

« Lorsque un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ».

148. La notion de « juridiction de l'Etat » avait été interprétée par certains de manière extensive, comme comprenant le juge des référés. La jurisprudence rappelle, d'ailleurs, que « les parties à un arbitrage peuvent s'adresser au juge étatique pour demander des mesures conservatoires destinées à garantir l'exécution de la sentence à venir »²²⁰. La Cour de cassation française s'est positionnée en gardienne de l'accès au juge du provisoire face à une convention arbitrale internationale. C'est ce qui ressort de la lecture qu'elle a adoptée de la Convention de Washington²²¹ dans l'arrêt *Atlantic Triton*²²². La Convention stipule en son article 26 que « le consentement des parties à l'arbitrage est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours ». Or, la Cour de cassation a indiqué « qu'en disposant que le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de cette convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à tout autre recours, ce texte (l'article 26) n'a pas entendu interdire de s'adresser au juge étatique pour demander des mesures conservatoires destinées à garantir l'exécution de la sentence à venir »²²³. Elle a ainsi rejeté la décision initialement prise dans la même affaire par la Cour d'appel de Rennes²²⁴ et la thèse défendue par une partie de la doctrine internationale²²⁵, selon laquelle la Convention de Washington précise que toute compétence de la juridiction étatique au provisoire est exclue. Pour la Cour de cassation, lorsque les parties choisissent l'arbitrage pour régler leur différend, cela n'exclut pas la compétence étatique. De plus, la renonciation au juge étatique du fond est complètement autonome et indépendante à la renonciation au juge du provisoire : la Haute juridiction française éclaircit ainsi le brouillard qui nimbe le sujet²²⁶.

149. Il est intéressant de noter que les décisions rendues par les juridictions des Etats-Unis concernant la Convention de New York soulèvent le même type d'interrogation. Vu l'absence de

²²⁰ Civ. 3^e, 7 juin 1979, *Bull. civ.*, III, n° 122 ; Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Rev. arb.*, 1989, pp. 653-667.

²²¹ Convention du 18 mai 1965 instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, signée à Washington le 18 mars 1965, approuvée par la loi du 14 octobre 1966.

²²² E. GAILLARD, note sous Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Droit maritime français*, 1987, pp. 697-706 ; B.-P. MARCHAIS, « Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage CIRDI », *Droit et pratique du commerce internationale*, 1988, pp. 275-304.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ E. GAILLARD, note sous C.A. Rennes, 26 oct. 1984, *Rev. arb.*, 1985, pp. 439-456.

²²⁵ G. DELEAUME, « ICSID Arbitration Proceeding : Practical Aspects », *Pace law Rev.*, 1985, pp. 582-583.

²²⁶ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, pp. 67-68.

disposition clairvoyante, certains tribunaux américains acceptent d'octroyer une mesure provisoire²²⁷, tandis que d'autres estiment que cela contrevient à l'article II, paragraphe 3, de la Convention, qui impose au juge de se déclarer incompétent face à une clause d'arbitrage²²⁸. Un tel courant amène d'autant plus à la critique que les auteurs de la Convention « *n'ont jamais eu l'intention d'exclure la faculté pour le juge de prendre des mesures conservatoires* », si l'on en croit les vaines palabres à la naissance de la Convention²²⁹.

150. Depuis la réforme de l'arbitrage français suite au décret du 13 janvier 2011, la solution est inscrite à l'article 1449 du Code de procédure civile (applicable tant à l'arbitrage interne qu'internationale en vertu de l'article 1506-1°) :

« 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 d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ».

151. Même après avoir éclairci la situation dans une disposition légale, l'accès à une protection provisoire étatique *ante causam* en cas d'urgence est toujours sujet à discussion. L'article 1449 fait couler de l'encre quant à son caractère éventuellement exclusif de l'intervention étatique avant la constitution du tribunal arbitral. Doit-on interpréter l'article 1449 dans ce sens-là ? C'est ce qu'on pourrait comprendre de l'incise selon laquelle une clause d'arbitrage n'empêche pas, « *tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué* » de saisir le juge étatique²³⁰. Certains auteurs voient une compétence exclusive du juge étatique *ante causam* dans l'expression « *tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué* ». Selon ce courant, l'intervention du juge lui serait exclusivement réservée durant la phase pré-arbitrale²³¹. D'autres auteurs interprètent cette hypothèse comme la volonté des rédacteurs²³².

²²⁷ G. DELEAUME, « ICSID Arbitration Proceeding : Practical Aspects », *op. cit.*, pp. 582-583.

²²⁸ Cour d'appel fédérale américaine, 3^e circuit, 8 juill. 1974, *Mac Greary Tire and Rubber Co v. CEAT SpA* ; A. J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958 : towards a uniform judicial interpretation*, Anvers/Boston/Londres, Kluwer law and taxation, 1981, pp. 140-143 ; M.-A. BAHMAEL, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : droits français, anglais et suisse*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 1523-169.

²²⁹ P. FOUCHARD, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 95 ; Ph. OUKRAT, « L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : étude générale », *Droit et pratique du commerce international*, 1988, n° 2, p. 258.

²³⁰ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 68.

²³¹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, p. 620.

²³² E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, n° 3, 2011, p. 180.

152. Néanmoins, on pourrait interpréter l'article 1449 de manière plus souple. Aux yeux des Professeurs C. CHAINAIS et C. JARROSSON, la formulation « *tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué* » voudrait dire *qu'a contrario*, après la constitution du tribunal arbitral, la situation s'annoncerait plus complexe. D'un côté, l'arbitre possède les pouvoirs suffisants pour résoudre l'urgence par des mesures provisoires demandées. Dans ce cas, c'est à lui que les parties devront s'adresser (pour exemple, simples mesures d'injonction de faire ou ne pas faire, mesures de simple constat, etc. - pour lesquelles la présence de la clause d'arbitrage exige de ne pas saisir le juge étatique). D'un autre côté, l'arbitre ne dispose pas du pouvoir d'ordonner lesdites mesures (« *mesures ex parte, mesures conservatoires comportant une part d'imperium pur*²³³, *mesures de prévention d'un dommage imminent dont l'efficacité est particulièrement assurée par le juge des référés, etc.* »²³⁴). Dans ce cas, c'est auprès du juge étatique qu'il faudra en faire la demande²³⁵. Ce cas s'est déjà présenté dans le passé et a amené les juges à octroyer des mesures provisoires en cours d'instance arbitrale, à des fins de préservation de la preuve lorsqu'elle était menacée de disparaître²³⁶.

153. Selon la Cour d'appel de Versailles²³⁷,

« Lorsqu'il s'agit de préserver des preuves, deux fondements peuvent être invoqués, l'article 145 du N.C.P.C., qui permettent au juge des référés de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures visant à prévenir un dommage imminent et plus particulièrement à prévenir la disparition de preuves qui causerait à l'une ou l'autre des parties un dommage irréparable dans la défense de ses droits, ces mesures pouvant être alors ordonnées à titre exceptionnel par un juge étatique sur le fondement des articles 872 et 873 précités, et ce, même lorsque le tribunal arbitral est constitué, dès lors que celui-ci n'est pas en mesure de mettre en oeuvre les mesures conservatoires qui s'imposent dans un délai raisonnable et de satisfaire ainsi à l'urgence exigée par la situation ».

154. L'auteur de la note de jurisprudence observe :²³⁸

« En ordonnant une mesure de conservation des preuves, le juge des référés vient, non pas concurrencer les pouvoirs des arbitres, mais apporter une assistance

²³³ Pour plus d'information sur la notion d'*imperium*, voy. C. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Mélanges offerts à Pierre Bellet* (sous la dir. de P. DRAI), *op. cit.*, pp. 245-279.

²³⁴ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 69.

²³⁵ *Ibidem.*

²³⁶ A. HORY, note sous C.A. Versailles, 8 oct. 1998, *Rev. arb.*, 1999, pp. 58-70.

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ A. HORY, note sous C.A. Versailles, 8 oct. 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 67.

indispensable au bon déroulement de l'arbitrage. Le juge étatique protège le droit des parties à un procès équitable, en leur permettant de constituer les éléments de fait du débat litigieux ».

155. Certes, le décret du 13 janvier 2011 manque incontestablement de clarté à ce sujet, ce qui est regrettable²³⁹. Force est de constater que la jurisprudence n'est pas uniforme sur le sujet. On peut toutefois en déduire que la lecture souple présentée de l'article 1449 est en adéquate conformité avec l'esprit de la réforme, qui est de consolider les thèses arborées dans la jurisprudence et de tendre au maximum vers le pragmatisme²⁴⁰.

Section 2. Les limites à l'intervention des juridictions étatiques

156. La ligne de partage entre les compétences du tribunal arbitral et du juge des référés n'est pas toujours claire et des difficultés peuvent surgir en cas d'urgence face à une convention d'arbitrage. Pour y remédier, certains règlements ou lois posent des conditions précises pour saisir les juridictions étatiques. De plus, les parties peuvent convenir entre elles d'une exclusion conventionnelle du juge étatique afin de dissiper tout doute quant à la répartition des compétences.

Sous-section 1. Exclusion résultant de la loi ou du règlement d'arbitrage

157. Les dispositions du Code judiciaire belge avant leur récente modification par la loi du 24 juin 2013²⁴¹ ne précisait rien à cet égard et la doctrine était divisée. D'aucuns octroyaient aux parties une totale liberté dans leurs choix procéduraux, leur laissant la liberté de saisir indifféremment l'arbitre ou le juge étatique²⁴². D'autres défendaient le principe de subsidiarité²⁴³. L'intervention des juridictions judiciaires devait être réservée par défaut, dans les hypothèses où l'arbitre était impuissant à agir, soit parce que l'urgence demande un niveau de

²³⁹ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 69.

²⁴⁰ C. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, n° 13, pp. 14 et s.

²⁴¹ Ancien article 1679, 2° du Code judiciaire belge.

²⁴² M. STORME, « Aspects importants du droit arbitral belge », *Rev. dr. int. dr. Comp.*, 1976, p. 116.

²⁴³ O. CAPRASSE, « Arbitrage et médiation », in *La jurisprudence de Code judiciaire* (sous la dir. de G. DE LEVAL), *op. cit.*, p. 36.

célérité qu'il ne peut assumer, soit parce que les mesures demandées relèvent de l'exécution forcée, soit encore parce que celles-ci concernent des tiers à la clause d'arbitrage²⁴⁴.

158. Le législateur semble avoir éclairci la situation. Le nouvel article 1683 du Code judiciaire fait référence à la compétence concurrente des juges des référés comme le consacrait l'article 1679, 2° du Code judiciaire, tout en spécifiant qu'à présent cette demande pouvait être introduite « *avant ou pendant la procédure arbitrale* », dans la ligne de l'article 9 de la loi type. Au regard de l'exposé des motifs, « *la reprise de la formulation de la loi type permet une meilleure lisibilité de la règle, particulièrement à destination du public international* »²⁴⁵.

159. En France, la loi pose une limite temporelle à la compétence concurrente du tribunal étatique du provisoire. Le code de procédure civile français énonce que le juge étatique peut prendre des mesures provisoires pour autant que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué (article 1449 du CPC²⁴⁶)²⁴⁷.

160. Par ailleurs, des limites à l'intervention de la justice étatique sont parfois établies par certains règlements d'arbitrage.

161. Le règlement d'arbitrage CCI consacre explicitement le droit des parties de saisir le juge judiciaire « *avant la remise du dossier au tribunal arbitral et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent* ».

162. Certains règlements d'arbitrage ne réservent cette faculté qu'en cas de « circonstances exceptionnelles » (Règlement d'arbitrage SIAC – Règle 26.3, à l'instar du Règlement LCIA-article 25.3). Ce dernier soulève qu'en choisissant un arbitrage régi par ce règlement, les parties sont considérées comme ayant renoncé à la faculté de saisir les autorités judiciaires « *an order*

²⁴⁴ 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* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), *op. cit.*, p. 760 ; O. CAPRASSE, « Référé et arbitrage dans les litiges issus de la vie des sociétés », in *Les sociétés et l'arbitrage* (sous la dir. de O. CAPRASSE), Bruxelles, Bruylant, 2002 ; G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé », *Act. dr.*, 1992, p. 852 ; L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 275 ; G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in *L'arbitrage. Travaux offerts au Professeur Fetteweis* (sous la dir. de L. MATRAY, G. DE LEVAL et A. FETTWEIS), Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 120 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 676.

²⁴⁵ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 24.

²⁴⁶ L'article 1506 CPC précise que cette disposition prévue pour l'arbitrage interne s'applique également à l'arbitrage international, sauf si les parties en décident autrement.

²⁴⁷ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 31.

for security for its legal and other costs », cette mesure étant la faculté du tribunal arbitral selon l'article 25.2²⁴⁸.

163. Plusieurs autres règlements sont moins restrictifs en ne posant aucune condition : American Arbitration Association (article 21.3) ; Dubai International Center (DIAC) (article 31.3) ; Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) (article 24.3) ; CEPANI (article 27) ; Swiss Chambers (article 26.5). Pour le surplus, la majorité des règlements requièrent d'en informer le tribunal arbitral (DIAC, ICC, KCAB, LCIA)²⁴⁹.

Sous-section 2. Exclusion conventionnelle

164. Un certain nombre de règlements d'arbitrage et de législations internes reconnaissent la clause dans laquelle les parties renonceraient à la possibilité de saisir le juge étatique pour demander des mesures provisoires en cas d'urgence²⁵⁰. En effet, elles peuvent exclure conventionnellement l'intervention du juge au provisoire de manière expresse ou implicite, par l'adhésion à un règlement d'arbitrage qui envisagerait une telle renonciation²⁵¹. D'après O. CAPRASSE, cette possibilité qui serait le fait d'une doctrine presque unanime n'aurait jamais été réfutée par la jurisprudence²⁵².

165. Qu'il nous soit permis de renverser tous les présupposés : en effet, son application n'est pas sans poser question, tant s'en faut²⁵³.

166. Certes, cette possibilité est reconnue en droit belge²⁵⁴ et a les faveurs de la Cour de cassation française²⁵⁵. Toutefois, les praticiens ne recommandent pas aux parties de renoncer

²⁴⁸ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 31.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 173 et s.

²⁵¹ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 180 ; L. SIMONT, « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel* (sous la dir. de J. VAN DEN HEUVEL), *op. cit.*, p. 223.

²⁵² O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 482-484.

²⁵³ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 234.

²⁵⁴ Cette faculté est énoncée dans l'exposé des motifs du projet de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, lors de la présente réforme, Projet de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch. Repr.*, sess. ord., 1997-1998, n° 1374-1 du 19 janvier 1998, p. 6 ; G. HORSMANS, « La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1999, p. 523.

²⁵⁵ C. JARROSSON, note sous Cass. Fr. (1ère ch. Civ.), 18 novembre 1986, *Rev. arb.*, 1987, p. 315.

volontairement au bénéfice de la voie étatique²⁵⁶, jugeant la clause de renonciation comme néfaste et inopportune²⁵⁷. En effet, ce n'est pas sans risque, car le référé étatique reste tout de même privilégié, notamment dès que nous sommes face à un doute quant à savoir si la mesure ordonnée sera exécutée volontairement²⁵⁸. Sachant, en effet, les faiblesses chroniques du référé arbitral, qui serait assez téméraire pour s'engager à ne pas saisir le juge des référés ?

167. Ainsi, soulignons que « *cette exclusion de la juridiction présidentielle, comme toute renonciation à un droit, doit être interprétée strictement* »²⁵⁹.

168. La doctrine et la jurisprudence estiment que cette clause de renonciation doit être écartée lorsque la saisine du juge étatique vise à faire arrêter une « voie de fait »²⁶⁰ ou à éviter un déni de justice²⁶¹. En termes encore insondables, la juridiction étatique retrouverait sa compétence exclue par les parties dans le cas où « *une partie serait confrontée à une situation de grave péril exigeant une réponse urgente que ne pourrait donner l'arbitre* »²⁶².

169. Paralysée par une « interprétation stricte », en présence d'une « voie de fait », ou plus généralement d'un « péril grave », que reste-t-il de la validité et de l'effectivité de la cette clause d'exclusion ? Quelle est la résistance de la thèse prônant la licéité de la clause dès lors que ses tenants l'accessoirisent d'exceptions formulées en termes aussi larges²⁶³ ?

170. Par ailleurs, certains auteurs, conscients de la fébrilité de la clause de renonciation, préfèrent affirmer la nullité de cette clause. Cette seconde thèse est défendue notamment par M. STORME²⁶⁴, I. VEROUGSTRAETE et M HUYBRECHTS²⁶⁵, G. KEUTGEN et G.-A. DAL²⁶⁶, J.

²⁵⁶ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 32.

²⁵⁷ D. MATRAY et G. MATRAY, « La rédaction de la convention d'arbitrage », in *La Convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats* (sous la dir. de D. MATRAY), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 67 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, p. 345.

²⁵⁸ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, p. 344 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, pp. 228-235.

²⁵⁹ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 482 ; G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), *op. cit.*, p. 122.

²⁶⁰ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), *op. cit.*, p. 440.

²⁶¹ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 559.

²⁶² O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 483.

²⁶³ J.-Fr. TOSSENS, « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), *op. cit.*, p. 780.

²⁶⁴ M. STORME, « Grondbeginselen bij de totstandkoming van de overeenkomst tot arbitrage », in *Actes du colloque du Capani tenu à Bruxelles le 7 mars 1973*, Bruxelles, Bruylant, 1973, n° 4.

²⁶⁵ M. HUYBRECHTS et I. VEROUGSTRAETE, « Relations avec les juges », in *Macht en onmacht van de arbiter. L'arbitre : pouvoirs et statut* (sous la dir de V. VAN HOUTTE), *op. cit.*, p. 354.

DECOKER²⁶⁷, P. de BOURNONVILLE²⁶⁸, H. BOULARBAH²⁶⁹, J.-Fr TOSSENS²⁷⁰, et apparemment H. VAN HOUTTE²⁷¹. Au surplus, pour C. CAMBIER²⁷², toute forme d'aménagement de la compétence du juge au provisoire était proscrite avant la survenance du différend. C'est la thèse que soutient également J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK²⁷³.

171. Ces auteurs partisans de la thèse de la nullité estiment qu'une telle clause doit être privée d'effet « *dans la mesure où elle porte atteinte aux droits du demandeur et donc à la procédure arbitrale elle-même* »²⁷⁴. *In fine*, selon G. KEUTGEN et G.-A. DAL « *les parties ne peuvent renoncer à faire appel au juge des référés que lorsque l'arbitre est en place et est à même d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires* »²⁷⁵.

172. L'idée selon laquelle une telle clause priverait définitivement les parties de saisir le juge étatique afin de demander une mesure provisoire en cas d'urgence, « *le droit de solliciter une mesure provisoire ou conservatoire étant très largement disponible* »²⁷⁶ ne semble pas défendable selon C. CHAINAIS et C. JARROSSON²⁷⁷. Cela reviendrait à négliger la spécificité de la protection provisoire, souvent nécessaire à l'effectivité de la protection définitive, qu'elle soit à caractère étatique ou arbitral²⁷⁸.

173. La question de sa licéité même a d'ailleurs pu être soulevée par B. AUDIT, qui observe ainsi « *Encore la licéité d'un tel engagement pourrait-elle être contestée au regard de l'ordre public. En effet, l'urgence est en général un élément qui intervient dans la décision d'octroyer des mesures provisoires, n'en serait-elle pas une condition nécessaire ; son existence patente*

²⁶⁶ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, op. cit., p. 345.

²⁶⁷ J. DECOKER, « Kortgending en arbitrage in drie stappen », note sous Comm. Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 86.

²⁶⁸ P. DE BOURNONVILLE, « Droit judiciaire. L'arbitrage », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 132 et s.

²⁶⁹ 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* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), op. cit., p. 763.

²⁷⁰ J.-Fr. TOSSENS, « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), op. cit., p. 780.

²⁷¹ H. VAN HOUTTE, « De rol van de rechter tijdens de arbitrale procedure », *R.W.*, 1992-1993, p. 522.

²⁷² C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil, t. II, La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 362.

²⁷³ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le référé-provision entre parties liées par une convention d'arbitrage », obs. sous Mons, 10 avril 1996, *R.G.A.R.*, 1998, 12.952, n°4.2.

²⁷⁴ 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* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), op. cit., p. 763.

²⁷⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, op. cit., p. 344.

²⁷⁶ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 620.

²⁷⁷ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), op. cit., p. 71.

²⁷⁸ *Ibidem*.

pourrait donc justifier l'octroi des mesures à la demande d'une partie, nonobstant une convention contraire, pour des motifs d'ordre public »²⁷⁹. Le risque de ce type de clause de renonciation du juge étatique du provisoire serait celui d'un « déni de justice ». G. PLUYETTE montre comment ce concept « *pourrait être utilement invoqué lorsque les circonstances démontreraient une paralysie totale du tribunal arbitral et son impuissance à remplir sa fonction, privant une partie du droit fondamental d'obtenir d'être jugée dans les conditions équitables. Une telle situation pourrait rendre légitime l'intervention du juge à titre provisoire ou conservatoire* »²⁸⁰. Cette clause, vue comme une renonciation anticipative à saisir les juridictions étatiques, porte atteinte à l'ordre public et doit être exterminée dès lors qu'elle prive le justiciable qui la souscrit du droit fondamental d'accès effectif à la justice, garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales²⁸¹.

174. Dès lors qu'une partie se trouve confrontée à l'une des « *infirmités congénitales* »²⁸² du référé arbitral – par exemple, lorsqu'il est face à une mesure à prendre envers un tiers, à une mesure à soustraire à l'*imperium* de l'arbitre, ou encore à une situation de grande urgence, – il en ressort que sa renonciation antérieure à saisir le juge au provisoire entrave son accès effectif à la justice étatique²⁸³.

175. « *Seule nécessité peut ici faire loi* »²⁸⁴.

176. Nous pouvons nous demander si la loi n'a pas récemment consacré ces exigences de la nécessité²⁸⁵. Il est énoncé en effet par l'article 1677, § 8 du Code judiciaire (inséré par la « Nouvelle Loi ») que « *par dérogation au § 7, les dispositions des articles 1682, 1683, 1696 à 1698, 1708 et 1719 à 1722 s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire* ». Vu qu'elle reprend l'article 1683 comme normes impératives soustraites à l'autonomie de la volonté, elle peut être lue comme paralysant toute

²⁷⁹ B. AUDIT, note sous Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 764.

²⁸⁰ G. PLUYETTE, « Une vue française », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international* (sous la dir. de S. BOSTANIJ, F. HORCHANI et S. MANCIAUX), Paris, Chambre de commerce international, 1993, p. 91.

²⁸¹ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 234.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ J.-Fr. TOSSENS, « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), *op. cit.*, p. 780.

²⁸⁴ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 235.

²⁸⁵ *Ibidem*.

clause prohibant la saisine du juge des référés²⁸⁶. Curieusement, ces textes n'ont que peu inspiré leurs commentateurs²⁸⁷. Force est de constater leur incompatibilité avec l'assertion de la licéité des clauses d'exclusion du juge des référés²⁸⁸.

177. Nous pouvons en déduire que l'intervention du juge étatique, spécialement *ante causam*, doit être garantie pour tous les cas d'urgence et où l'absence de solution juridictionnelle (arbitrale ou étatique) conduirait à un déni de justice. On pourrait se baser sur la voie ouverte par certaines juridictions afin de justifier ce point. D'un côté, les arbitres établissent parfois eux-mêmes des limites à la validité de la clause de renonciation : un tribunal arbitral a considéré que les parties pouvaient, « *sous réserve des impératifs de l'ordre public, convenir par contrat de ne pas présenter au juge compétent des demandes de mesures provisoires ...* »²⁸⁹. D'un autre côté, la Cour d'appel de Bruxelles a pu décider que « *la clause compromissoire ne peut exclure le droit fondamental d'obtenir à titre précaire une protection des droits du demandeur en référé, et ce même lorsque l'arbitrage est mis en place* »²⁹⁰. Il ressort encore des termes d'une ordonnance de référé rendue le 16 juillet 2007 par le président du Tribunal de première instance de Namur qu'« *une clause compromissoire qui imposerait à une demanderesse de solliciter le recours à l'arbitrage dans le cas de litiges opposant les parties, même ceux nécessitant une solution rapide, ne peut entraîner l'irrecevabilité d'une demande judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires par l'une des parties à la convention* »²⁹¹.

178. Force est de relever qu'il n'est plus de mise d'écrire que la jurisprudence n'aurait jamais établi la thèse de l'invalidité de la clause de renonciation à la saisine de la juridiction des référés²⁹².

²⁸⁶ Voy. l'exposé des motifs de la loi : Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl.* Ch., sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 24.

²⁸⁷ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p. 787.

²⁸⁸ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 235.

²⁸⁹ Comm. Liège, 10 mai 1994, *J.T.*, 1994, p. 638 ; Sentence finale de 1994, aff. 7589, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.*, Vol. 10, n° 1, 1999, p. 62.

²⁹⁰ Bruxelles, (1^{er} Ch.), 23 juin 1987, *R.G.*, pp. 49-87.

²⁹¹ Civ. Namur, 16 juillet 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1515.

²⁹² O. CAPRASSE, « Arbitrage et médiation », in *La jurisprudence de Code judiciaire* (sous la dir. de G. DE LEVAL), *op. cit.*, p. 37.

Chapitre 4. L'articulation entre le juge et l'arbitre d'urgence

179. La question de la subsidiarité ou de la complémentarité entre l'arbitre et le juge étatique n'est pas sans importance. En effet, les parties doivent-elles s'adresser en premier lieu à l'arbitre et, à défaut, au juge ou, à l'inverse, peuvent-elles s'adresser indifféremment tant au juge qu'à l'arbitre ? Nous nous demandons par là si la nature de la relation entre la juridiction étatique et privée est de nature collaborative ou plutôt concurrentielle. Lors de la phase pré-arbitrale, la question ne paraît a priori pas se poser étant donné que le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué. Néanmoins, l'importance consacrée à la justice étatique en la matière n'a pas empêché de voir fleurir une justice arbitrale de l'urgence. Avec les récentes évolutions et l'émergence de l'arbitre d'urgence, nul doute que la question se pose à présent.

180. Ce dernier chapitre soulève deux questions épineuses, car l'articulation entre le juge et l'arbitre est le nœud cornélien de notre étude. Dans un premier temps, nous nous demanderons quelle est la nature de la relation entre le juge et l'arbitre : collaboration ou confrontation ? Ensuite, dans un second temps, nous parlerons de la problématique du contournement unilatéral de la clause arbitrale dès lors que le juge intervient dans la procédure arbitrale.

Section 1. Collaboration ou confrontation ?

181. L'articulation entre l'intervention du juge provisoire et du tribunal arbitral lève de délicates questions. Il semble aisé de percevoir que la justice arbitrale n'est pas auto-suffisante. Le maintien d'un juge étatique reste alors nécessaire pour assurer l'efficacité de l'arbitrage²⁹³.

Sous-section 1. Collaboration

182. De prime à bord, nous opposons la juridiction étatique à la juridiction arbitrale. Aujourd'hui et surtout depuis l'adoption de la « Nouvelle Loi », il serait plus adéquat de mettre en exergue leur complémentarité plutôt que de les confronter. En effet, si une certaine appréhension pouvait transparaître à l'égard de la justice privée justifiant l'interventionnisme

²⁹³ 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* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), *op. cit.*, p. 754.

accru des juridictions étatiques, nous pouvons remarquer aujourd'hui une plus grande confiance envers l'arbitre et *a fortiori*, un interventionnisme des juges de plus en plus restreint. Le juge est à présent considéré plus comme « *un appui et un accompagnement essentiel à l'arbitrage* »²⁹⁴, aux fins d'apporter son assistance aux côtés de l'arbitre, mais sans toutefois lui prendre sa place²⁹⁵.

183. A priori, nous pouvons parler de complémentarité entre justice du provisoire et justice privée. Nombreux sont ceux qui se sont rendu compte qu'il fallait garantir une protection effective avant la constitution du tribunal arbitral²⁹⁶. La justice étatique et la justice privée sont, dans la majorité des cas, amenées à « *travailler en partenariat pour mener l'arbitrage en bonne fin* »²⁹⁷. En règle générale, c'est dans le cadre de la constitution et du fonctionnement du tribunal arbitral que le juge étatique est amené à intervenir afin de régler des litiges que l'arbitre ne peut résoudre lui-même²⁹⁸. C'est la raison pour laquelle l'accès à une protection provisoire étatique est conservé en présence d'une clause arbitrale. Cette complémentarité est d'ailleurs affirmée par les règlements internationaux d'arbitrage ainsi que par les législations étatiques²⁹⁹. Notamment en droit belge, le juge étatique pourra intervenir dans la composition du tribunal arbitral³⁰⁰. De plus, le juge a un rôle en matière de récusation et de remplacement de l'arbitre³⁰¹ ou encore dans le cadre d'un recours en annulation ou lors d'une procédure d'*exequatur*³⁰².

184. Cependant, il y a des situations dans lesquelles le juge se distancie de sa relation de partenariat pour avoir un réel contrôle sur la juridiction arbitrale. Dans ce cas-ci, le juge se voit comme un juge « contrôleur »³⁰³. Ce pouvoir de « contrôle » du juge d'appui et le temps particulièrement long durant la procédure de contrôle (prévue par l'ancien texte de la sixième

²⁹⁴ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 53.

²⁹⁵ H. HUYBRECHTS et I. VEROUGSTRAETE, « Relations avec les juges », in *Macht en onmacht van de arbiter. L'arbitre : pouvoirs et statut* (sous la dir de V. VAN HOUTTE), *op. cit.*, p. 325.

²⁹⁶ 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* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), *op. cit.*, p. 754.

²⁹⁷ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 55.

²⁹⁸ *Ibidem* ; G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *Rev. dr. int. comp.*, 2005, p. 17.

²⁹⁹ J.-Fr. TOSSENS, « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), *op. cit.*, p. 780.

³⁰⁰ Art. 1684 à 1689 du C. jud.

³⁰¹ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, pp. 61-70.

³⁰² O. CAPRASSE, « L'instance arbitrale et le temps », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 26.

³⁰³ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 55.

partie du Code judiciaire) ont longtemps été des obstacles à l'arbitrage, du moins concernant un arbitrage ayant son siège en Belgique³⁰⁴.

185. C'est dans le but de remédier à ces entraves et de rendre la Belgique plus attractive « à l'arbitrage et singulièrement à l'arbitrage international et (...) disposant d'une législation progressiste en matière d'arbitrage », en vue de « faire de notre pays un lieu attractif pour les arbitrages internationaux avec les retombées positives qui en résultent à la fois en termes de prestations de services de haut niveau intellectuel et d'incidences économiques et financières »³⁰⁵, que le législateur a adopté la « Nouvelle Loi »³⁰⁶.

186. La Nouvelle Loi s'inspire principalement de la loi type CNUDCI du 21 juin 1985³⁰⁷. Le législateur a voulu aligner notre législation sur les législations les plus avancées, bien qu'il a conservé certaines spécificités du droit belge³⁰⁸.

187. A la suite de la réforme de la sixième partie du Code judiciaire, les modalités de l'intervention du juge durant l'instance arbitrale ont été substantiellement revues, notamment par :

- la recherche d'une spécialisation des juges amenés à intervenir, au travers du rassemblement des procédures judiciaires dans les tribunaux de première instance des cinq cours d'appel du pays ;
- l'accélération de la procédure quand le juge étatique intervient en cours de procédure arbitrale ;
- le caractère non appelable des décisions prises en cas de procédure en annulation, ainsi que la possibilité de récupérer la sentence arbitrale via un

³⁰⁴ Pour reprendre les propos de G. BORN, « Business perceive international arbitration as providing a neutral speedy and expert dispute resolution process, largely subject to the parties' control, in a single, centralized forum, with internationally enforceable dispute resolution agreement and decisions », G. BORN, *International commercial arbitration*, vol. I, Londres, Kluwer Law International, 2009, p. 71.

³⁰⁵ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 6.

³⁰⁶ M. DAL, « La nouvelles loi sur l'arbitrage », *op. cit.*, p. 785 ; C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 54.

³⁰⁷ D'autres pays ont modifiés leur législation en s'inspirant en grande partie des dispositions de la loi type CNUDCI. C'est le cas avec les pays de l'Union européenne, notamment, de l'Allemagne, de l'Irlande, de l'Espagne, de l'Italie et de l'Autriche. Certains pays envisagent d'ailleurs de revoir leur législation nationale également sur base de la loi type CNUDCI. C'est notamment le cas des Pays-Bas (Voy. A. J. VAN DEN BERG, « *Voorstellen tot wijziging van het vierde boek (Arbitrage) – Artikelen 1020-1076 RV* », TvA, 2005, p. 65 et s.).

³⁰⁸ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 5.

renvoi devant le tribunal arbitral afin qu'il purge sa décision de ses motifs d'annulation³⁰⁹.

Sous-section 2. Confrontation

188. Nous venons de soulever ci-avant les hypothèses et les raisons dans lesquelles le juge est amené à intervenir lors de la procédure arbitrale. Nous avons pu constater que le juge et l'arbitre sont liés par une relation de collaboration dans le but de « *mener à bien le projet d'arbitrage* »³¹⁰.

189. Toutefois, existe-t-il des cas où le juge et l'arbitre ont une relation, non plus de partenaire, mais de concurrent ? Nous pensons plus précisément à l'hypothèse où une partie s'adresse au juge pour un litige qui, selon la convention d'arbitrage conclue entre les parties, devrait être soumis à l'arbitre. Le juge et l'arbitre se font face pour devenir le titulaire potentiel de la mission de trancher le différend³¹¹. Comment une telle impasse se résout-elle ?

190. L'article 1682, § 1^{er} du Code judiciaire traite de cette question. Selon C. DE BOE et M. BERLINGEN, « *la convention d'arbitrage, pour autant qu'elle soit valable, fait loi entre les parties. Le litige qu'elle concerne ne peut dès lors être soumis aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Le juge étatique saisi d'une cause soumise à l'arbitrage doit se déclarer sans juridiction* »³¹². Le législateur a apporté une correction au texte de feu l'article 1679.1 qui énonçait que le juge se déclarait « *incompétent* ». En effet, le différend n'est pas du pouvoir des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire : l'incident se qualifie donc de déclinatoire de juridiction³¹³ et non d'un déclinatoire de compétence³¹⁴.

191. Cette précision est pertinente pour l'éventuel recours contre la décision rendue sur le déclinatoire. Selon l'article 1050, alinéa 2 du Code judiciaire, l'appel contre une décision relative à la compétence ne peut être interjeté qu'avec l'appel contre le jugement définitif. Cet

³⁰⁹ C. DE BOE et M. BERLINGEN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 55.

³¹⁰ C. DE BOE et M. BERLINGEN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 71.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *op. cit.*, pp. 6-8.

³¹⁴ C. DE BOE et M. BERLINGEN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 71.

article ne s'applique pas à la décision statuant sur le pouvoir de juridiction du juge saisi, à savoir que celle-ci peut être formée dès son prononcé³¹⁵.

192. L'exception doit être soulevée par la partie qui s'en prévaut *in limine litis*³¹⁶ à la partie qui a négligé la présence de la convention d'arbitrage³¹⁷. Faute d'avoir opposé l'exception *in limine litis*, les parties sont présumées avoir renoncé à la convention d'arbitrage³¹⁸. Le déclinatoire n'étant pas d'ordre public, le juge ne peut le soulever d'office³¹⁹. L'incident est réglé par le juge lui-même, sans intervention du tribunal d'arrondissement³²⁰ (art. 639, al. 5, C. jud.) et sans possibilité de renvoi au juge compétent³²¹.

193. Nous nous posons alors la question du pouvoir d'appréciation du juge étatique saisi d'un déclinatoire de juridiction relative à la validité de la convention d'arbitrage. En effet, l'article 1682 du Code judiciaire mentionne que le juge doit se déclarer « *sans juridiction* », « *sauf si la convention d'arbitrage n'est pas valable ou a pris fin* »³²².

194. Il en ressort que le juge saisi d'un litige soumis à l'arbitrage, devant lequel est formé un déclinatoire de juridiction, doit examiner la validité de la convention d'arbitrage pour confirmer ou pour rejeter l'exception³²³. Si le juge conclut que ladite convention est valable, il se déclare sans pouvoir de juridiction ; si, au contraire, il estime que la convention est entachée d'une cause d'invalidité³²⁴, il est apte à trancher le différend sur le fond³²⁵³²⁶.

195. Le juge judiciaire possède ici³²⁷ un « *véritable pouvoir d'immixtion* »³²⁸, alors qu'en principe il est du ressort du tribunal arbitral de statuer sur son pouvoir de juridiction. En effet, au

³¹⁵ G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *op. cit.*, p. 8.

³¹⁶ L'article 1682 du Code judiciaire mentionne qu'elle soit soulevée « *avant toutes autres exceptions et moyens de défense* ».

³¹⁷ Pour des cas d'application, voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, pp. 188 et 189 ; Cass., 18 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 786 ; Gand, 29 février 2008, *R.D.J.P.*, 2008, p. 247 ; Comm. Gand, 13 novembre 2001, *T.G.R.*, 2002, p. 232.

³¹⁸ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », *in L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 72.

³¹⁹ Mons, 23 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 549.

³²⁰ Le tribunal d'arrondissement ne règle que les conflits entre les divers organes de l'ordre judiciaire.

³²¹ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », *in L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 72.

³²² *Ibidem*.

³²³ Sur les conditions de la validité de la convention d'arbitrage, voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et internationale*, *op. cit.*, pp. 57-143.

³²⁴ Dès lors qu'il est régulièrement saisi et qu'il se trouve territorialement et matériellement compétent.

³²⁵ Cass., 16 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2351 ; Cass., 15 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1597.

³²⁶ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », *in L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 73.

³²⁷ Au moment de la composition du tribunal arbitral, le juge saisi d'un litige par une partie n'est pas véritablement saisi d'un différend et est donc sans pouvoir pour apprécier la validité de la clause arbitrale. Voy. F. HENRY, « Les

vu du principe de la « *compétence-compétence* » énoncé par l'article 1690 du Code judiciaire, le tribunal arbitral est appelé à statuer lui-même sur sa compétence³²⁹.

196. Selon C. DE BOE et M. BERLINGIN, « *ce principe n'empêche cependant pas l'introduction par une partie du différend soumis à arbitrage devant le juge étatique, ce qui a pour effet de couper l'herbe sous le pied de l'arbitre en permettant au juge étatique de trancher lui-même la question du pouvoir de juridiction du juge privé, au regard de la validité de la convention d'arbitrage* »³³⁰. A l'inverse du droit français, le droit belge ne semble pas, à cet égard, donner de priorité à l'arbitre³³¹.

197. Force est de constater que lorsque le juge judiciaire est saisi par une partie, non dans le but de régler un incident durant la procédure, mais aux fins de statuer sur le différend en tant que tel, l'arbitre et le juge sont dans une relation, non plus de collaboration, mais de concurrence, au sein de laquelle le juge prévaut, « *eu égard au pouvoir qu'il détient de décider si le litige est régi par une convention d'arbitrage fondant le pouvoir de juridiction de l'arbitre qui est valable ou non* »³³².

Section 2. Le risque de contournement de la clause arbitrale

198. Dans la phase pré-arbitrale, le juge étatique pourrait être amené à prendre des mesures anticipatoires, mesures identiques à celles que pourrait prendre l'arbitre dans sa sentence finale. Le risque est qu'une telle mesure ordonnée par le juge satisfasse l'une des parties à tel point qu'elle abandonnera le tribunal arbitral, étant pleinement satisfaite au provisoire. C'est dans cette situation que surviendrait un risque, le contournement de la clause arbitrale³³³. Cela vaut particulièrement en droit français, car aucun texte n'oblige le bénéficiaire d'une mesure provisoire à s'adresser ensuite au tribunal arbitral sur le fond du litige³³⁴. Toutefois, depuis la

pouvoirs du juge d'appui dans le cadre de la procédure en nomination d'un arbitre », note sous Liège, 19 février 2008, J.L.M.B., 2008, pp. 1911-1912.

³²⁸ C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 73.

³²⁹ *Ibidem.*

³³⁰ *Ibidem.*

³³¹ *Ibidem.*

³³² *Ibidem.*

³³³ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 76.

³³⁴ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 296.

révision du règlement de la CCI de 2012, nous avons pu constater que la partie qui fait appelle à l'arbitre d'urgence doit introduire une demande d'arbitrage dans les dix jours³³⁵. Cette remarque pourrait cependant s'avérer exacte pour l'arbitrage belge qui, selon nous, ne prévoit pas de saisir le tribunal arbitral ultérieurement.

199. *De facto*, une telle mesure permet à la partie adverse d'échapper à l'obligation contractuelle de soumettre le fond du différend à un arbitre. La partie insatisfaite au provisoire pourra toujours prendre l'initiative de s'adresser à l'arbitre. Toutefois, il y aura dans ce cas un « *phénomène d'inversion de contentieux* », où elle se trouvera en position de demandeur, là où elle aurait dû être défendeur³³⁶.

200. Nous voyons bien se dessiner « *les effets pervers du système appliqué à l'arbitrage, car la demande de mesure provisoire adressée au juge étatique, avant la saisine de l'arbitre, va permettre au créancier d'obtenir rapidement satisfaction, au point même de rendre l'arbitrage au fond inutile et, de ce fait éliminer complètement la compétence arbitrale, au mépris de la volonté des parties* »³³⁷. « *Pour la partie perdante au provisoire, la mesure ainsi ordonnée représentera bien souvent un contournement de l'accord conventionnellement conclu* »³³⁸.

201. Depuis longtemps déjà, la Cour de cassation française a tenté de remédier à ce travers en décidant qu'en présence d'une clause d'arbitrage, une mesure de référé-provision ne peut être octroyée que si l'urgence est caractérisée. Cette solution présente une certaine logique, car elle limite considérablement le domaine : l'anéantissement de la convention d'arbitrage devra être justifié³³⁹.

³³⁵ Art. 1.6, appendix V.

³³⁶ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 296 ; A. HARRY, obs. sous C.A. Nancy, 23 mai 1995, *Rev. Arb.*, 1996, p. 663.

³³⁷ J.-P., ANGEL, « Commentaires et conclusions », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p. 116.

³³⁸ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 296.

³³⁹ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), *op. cit.*, p. 298.

Conclusion

202. Le sujet que nous venons de décortiquer est un sujet que l'actualité ne se dément pas. Il suffit pour s'en convaincre d'aller voir les récents règlements des institutions d'arbitrage et en particulier la plus importante d'entre elles, le Chambre de Commerce Internationale à Paris (CCI), pour remarquer que la majorité des règlements disposent aujourd'hui des dispositions nécessaires pour faire face à l'urgence avant même que le tribunal arbitral ne soit constitué. C'est le cas du règlement CCI, mais également celui du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), de l'Association Française d'Arbitrage (AFA), du Centre d'arbitrage international de Vienne (VIAC) ou encore du règlement suisse d'arbitrage international de l'Association des Chambres de commerce suisses³⁴⁰.

203. Sur le plan international, le besoin de prendre des mesures provisoires conditionnées par l'urgence avant même le début de l'instance arbitrale est en grande partie dû à un phénomène d'accélération des processus économiques et financiers³⁴¹. L'attente de la mise en place d'un tribunal arbitral s'accommode difficilement avec la nécessité de l'urgence requise dans le commerce international. La prise en compte de ces exigences a amené les centres d'arbitrage à prévoir des mécanismes permettant de prévenir un blocage de la situation avant même que le tribunal arbitral ne soit constitué. Par ailleurs, les pays ont aménagé leurs règles judiciaires afin que les tribunaux étatiques puissent prendre des mesures concrètes, fussent-elles provisoires³⁴². L'un des défis majeurs était de « *pouvoir faire appel dans des délais particulièrement brefs à des arbitres compétents certes, mais surtout disponibles pour la prise rapide de décisions* »³⁴³.

204. En Belgique, la réforme de 2013 de la législation belge sur l'arbitrage et du règlement du CEPANI a donc permis un gain de célérité dans la prise de décision de mesures provisoires en cas d'urgence avant la constitution du tribunal arbitral. La réforme est encore récente. Il conviendra d'en analyser le succès dans les années qui viennent. Nous pouvons remarquer un certain engouement pour l'arbitre d'urgence. Toutefois, son coût reste exorbitant : 40.000 euros pour un arbitrage d'urgence CCI³⁴⁴ : frais administratifs de 10.000 euros et honoraires de l'arbitre d'urgence de 30.000 euros, qui peuvent être augmentés. Par ailleurs, d'aucuns disent qu'aujourd'hui il y a une tendance à l'allongement des procédures arbitrales, alors que sa

³⁴⁰ G. KEUTGEN, « Préface », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 7.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Art. 7 appendix V du règlement CCI.

rapidité était un de ses atouts. Ceci peut notamment s'expliquer par les recours fréquents aux juridictions étatiques pour en freiner le déroulement ou en contester le résultat³⁴⁵. De plus, nous avons pu remarquer la controverse sur la nature de la décision rendue par l'arbitre d'urgence. Ce qui nous a permis de comprendre la nécessité de garantir l'accès au juge étatique, garant de l'efficacité optimale des mesures aux provisoires³⁴⁶.

205. Ces faiblesses placent l'arbitre en porte à faux. Nous pouvons nous demander si le risque n'est pas trop important pour une partie de déboursier une telle somme pour un arbitre non équipé de l'*imperium*. Cette faiblesse, soulevée par plusieurs praticiens, peut, selon nous, être facilement résolue en permettant notamment à l'arbitre de décider de la nature de sa décision³⁴⁷.

206. Malgré ces infirmités de l'arbitre d'urgence, il semble qu'au regard de certaines statistiques, il existe un certain attrait pour cette institution : 27 arbitrages d'urgence enregistrés par la SIAC depuis 2013, 28 pour l'ICDR depuis 2014 et 6 procédures pour la SCC³⁴⁸. Néanmoins, en Belgique, il apparaît que l'arbitre d'urgence n'est pas encore fort sollicité. Ceci risque très certainement de changer dans les années à venir, au vu des récentes mesures engagées par le législateur et le CEPANI aux fins de rendre l'arbitrage belge plus attractif³⁴⁹.

³⁴⁵ J.-Fr. TOSSENS, « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), *op. cit.*, p. 773.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ D. MATRAY et F. VIDTS, « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), *op. cit.*, p. 34 ; A. GHAFARI et E. WALTERS, « The emergency Arbitrator : The dawn of a New Age ? Arbitration International », in *Arbitration International. LCIA* (sous la dir. de W. PARK), *op. cit.*, p. 45.

³⁴⁹ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 6.

Bibliographie

Doctrine

AUDIT B., note sous Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 764.

AZZALI S., BESSON S., CARLEVARIS A., CHAINAIS C., JARROSSON C., KEUTGEN G., MATRAY D., REINER A., TERCIER P. et VIDTS F., *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 195 p.

AZZALI S., « Avant-propos », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 11-14.

BAHMAEL M.-A., *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : droits français, anglais et suisse*, Paris, L.G.D.J., 2002, 370 p.

BERNARD A., *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1937, 600 p.

BESSON S., « Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 37-61.

BORN G., « Provisional Measures in International Arbitration », in *International Arbitration* (sous la dir. de X.), The Hague, Kluwer law international, 2009, pp. 1948-1949.

BORN G., *International commercial arbitration*, vol. I, Londres, Kluwer Law International, 2009.

BOULARBAH H., « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et voies de recours », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT), Jeune Barreau, Bruxelles, 2003, pp. 68 et s.

BOULARBAH H. et TATON X., « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme au référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes), principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche*

d'efficacité (sous la dir. de G.-A. DAL), Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles tenue à Bruxelles le 5 octobre 2006, Jeune Barreau, Bruxelles, 2006, pp. 7 et s.

BOULARBAH H., « Les procédures parallèles et les tiers », in *L'arbitrage et les tiers*, Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 149 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* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 753-768.

CALAMANDREI P., « Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari », in *Opere giuridiche* (sous la dir. M. CAPPELLETTI), Naples, Morano, 1965, pp. 147-255.

CAMBIER C., *Droit judiciaire civil, t. II La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, 870 p.

CAPRASSE O., « La sentence arbitrale », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), Liège, Larcier, 2002, pp. 221-259.

CAPRASSE O., « Référé et arbitrage dans les litiges issus de la vie des sociétés », in *Les sociétés et l'arbitrage* (sous la dir. de O. CAPRASSE), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 48 et s.

CAPRASSE O. et DE MEULEMEESTER D., « De arbitrale uitspraak », in *La sentence arbitrale*, (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 30 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 43 et s.

CAPRASSE O., « Les grands arrêts de la cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, pp. 137-169.

CAPRASSE O., « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), CUP, volume 15, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 402 et s.

CAPRASSE O., « L'instance arbitrale et le temps », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19-52.

CASTINEIRA E., « The emergency arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2012, n° 65.

CHAINAIS C., *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, 2007, 946 p.

CHAINAIS C. et JARROSSON C., « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014 pp. 61-93.

CHAINAIS C., « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir. de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 281-330.

CHARLES DE SECONDAT BARON MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes de Montesquieu: précédées de la vie de cet auteur*, Volume 6, Paris, De l'imprimerie de Crapelet, 1860, p. 196.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Naples, Jovene, 1933, 386 p.

CLOSSET MARCHAL G., *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, 466 p.

CLOSSET-MARCHAL G., « Le juge étatique et l'instance arbitrale », *J.T.*, 2010, pp. 245 et s.

CUNIBERTI G., note sous Cass. fr., 2^{ème} Civ., 12 octobre 2006, *Rev. Arb.*, 2008, pp. 430 et s.

DAL M., « La nouvelles loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, pp. 785 et s.

DAL M., « Le nouveau règlement d'arbitrage du CEPANI », *J.T.*, 2013, pp. 349 et s.

DE BOE C. et BERLINGIN M., « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 53-74.

DE BOISSESON M., *Le droit français de l'arbitrage*, GLN-éditions, Paris, 1990, 1131 p.

DE BOURNONVILLE P., « Droit judiciaire. L'arbitrage », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 132 et s.

DECOKER J., « Kortgending en arbitrage in drie stappen », note sous Comm. Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 86 et s.

DELEAUME G., « ICSID Arbitration Proceeding : Practical Aspects », *Pace law Rev.*, 1985, pp. 563-589.

DE LEVAL G., « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in *L'arbitrage. Travaux offerts au Professeur Fettweis* (sous la dir. de L. MATRAY, G. DE LEVAL et A. FETTWEIS), Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 111 et s.

DE LEVAL G., « Le référé en droit judiciaire privé », *Act. dr.*, 1992, pp. 852 et s.

DE LEVAL G., « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 470 et s.

DE LEVAL G., « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement de conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, pp. 185 et s.

DE LEVAL G., « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *Rev. dr. int. comp.*, 2005, pp. 17 et s.

DE MEULEMEESTER D., « Voorlopige maatregelen in arbitrage », in *De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking* (sous la dir. de M. PIERS), Anvers, Intersentia, 2014, pp. 73 et s.

DEMEYRE L., « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », *R.W.*, 1999, pp. 856-867.

DEMEYRE 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* (sous la dir. de P. WAUTELET, TH. KRUGER et G. COPPENS), Oxford, Hard Publishing, 2012, pp. 87 et s.

DERMINE L., *L'arbitrage commercial en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1975, 132 p.

FAVOREU L., *Du déni de justice en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1965, 583 p.

FETTWEIS A., *Manuel de procédure civile*, éd. Coll. Fac. De droit de Liège, Liège, 2^{ème} éd., 1987, 769 p.

FONCK V., « Bewijsvoering in arbitrage », in *De nieuw arbitragewet 2013 – Essentiële bepalingen en hun praktische werking*, (sous la dir. de M. PIERS), Intersentia, Anvers-Cambridge, 2013, pp. 74-107.

FOUCHARD P., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 95-115.

GAILLARD E., note sous C.A. Rennes, 26 oct. 1984, *Rev. arb.*, 1985, pp. 439-456.

GAILLARD E., note sous Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Droit maritime français*, 1987, pp. 697-706.

GAILLARD E. et DE LAPASSE P., « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, n° 3, 2011, pp. 175 et s.

GEISINER E., « Les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisoires », *SJ 2005 II*, 2005, pp. 375-396.

GHAFFARI A. et WALTERS E., « The emergency Arbitrator : The dawn of a New Age ? Arbitration International », in *Arbitration International. LCIA* (sous la dir. de W. PARK), volume 30 Issue 1, 2014, pp. 153-168.

HANOTIAU B., « Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », in *Liber Amicorum Lucien Simont* (sous la dir. de X.), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 301 et s.

HANOTIAU B., *Complex Arbitrations, Multi-party, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, 385 p.

HANOTIAU B., « Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis », in *La sentence arbitrale* (sous la dir. de O. CAPRASSE et G. KEUTGEN), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 30 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 27 et s.

HENRY F., « Les pouvoirs du juge d'appui dans le cadre de la procédure en nomination d'un arbitre », note sous Liège, 19 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1911-1912.

HORRY A., obs. sous C.A. Nancy, 23 mai 1995, *Rev. Arb.*, 1996, pp. 663 et s.

HORSMANS G., « La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1999, pp. 523 et s.

HORSMANS G. et DE CORDT Y., « Le recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, (sous la dir. de P. VAN OMMESLAGHE), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 532-569.

HORY A., note sous C.A. Versailles, 8 oct. 1998, *Rev. arb.*, 1999, pp. 58-70.

HUYBRECHTS M. et VEROUGSTRAETE I., « Relations avec les juges », in *Macht en onmacht van de arbiter. L'arbitre : pouvoirs et statut* (sous la dir de V. VAN HOUTTE), Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 350 et s.

JARROSSON C., note sous Cass. Fr. (1ère ch. Civ.), 18 novembre 1986, *Rev. arb.*, 1987, pp. 315 et s.

JARROSSON C., « Réflexions sur l'*imperium* », in *Mélanges offerts à Pierre Bellet* (sous la dir. de P. DRAI), Paris, Litec, 1991, pp. 245-279.

JARROSSON C. et PELLERIN J., « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, n° 13, pp. 14 et s.

KEUTGEN G. et DAL G.-A., *L'arbitrage en droit belge et internationale*, T. I – Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, 816 p.

KEUTGEN G., « L'arbitrage et la mondialisation du commerce », *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 2010, pp. 240 et s.

KEUTGEN G., « Préface », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7-11.

MARCHAIS B.-P., « Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage CIRDI », *Droit et pratique du commerce internationale*, 1988, n° 2, pp. 275-304.

MATRAY D. et MATRAY G., « La rédaction de la convention d'arbitrage », in *La Convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats* (sous la dir. de D. MATRAY), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 21-77.

MATRAY D. et MATRAY G., « Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) », *B-Arbitra*, 2013/1, pp. 45 et s.

MATRAY D. et VIDTS F., « Introduction générale », in *L'arbitre international et l'urgence* (sous la dir. de FRANCARBI), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 17-37.

MIGNOLET O., *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, 218 p.

MOURRE A., « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Palais*, 2001, pp. 641 et s.

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* (sous la dir. de D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS), Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 47 et s.

OPPETIT B., « Justice étatique et justice arbitrale », in *Mélanges offerts à Pierre Bellet*, (sous la dir. de P. DRAI), Paris, Litec, 1991, pp. 415-426.

OUAKRAT Ph., « L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : étude générale », *Droit et pratique du commerce international*, 1988, n° 2, pp. 239-271.

PLUYETTE G., « Une vue française », in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international* (sous la dir. de S. BOSTANIJ, F. HORCHANI et S. MANCIAUX), Paris, Chambre de commerce international, 1993, pp. 81-103.

POUDRET J.-F. et BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Paris, L.G.D.J., 2002, 1190 p.

PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Naples, Jovene, 1991, 456 p.

TOSSENS J.-Fr., « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), Bruylant, Bruxelles, 2012.

TOSSENS J.-Fr., « Le nouveau règlement d'arbitrage du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) », *Rev. arb.*, 2013, pp. 1089-1102.

SERAGLINI C. et ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, 960 p.

SIMONT L., « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel* (sous la dir. de J. VAN DEN HEUVEL), Anvers, Kluwer, 1999, pp. 205-228.

STORME M., « Grondbeginselen bij de totstandkoming van de overeenkomst tot arbitrage », in *actes du colloque du Capani tenu à Bruxelles le 7 mars 1973*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 2 et s.

STORME M., « Aspects importants du droit arbitral belge », *Rev. dr. int. dr. Comp.*, 1976, pp. 116 et s.

Taelman P., « De arbiters en hun bevoegheden », *T.P.R.*, 1999, pp. 1709 et s.

VAN COMPERNOLLE J., « L'application des garantis 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. 386-397.

VAN COMPERNOLLE J., « Arbitrage et juge étatique : brèves observations sur l'assistance des tribunaux en matière de preuve », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage* (sous la dir. de M. FLAMEE et P. LAMBRECHT), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 787 et s.

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* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 189-203.

VAN COMPERNOLLE J., VAN DROOGHENBROECK J.-Fr. et SALETTI A., *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 482 p.

VAN DEN BERG A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958 : towards a uniform judicial interpretation*, Anvers/Boston/Londres, Kluwer law and taxation, 1981, 480 p.

VAN DEN BERG A. J., « Voorstellen tot wijziging van het vierde boek (Arbitrage) – Artikelen 1020-1076 RV », TvA, 2005, p. 65 et s.

VAN DROOGHENBROECK J.-Fr., « Le référé-provision entre parties liées par une convention d'arbitrage », obs. sous Mons, 10 avril 1996, *R.G.A.R.*, 1998, 12.952.

VAN DROOGHENBROECK J.-Fr., « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 1307 et s.

VAN DROOGHENBROECK J.-Fr., « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique* (sous la dir de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 203-241.

VAN HOUTTE H., « De rol van de rechter tijdens de arbitrale procedure », *R.W.*, 1992-1993, pp. 522 et s.

VAN HOUTTE H. et VALGAERENS E., « De exequatur van arbitrage uitsparken », *R.D.C.*, 1997, pp. 275 et s.

VAN HOUTTE V., « Deskundigenonderzoek en andere onderzoeksmaatregelen », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, (sous la dir. du CEPANI), Actes du colloque CEPANI tenu à Bruxelles le 12 novembre 2009, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 165 et s.

VERBIST H., « Draagwijdte van het arbitragebeding ten aanzien van derden », in *L'arbitrage et les tiers* (sous la dir. de X.), Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 27 et s.

YESILIRMARK A., *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, pp. 175-176.

ZIADE R., « Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents* (sous la dir. de C. LEBEN), Paris, LGDJ/Anthemis, 2009, pp. 182-206.

X., *L'arbitrage et les tiers*, Actes du colloque du CEPANI tenu à Bruxelles le 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, 288 p.

Législation

Belge

C. jud., art. 19, 639, 877, 1050, 1395, 1414, 1679, 1677, 1679, 1682, 1683, 1690, 1691, 1692, 1696, 1699, 1697, 1694, 1700, 1709, 1717.

L. du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263.

Projet de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch. Repr.*, sess. ord., 1997-1998, n° 1374-1 du 19 janvier 1998.

Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001.

Rapport sur la réforme du Code judiciaire, Supplément, *Pasin.*, 1967, p. 442.

Française

Décret 2011

Art. 7 appendix V du règlement CCI.

Internationale

Convention du 18 mai 1965 instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, signée à Washington le 18 mars 1965, approuvée par la loi du 14 octobre 1966.

Règlement 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO*, 2012, L. 351/1.

Jurisprudence

Belge

Cass., 18 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 786.

Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, 1987, p. 1160.

Cass., 2 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 2.

Gand, 30 juin 1962, *R.P.S.*, 1964, p. 84.

Liège, 18 avril 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 200.

Bruxelles, (1^e Ch.), 23 juin 1987, *R.G.*, pp. 49-87.

Mons, 23 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 549.

Cass., 15 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1597.

Cass., 16 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2351.

Gand, 29 février 2008, *R.D.J.P.*, 2008, p. 247.

Comm. Liège, 10 mai 1994, *J.T.*, 1994, p. 638.

Comm. Gand, 13 novembre 2001, *T.G.R.*, 2002, p. 232.

Civ. Malines, 29 octobre 1959, *R.W.*, 1959-1960, col. 748.

Civ. Oudenaarde, 1^{er} mars 1962, *R.W.*, 1962-1963, col. 1356.

Civ. Namur, 16 juillet 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1515.

Française

Comm. Saint-Nicolas, 8 juillet 1963, *Pas.*, 1964, III, p. 94.

Civ. Seine, 7 mars 1951, *J.C.P.*, 1951, II, n° 6178.

Civ. 3^e, 7 juin 1979, *Bull. civ.*, III, n° 122.

Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Rev. arb.*, 1989, pp. 653-667.

Internationale

Holiday Inns c. Maroc, aff. CIRDI ARB/72/1, 1972.

Cour d'appel fédérale américaine, 3^e circuit, 8 juill. 1974, *Mac Greary Tire and Rubber Co v. CEAT SpA*.

Victor Pey Casado c. République du Chili, aff. CIRDI ARB/98/2, 1998.

Sentence finale de 1994, aff. 7589, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.*, Vol. 10, n° 1, 1999, p. 62.

Bifwater Gauff Ltd c. Tanzanie, aff. CIRDI ARB/05/22, ordonnance de procédure n° 1 du 31 mars 2006.

Cour eur. D.H., arrêt Micallef c. Malta du 15 octobre 2009.

Table des matières

Introduction	1
Chapitre 1. Définitions	3
Section 1. L'arbitre d'urgence	3
Section 2. Les mesures provisoires	4
§1. Les mesures provisoires susceptibles d'être adoptées par un tribunal arbitral.....	5
§2. Les mesures provisoires échappant au tribunal arbitral.....	7
Chapitre 2. L'arbitre d'urgence	12
Section 1. Le risque de déni de justice	12
Section 2. Le pouvoir de l'arbitre d'urgence de prononcer des mesures provisoires	14
Sous-section 1. La compétence de l'arbitre d'urgence.....	15
Sous-section 2. Les limites	17
§1. La compétence concurrente des juridictions étatiques.....	17
§2. Les limites de la justice privée.....	19
§3. Les exclusions conventionnelles	21
Section 3. Les conditions d'ordre procédural	23
Sous-section 1. L'urgence	23
Sous-section 2. Le principe dispositif.....	24
Sous-section 3. Le caractère contradictoire de la procédure	25
Sous-section 4. L'obligation de diriger la mesure contre une partie à la procédure.....	26
Sous-section 5. La nécessité pour les arbitres de faire preuve d'impartialité et la préserver	28
Section 4. La décision prise par le tribunal arbitral statuant sur des mesures provisoires	30
Sous-section 1. La nature de la décision	30
§1. Sentence ou ordonnance ?.....	30
§2. Les motifs de refus.....	32
Sous-section 2. L'autorité de la décision.....	33
Sous-section 3. La reconnaissance et l'exécution de la décision	36
Chapitre 3. Le juge dans la phase pré-arbitrale	38
Section 1. Le droit d'accès à une protection provisoire étatique ante causam en cas d'urgence	38
Sous-section 1. Les règlements internationaux d'arbitrage.....	38
Sous-section 2. Les législations étatiques	39
§1. Législation belge.....	39

§2. Législation française	40
Section 2. Les limites à l'intervention des juridictions étatiques	44
Sous-section 1. Exclusion résultant de la loi ou du règlement d'arbitrage.....	44
Sous-section 2. Exclusion conventionnelle.....	46
Chapitre 4. L'articulation entre le juge et l'arbitre d'urgence	51
Section 1. Collaboration ou confrontation ?	51
Sous-section 1. Collaboration	51
Sous-section 2. Confrontation	54
Section 2. Le risque de contournement de la clause arbitrale	56
Conclusion	58
Bibliographie	60

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

