

Le rôle du juge d'appui avant et pendant l'instance arbitrale

Mémoire réalisé par
Pierre-Alexandre Bosman

Promoteur
Denis Philippe

Année académique 2014-2015
Master en droit

**Avec mes remerciements à
mon promoteur Monsieur
Denis Philippe ainsi qu'à
Messieurs Marc Dal,
Bernard Hanotiau et Steve
Callens pour avoir accepté
une interview.**

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>.

Table des matières

Introduction	9
Titre 1 : Le concept du juge d'appui	11
Chapitre 1: Notions.....	11
Chapitre 2: Une compétence générale d'appui ?.....	12
Chapitre 3: L'importance du recours au juge d'appui.....	13
Titre 2 : Le rôle du juge d'appui avant l'instance arbitrale	15
Chapitre 1: L'arbitre d'urgence.....	15
Section1: Une procédure émergente.....	15
Section 2: L'enjeu de l'arbitre d'urgence.....	16
Section 3: Le règlement de la Chambre de Commerce Internationale.....	16
Section 4: La nature de la décision de l'arbitre d'urgence.....	17
Section 5: Une différence de traitement entre la mesure ordonnée par l'arbitre d'urgence et la mesure provisoire octroyée par l'arbitre une fois le tribunal constitué ?.....	18
Section 6: La nature volontaire de l'exécution de l'ordonnance.....	19
Section 7: Le recours au juge des référés.....	19
Section 8 : Bilan de la réforme.....	20
Chapitre 2: Le potentiel recours au président du tribunal de première instance s'agissant de la nomination de l'arbitre.....	21
Section 1: Principe.....	21
Section 2: Situation de blocage en l'absence de procédure de nomination conventionnellement établie.....	22
Section 3: Situation de blocage malgré une procédure de nomination conventionnellement établie.....	22
Chapitre 3 : L'intervention du juge sur la compétence de l'arbitre.....	23
Section 1: L'arbitre se déclare compétent.....	23
Section 2: L'arbitre se déclare incompétent.....	24
Section 3: Déclinatoire de compétence devant le juge.....	24
Titre 3 : Le rôle du juge d'appui durant l'instance arbitrale	25
Chapitre 1: Les mesures d'instruction.....	25
Section 1: Principes généraux.....	25
Section 2: Les différentes mesures d'instruction.....	26
A. La commission rogatoire.....	26
B. L'expertise.....	27
C. Production de documents.....	28
1.Le document est détenu par une partie.....	29
2.Le document est détenu par un tiers.....	29
D. Comparution personnelle des parties.....	30
E. Vérification d'écriture.....	31
Chapitre 2 : L'interaction entre le juge étatique et l'arbitre en matière de preuve.....	31
Section 1: Opportunité de l'établissement préalable d'un régime de preuve.....	31
Section 2: L'admissibilité et la force probante de la preuve.....	32
Section 3: Le pouvoir du tribunal arbitral en matière de preuve.....	33
Section 4: L'article 27 de la loi type CNUDCI: L'assistance des tribunaux étatiques en matière de preuve.....	34
A. La base juridique pertinente.....	34

B. L'autorisation du tribunal arbitral.....	35
C. L'appréciation du juge	35
D. La preuve préalable à l'instance arbitrale.....	36
E. Controverse sur l'assistance d'un juge relevant d'une juridiction étrangère au lieu de l'arbitrage.....	36
Chapitre 3: L'intervention du juge étatique dans le cadre des mesures provisoires ou conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage	37
Section 1: Analyse du droit belge.....	38
A. Le droit en vigueur	38
1. Définitions	38
2. Principes applicables	40
3. Conditions d'octroi	41
4. Le pouvoir d'astreinte de l'arbitre.....	42
B. L'articulation entre l'arbitre et le juge en matière de mesure provisoire.....	43
1. Les sources de la complémentarité entre le juge d'appui et l'arbitre.....	43
1.1 Les sources internationales	43
1.2. Les règlements d'arbitrage et la controverse sur la nature de la relation entre le juge d'appui et l'arbitre	44
2. Les sources nationales	45
3. La thèse de la subsidiarité <i>de facto</i> en droit belge	46
C. L'exclusion du recours au juge ou à l'arbitre.....	49
1. L'exclusion du pouvoir arbitral de prononcer des mesures provisoires	49
2. L'exclusion du recours au juge pour ordonner des mesures provisoires	50
D. Analyse comparative entre le système adopté par la loi type C.N.U.D.C.I et le droit belge	53
1. La définition d'une mesure provisoire.....	53
2. Compétence de l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires	54
3. La compatibilité de la saisine du juge avec une convention d'arbitrage	55
4. Les conditions d'octroi.....	56
5. Les mesures provisoires unilatérales.....	57
6. La révision de la décision arbitrale	59
7. La notification d'un changement de circonstances.....	60
8. La responsabilité du demandeur de la mesure provisoire	60
E. La reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires.....	60
F. Les motifs du refus du juge de la reconnaissance ou de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires	62
Chapitre 4: Analyse comparative avec le droit français.....	63
A. L'absence de recours au juge après la constitution du tribunal arbitral.....	64
B. L'intervention du juge avant la constitution du tribunal arbitral.....	66
1. Le juge des référés permettrait-il à une partie de se détourner de la convention d'arbitrage?	66
2. Le cas du référé provision	67
2.1 Principe.....	67
2.2. Conditions	67
2.3 Piste de réflexion.....	68
Chapitre 5 : Comparaison entre le règlement CEPANI et le règlement C.C.I.....	69
Chapitre 6: L'intervention du président tribunal de première instance en cas de carence ou d'incapacité de l'arbitre.....	71
Chapitre 7: La présence du juge d'appui dans une procédure de récusation de l'arbitre	72
Section 1: Principes	72

Section 2: La procédure de récusation d'un arbitre	72
Chapitre 8 : Le rôle du juge dans la fixation du délai de la sentence	74
Conclusion	75
Bibliographie	77

Introduction

Ce mémoire ne pourrait pas être plus d'actualité. En effet, la sixième partie de notre Code judiciaire a fait récemment l'objet d'une importante refonte par le biais de la loi du 24 juin 2013. En outre, le Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation (CEPANI) a également introduit un nouveau règlement d'arbitrage entré en vigueur au premier janvier 2013. Ce mémoire sera l'occasion d'opérer une analyse actualisée des modifications ou ajouts qui ont été apportés et ce, notamment en matière de mesures provisoires et du rôle du juge d'appui dans le cadre d'une procédure arbitrale.

S'il est correct d'affirmer que notre nouvelle législation en matière d'arbitrage s'est largement inspirée de la loi type CNUDCI, nous verrons qu'il existe néanmoins certaines différences qui persistent entre les deux régimes, notamment en matière de mesures provisoires. Le fait que le droit belge s'est fortement inspiré de la loi type CNUDCI expliquera que nous ferons souvent des liens avec certaines décisions rendues à travers le monde, lorsque celles-ci font référence à la loi type CNUDCI en matière d'assistance des juridictions étatiques. Cette jurisprudence internationale permettra d'aiguiser notre réflexion en profondeur sur une problématique précise, et qui nous paraît totalement pertinente, eu égard au parallèle existant entre la sixième partie du Code judiciaire belge et la loi type.

Par ailleurs nous procéderons tout au long de l'exposé à une analyse de droit comparé avec les différents droits nationaux européens. A ce sujet, nous aurons l'occasion de souligner l'importante fracture entre le droit français et le droit belge, que vient confirmer le récent décret français du 13 janvier 2011 réformant l'arbitrage. En effet, nous verrons que si en droit belge, le juge garde son rôle d'appui même après la constitution du tribunal arbitral, tel n'est pas ce qui est formellement prévu par le droit français.

Afin d'avoir une vue d'ensemble claire et cohérente, nous ferons des parallèles entre les différents règlements d'arbitrages, que ce soit le règlement de la Chambre de Commerce Internationale, le règlement du Centre belge d'arbitrage et de médiation, ou encore le règlement de l'American Arbitration Association pour ne citer qu'eux. Le but étant de souligner soit les similarités soit les différences au niveau du rôle accordé au juge d'appui.

La finalité de ce mémoire est claire. En premier lieu, il s'agit d'avoir un exposé exhaustif des cas d'intervention du juge avant la procédure arbitrale et pendant la procédure arbitrale à l'aune des récentes réformes qu'a connu le droit de l'arbitrage. Cela permettra au lecteur d'avoir une vue d'ensemble actualisée sur la problématique. Ainsi, après avoir précisé la portée du concept "juge d'appui", nous parlerons de la procédure impliquant un arbitre d'urgence avant la constitution du tribunal arbitral, en opérant le parallèle avec le recours au juge des référés. Nous évoquerons également les hypothèses où le juge pourrait être amené à intervenir au niveau de la nomination des arbitres ou en cas de contestation d'une partie de la décision d'un arbitre statuant sur sa propre compétence. L'intervention du juge dans le cadre d'une récusation, dans le cadre de la fixation du délai de la sentence ou en cas de carence de l'arbitre sera également discutée. Par ailleurs, nous indiquerons les différentes mesures d'instruction que peut prendre l'arbitre et à *contrario* les mesures qui devront nécessairement passer par le juge d'appui.

Nous analyserons également les mesures provisoires ou conservatoires. Cette analyse constituera le chapitre le plus important. La raison est simple: pour déterminer quel est et quel devrait être le rôle du juge d'appui dans l'arbitrage, il nous faut comprendre et délimiter la sphère d'action des arbitres s'agissant de mesures urgentes permettant de maintenir le *statut quo*.

Ensuite, il s'agira de mettre en lumière les cas de controverse, les différentes thèses qui sont soutenues en doctrine, notamment en matière d'articulation entre l'arbitre et le juge d'appui, et quelle thèse nous semble la plus appropriée.

Le rôle du juge étatique se situe-t-il dans un cadre de complémentarité ou de subsidiarité avec le tribunal arbitral? La réponse est-elle la même dans les différents droit nationaux ou règlements d'arbitrages ?

Nous voyons d'ores et déjà que, bien que nous analyserons les cas d'intervention concrets du juge d'appui, nous tenterons de prendre de la hauteur et d'opérer une réflexion plus profonde sur la nature de l'interaction entre l'instance étatique et la justice privée. Est-on sûr que le maintien d'un certain recours étatique, de par notamment l'incapacité de l'arbitre à prendre certaines mesures, constitue la meilleure solution? N'est-ce pas contraire à la volonté des parties de se soustraire à la justice étatique ?

Titre 1 : Le concept du juge d'appui

Chapitre 1: Notions

Il convient dans un premier temps d'analyser la portée du concept qui traversera l'ensemble de ce mémoire. Le but n'est pas d'analyser directement les cas concrets d'intervention, mais plutôt d'aborder notre problématique sous un angle plus général en vue de le préciser au fil de l'ouvrage.

Le rôle du juge d'appui fait référence à la procédure judiciaire d'appui à l'arbitrage. En effet, il se peut que l'arbitre se trouve confronté à certaines situations de blocage, soit en raison des circonstances d'espèce, soit tout simplement parce qu'il ne dispose pas des mêmes compétences que le juge. C'est pourquoi ce dernier viendra jouer un rôle d'appui tant au niveau de la constitution qu'au niveau du fonctionnement du tribunal arbitral.¹

Notre droit de l'arbitrage a connu récemment une importante réforme par le biais de la loi du 24 juin 2013 sur l'arbitrage, entrée en vigueur le 1er septembre 2013². Des modifications avaient déjà été apportées à la sixième partie du Code judiciaire, avec en particulier la loi du 19 mai 1998³. Néanmoins, le législateur aspirait à une modernisation profonde du droit belge de l'arbitrage en prenant comme base la loi type.⁴ Inspirée de la loi type CNUDCI, la loi comprend certains points intéressants s'agissant de l'articulation entre le juge judiciaire et l'arbitre. En effet, conformément à l'article 55 §2 de la nouvelle loi, les procédures judiciaires sont désormais regroupées "*au sein des cinq tribunaux de première instance du siège des cinq cours d'appel du pays*".⁵ Cela vise notamment à garantir une plus grande spécialisation et une plus grande efficacité de nos tribunaux de l'ordre judiciaire dans l'optique d'assurer l'appui du

¹ G. DE LEVAL, " L'arbitre et le juge étatique: Quelle collaboration ?", *Rev. dr. intern. comp.*, 2005, p. 17

² Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code Judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263

³ Loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code Judiciaire relatives à l'arbitrage, *M.B.*, 7 aout 1998, p. 25353

⁴ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.190; Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985 avec les amendements adoptés en 2006), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

⁵ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T.*, 2013, p.786

juge de manière optimale. Cela relève de l'idée d'une concentration du contentieux lié à l'arbitrage.⁶ Il s'agit donc des tribunaux de Bruxelles, Liège, Mons, Anvers et Gand.

De plus le législateur a prévu une série de dispositions au sein du Code Judiciaire afin d'organiser légalement les mesures provisoires et conservatoires, ce qui permet d'apporter une plus grande clarté sur les mesures pouvant être prises et selon quelles formalités.⁷

Chapitre 2: Une compétence générale d'appui ?

Nous pensons pouvoir trouver l'affirmation dans l'article 1680 du Code Judiciaire, que le législateur a donné une compétence générale au juge d'appui en cas de blocage dans la procédure arbitrale.⁸ Le parallèle est ici intéressant à faire avec la loi française. En effet, de manière analogue au droit belge, le législateur français a consacré le principe général de la compétence du juge d'appui, notamment par le nouveau décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.⁹ Dans tous les cas où se produisent certaines difficultés, voire où survient une situation de blocage, c'est le juge d'appui qui tranchera.¹⁰ Néanmoins, tempérons cette affirmation pour la raison que cette compétence générale se situe dans le cadre de la constitution du tribunal au niveau du droit français.

En Belgique, le législateur a également indiqué les différents cas où le juge serait amené à intervenir, par exemple en matière de preuve, de manière analogue à ce qui est prévu en droit allemand.¹¹

⁶ *Ibidem*, p.787

⁷ *Ibidem*, p.786

⁸ Article 1680 §5 C.J: "*Sauf dans les cas visés aux §§ 1er à 4, le tribunal de première instance, est compétent. Il statue, sur citation, en premier et dernier ressort.*"

⁹ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, " Information et document, présentation du décret du 13 Janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage", *R.D.I.D.C*, 2011, p.390

¹⁰ Article 1454 CPC : "*Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui.*"

¹¹ Voyez en ce sens: 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 195; Art 1680 §4 C.J : "*Le président du tribunal de première instance statuant comme en référé prend toutes les mesures nécessaires en vue de l'obtention de la preuve.*" ; Art. 1050 de la loi sur l'arbitrage en Allemagne.

Chapitre 3: L'importance du recours au juge d'appui

De manière plus générale, le rôle du juge d'appui sera plus important dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* où il sera amené à devoir le cas échéant intervenir tant avant, que pendant l'instance arbitrale. En effet, les conventions d'arbitrage se référant à une institution arbitrale laissent une grande partie des éventuels incidents être résolus par l'institution.¹²

Notons que si le recours au juge d'appui peut s'avérer dans certains cas extrêmement utile (saisie conservatoire, mesure à l'égard de tiers etc), les parties préféreront le plus souvent coopérer et solliciter des mesures provisoires auprès de l'arbitre. L'arbitre étant celui qui rend la sentence arbitrale finale, il est logique que les parties désirent ne pas mettre des " bâtons dans les roues" de l'arbitre lorsque celui-ci est à même de prendre la décision recherchée.¹³

De plus, il ne faut pas oublier que l'arbitre dispose de certains moyens permettant de ne pas devoir toujours appeler au secours le système étatique. En effet, prenons simplement l'exemple d'une partie qui lance une procédure arbitrale contre une partie défenderesse. Celle-ci, convaincue de son bon droit, pourra exiger que l'arbitre prenne une mesure provisoire consistant à ordonner à la partie demanderesse de donner en garantie une certaine somme d'argent destinée à garantir les frais de procédure de la partie adverse. L'arbitre pourrait dans cette hypothèse, tout bonnement stopper la procédure en cas de mauvaise volonté de la partie demanderesse.¹⁴ Par ailleurs, notons qu'en cas de défaut de coopération, l'arbitre pourrait prendre toutes les déductions qui s'imposent.¹⁵

¹² G-A DAL, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 798

¹³ A. REINER « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral » *in L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.93

¹⁴ *Ibidem*, p.132

¹⁵ Voyez la décision arbitrale en ce sens : Affaire CCI n°08694, 1997

Titre 2 : Le rôle du juge d'appui avant l'instance arbitrale

Comme nous l'analyserons dans la suite de ce mémoire, la question de subsidiarité ou de complémentarité entre l'arbitre et le juge n'est pas dénuée de sens. En effet, la partie demanderesse doit-elle s'adresser en premier lieu à l'arbitre et à défaut au juge, ou au contraire peut-elle s'adresser indifféremment en cas d'urgence tant au juge qu'à l'arbitre ? Dans le cadre 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 avec les évolutions récentes et l'émergence de l'arbitre d'urgence, nul doute que la question va se poser.

Chapitre 1: L'arbitre d'urgence

Section1: Une procédure émergente

Les marchandises d'un navire menacent de devenir périmées si le bateau devant les transporter ne reçoit pas l'autorisation de lever l'ancre.¹⁶ Il existe bien une convention d'arbitrage mais cela prendrait trop de temps pour constituer le tribunal arbitral. Que faire ? Nommer un arbitre d'urgence.

Le concept d'arbitre d'urgence est un concept récent, nouvellement consacré par différents règlements d'arbitrage. C'est l'exemple de l'article 29 du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI consacrant le concept " d'arbitre d'urgence", entré en vigueur le 1er janvier 2012, de l'article 50 du règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, entré en vigueur le 1er septembre 2011 ou encore de l'article 37 du règlement de "l'International Centre for Dispute Resolution (ICDR)".

Le droit belge de l'arbitrage a suivi ces réformes qui ont abouti à l'article 26 du nouveau règlement d'arbitrage CEPANI entré en vigueur le 1er janvier 2013. Celui-ci dispose que "*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*".¹⁷

¹⁶ C. CHAINAIS et C. JARROSSON, " L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral", in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.61

¹⁷ Voyez pour plus de précisions : G. KEUTGEN, "Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)", *r.d.i.d.c.*, 2013, p.112

Section 2: L'enjeu de l'arbitre d'urgence

Il nous faut bien comprendre l'enjeu de l'émergence de cette nouvelle procédure. Le but est de permettre un accès rapide à la juridiction arbitrale en cas d'urgence.¹⁸ Par ailleurs, ce concept présente un avantage certain notamment en matière d'arbitrage international. En effet, il se peut qu'une partie saisisse le juge des référés de son Etat, de sorte que la partie adverse va craindre un manque d'impartialité de celui-ci. Par exemple, on est en présence d'une société américaine et d'une autre partie en Géorgie. Devant quel tribunal aller ? Celui de Géorgie sans certitude qu'il existe un juge des référés ? C'est donc plus simple de nommer un arbitre d'urgence notamment dans un contexte international.¹⁹ Par ailleurs, la juridiction étatique appliquera ses règles procédurales propres, notamment en matière d'emploi des langues où elle ne tiendra pas compte de la langue désignée dans la convention d'arbitrage. Enfin, bien qu'il s'agisse d'une procédure en référé, les parties ne sont pas à l'abri de se trouver confrontées à l'arriéré judiciaire du pays dans lequel le juge est saisi.²⁰ Par conséquent, on constate que bien que le juge des référés puisse dans certaines hypothèses être utile avant que le tribunal arbitral ne soit constitué, il se peut également que les parties choisissent, pour les raisons que nous venons de mentionner, de recourir à l'arbitre d'urgence.

Section 3: Le règlement de la Chambre de Commerce Internationale

Le règlement de la Chambre de Commerce Internationale a profité d'une révision de son règlement en 2012 pour introduire la possibilité pour une partie de demander la désignation d'un arbitre dit d'urgence afin de lui demander de prendre des mesures provisoires.²¹ Précision importante, la partie qui a enclenché la demande d'un arbitre d'urgence disposera d'un délai de 10 jours à partir de cette requête pour introduire sa demande afin de démarrer l'instance arbitrale.²² La procédure d'arbitre d'urgence sera d'application de manière automatique à moins que les parties n'aient décidé expressément d'y renoncer.²³ Notons également qu'il sera toujours possible pour l'arbitre d'urgence de modifier sa mesure provisoire en cas de

¹⁸ D. MATRAY et F. VIDTS, " Introduction générale", in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.23

¹⁹ Interview, Bernard HANOTIAU, avocat chez Hanotiau & Van Den Berg, membre de la Commission d'Arbitrage Internationale de la CCI, avril 2015.

²⁰ D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.34

²¹ B. BAIGEL, " The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules : a Juridical Analysis", *Journal of international arbitration*, Kluwer law international 2014, Volume 31, p. 1 ; voyez également l'article 29 CCI

²² Art. 1.6, appendix V du règlement CCI

²³ C. JARROSSON et C. CHAINAIS, *o.c.*, p.84

circonstances nouvelles²⁴, voire même que le tribunal arbitral par la suite constitué, décide de revenir sur la mesure octroyée par l'arbitre d'urgence.²⁵ De plus, une telle procédure ne pourra être demandée que si le contrat faisant l'objet d'une convention d'arbitrage a été signé après le 1er janvier 2012.²⁶

Section 4: La nature de la décision de l'arbitre d'urgence

De manière plus générale, à l'instar de ce qui est d'application pour le tribunal arbitral, toute décision rendue par l'arbitre d'urgence, pour disposer de la force de contraindre la partie, devra faire l'objet d'*exequatur*. Néanmoins, la décision prise par l'arbitre d'urgence sous l'égide du règlement CCI prendra la forme d'une ordonnance, bien que d'autres règlements laissent le choix de la forme à l'arbitre.²⁷

C'est sur ce dernier point que se porte notre interrogation. En effet, étant donné le coût considérable de la demande d'une telle procédure (40.000 dollars²⁸), le risque n'est-il pas trop important pour une partie, qui se trouve peut-être déjà dans une situation difficile, de déboursier une somme aussi importante ? Qui plus est sans garantie que l'autre partie ne s'exécute volontairement, avec aucun moyen d'obtenir la force exécutoire eu égard à la nature d'ordonnance de la décision. De notre avis, il s'agit là peut-être d'une faiblesse, soulevée également par certains praticiens²⁹, mais qui pourrait selon nous facilement être résolue en permettant à l'arbitre de décider de la nature de sa décision.

Le parallèle peut ici être fait avec l'ordonnance préliminaire dans le cadre du pouvoir "extraordinaire"(en tout cas loin d'en constituer la norme), accordé par la loi type CNUDCI à l'arbitre en matière de mesure unilatérale dont la décision sera dépourvue également de force exécutoire potentielle. Nous y reviendrons.

Sur notre interrogation, une certaine doctrine est d'avis qu'il serait possible pour les juridictions étatiques relevant d'Etats basant leurs législations sur la loi type, d'octroyer la

²⁴ Art. 6.8 App. V règlement CCI

²⁵ Art 29.3 règlement CCI

²⁶ D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.35

²⁷ *Ibidem*, p.35

²⁸ Art 7 appendix V du règlement CCI

²⁹ Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015

force exécutoire aux décisions rendues par l'arbitre d'urgence.³⁰ Néanmoins le sujet est pour le moins controversé. Monsieur BAIGEL³¹ expose d'ailleurs à ce sujet les difficultés que soulève la question de l'exécution des ordonnances rendues par l'arbitre d'urgence. On relèvera comme argument des différents auteurs, s'appuyant notamment sur de la jurisprudence américaine³², le fait qu'il s'agirait d'une décision définitive, en ce sens qu'elle permettrait de sauvegarder en quelque sorte la sentence arbitrale finale.³³ Il s'agirait là selon nous d'une approche très extensive de la définition de sentence définitive qui nous inspire, par euphémisme, quelques doutes. Ce qui est certain, c'est que la question devra être résolue par le juge à la lumière de sa *lex fori*.³⁴

Néanmoins, à titre d'exhaustivité, nous nous devons de souligner l'opinion de Monsieur BUHLER. Selon ce dernier, *a priori*, il est confirmé qu'il s'agit d'une ordonnance et donc non pas d'une sentence sous l'empire de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Néanmoins il émet l'hypothèse qu'il ne serait pas exclu le cas échéant qu'une juridiction étatique signataire de la Convention puisse arriver à conclure qu'il s'agisse d'une sentence et dès lors donner la force exécutoire.³⁵

Section 5: Une différence de traitement entre la mesure ordonnée par l'arbitre d'urgence et la mesure provisoire octroyée par l'arbitre une fois le tribunal constitué ?

Nous soulevons une autre réflexion. En effet, comment comprendre que la Chambre de Commerce Internationale laisse le choix à l'arbitre de prendre une mesure provisoire soit sous forme d'ordonnance soit sous forme de sentence lorsque le tribunal a été constitué alors qu'au contraire l'arbitre d'urgence rendra nécessairement sa décision sous forme d'ordonnance ? Monsieur BUHLER y voit une confiance accordée par la Cour et le secrétariat de la CCI puisque une ordonnance rendue par un arbitre de la CCI présente l'avantage de ne pas être soumise à un contrôle de la Cour quand à sa forme (date, lieu de procédure, signature). L'avantage consisterait à avoir une procédure rapide sans devoir passer par un système de

³⁰ N. VOSER, " Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules", 29 *ASA Bull.* 783, 2011, p.817

³¹ B. BAIGEL, *o.c.*, p. 17

³² *Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc.*, 166 Fed. Appx. 39, 44 (4th Cir. 2006), p.11

³³ G. LEMENEZ ET P. QUIGLEY, *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action*, 2010

³⁴ C. JARROSSON et C. CHAINAIS, *o.c.*, p.87

³⁵ M.W. BUHLER, " L'arbitre d'urgence", in *Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI, texte en vigueur à compter du 1er janvier 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp.28-29

notification de la décision par le Secrétariat en principe prévu.³⁶ Si nous comprenons l'avis de Monsieur BUHLER, nous ne comprenons néanmoins pas cette différence. En effet, pourquoi ne pas permettre à l'arbitre d'urgence de rendre également une décision sous forme de sentence permettant le cas échéant l'*exequatur* devant le juge ? Néanmoins, nous admettons également la nécessité d'avoir une procédure rapide ne devant pas faire le détour par la Cour. Par conséquent, ne pourrait-on pas prévoir que la décision rendue par l'arbitre d'urgence pourrait être rendue sous forme de sentence et, de manière exceptionnelle, ne pas nécessiter de contrôle de la Cour quant à la forme? Une clarification du règlement CCI nous paraît donc réellement opportune sur cette question.

Section 6: La nature volontaire de l'exécution de l'ordonnance

Néanmoins, d'autres auteurs indiquent également qu'en règle générale, les parties s'exécuteront de toute manière volontairement. En effet, elles ont bien conscience qu'une démonstration de mauvaise volonté pourrait jouer en leur défaveur, dès lors que le tribunal arbitral saisi par la suite du litige, pourra en tirer les déductions qui s'imposent.³⁷

Section 7: Le recours au juge des référés

Par ailleurs, le coût est de nature à contenir les ardeurs des parties à trop rapidement se tourner vers l'arbitre d'urgence et à plutôt se tourner vers le juge des référés dont l'assistance pourrait le cas échéant être plus judicieuse eu égard au pouvoir qui lui est propre et dont ne dispose pas l'arbitre.³⁸

En effet, les parties ont toujours la possibilité d'opter pour la saisine du juge des référés. Il est vrai que si les parties n'ont pas prévu le recours à un arbitre d'urgence, ou ont fait référence à un règlement qui ne prévoit pas une telle procédure, il sera toujours temps pour les parties de se tourner vers le juge étatique. Ce dernier disposera des mêmes pouvoirs qui lui appartiennent dans le cadre d'une procédure judiciaire. Une approche de droit comparé nous révèle que tant le juge portugais, qu'italien ou encore le juge français disposeront également de pouvoirs étendus dans l'octroi de mesures provisoires avant la constitution du tribunal

³⁶ Art. 34.1 règlement CCI ; M.W. BUHLER, *o.c.*, p.27

³⁷ D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.35

³⁸ *Ibidem*, p.35

arbitral.³⁹ L'avantage pouvant consister à ce que la partie puisse faire une requête unilatérale, ce qui n'est par exemple pas possible sous l'empire du règlement CCI qui rappelle le principe contradictoire quand bien même il s'agirait d'un arbitre d'urgence.⁴⁰

Notons que le règlement CEPANI prévoit également le recours à un arbitre d'urgence.⁴¹ Nous faisons remarquer qu'il existe, à l'instar du règlement de la CCI, une règle prévoyant que l'arbitre d'urgence ne pourra pas statuer par la suite en tant qu'arbitre sur le litige au fond.⁴² Le souci d'impartialité est prépondérant.

Section 8 : Bilan de la réforme

Une telle réforme permet donc un gain de célérité dans la prise de mesures provisoires en cas d'urgence avant la constitution du tribunal arbitral et présente l'avantage, afin d'éviter toute plainte d'impartialité, que l'arbitre amené à prendre une telle mesure d'urgence, ne statuera plus sur le fond du litige ultérieurement. La réforme est encore récente. Il conviendra d'analyser le succès de celle-ci, bien que nous pouvons déjà remarquer le coût exorbitant de celle-ci (15.000 euros au titre d'honoraires sans compter les frais administratifs...)⁴³ Malgré tout, il semble qu'il existe un certain attrait pour cette procédure au regard des statistiques suivantes: 27 arbitrages d'urgence enregistrés par la SIAC depuis 2013 (Singapore International Arbitration Centre), 28 pour l'ICDR depuis 2014 (International Centre for Dispute Resolution) ou encore 6 procédures pour la SCC (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce).⁴⁴ Néanmoins, au niveau belge, il y a peu de cas de procédures avec un arbitre d'urgence sous le CEPANI.⁴⁵

Par ailleurs, nous avons pu constater la controverse existante sur la nature de la décision rendue par l'arbitre d'urgence, ce qui permet de comprendre l'intérêt du maintien du recours au juge des référés garant d'une efficacité optimale de la mesure provisoire. De plus, le juge peut

³⁹C. JARROSSON et C. CHAINAIS, *o.c.*, p. 75

⁴⁰ Art. 5.2 App V. règlement CCI

⁴¹ Article 26 règlement CEPANI

⁴² Art.2.6 appendix V du règlement CCI et article 26.6 du règlement CEPANI

⁴³ J-F VAN DROOGHENBROECK " Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi ", *in L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp .225-226

⁴⁴D. MATRAY et F. VIDTS, Bruylant, " introduction générale", *in L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.34 citant A.GHAFFARI et E.WAUTERS , "The emergency arbitrator : The dawn of a New Age? Arbitration International", *LCIA*, 2014, volume 30 Issue 1.

⁴⁵Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015

jouer de manière subsidiaire un rôle de soutien lorsqu'une partie souhaiterait prendre une mesure unilatérale.

Chapitre 2: Le potentiel recours au président du tribunal de première instance s'agissant de la nomination de l'arbitre

Section 1: Principe

L'article 1685 du Code judiciaire, s'inspirant largement de l'article 11 de la loi type CNUDCI, constitue la disposition de référence en matière de nomination d'arbitres.

En principe, il revient aux parties à la convention d'arbitrage d'établir conventionnellement la procédure de nomination des arbitres.⁴⁶ Les parties peuvent également se référer à un règlement d'arbitrage.⁴⁷ En effet, souvent les règlements d'arbitrage donnent compétence à leurs institutions pour procéder à la nomination des arbitres.⁴⁸ Voyez en ce sens l'article 15 du règlement CEPANI qui prévoit la procédure de nomination des arbitres et qui permet également de résoudre les situations de blocage, en prévoyant notamment l'intervention du comité de désignation. Le règlement CCI prévoit aussi la procédure en matière de nomination. Cette fois-ci, c'est la Cour internationale d'arbitrage de la CCI qui viendra en appui en cas de blocage.⁴⁹

Néanmoins, certaines situations de blocage peuvent se produire, notamment dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* et le recours au juge devient le cas échéant inéluctable. Afin de pallier à la lenteur des procédures, le recours se fera devant le président du tribunal de première instance. Le législateur a été soucieux de ne pas porter préjudice à la rapidité et à l'efficacité de l'arbitrage dans le cadre de l'assistance apportée par les juridictions étatiques. Dès lors, le recours se fera devant le président du tribunal de première instance, statuant comme en référé, lequel prendra une décision qui ne sera pas susceptible de recours.⁵⁰ Néanmoins, de manière

⁴⁶ Art. 1685 C.J, Art 11 loi type CNUDCI

⁴⁷ H. BOULARBAH, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 758

⁴⁸ O. CAPRASSE, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.388; Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015

⁴⁹ Article 12 règlement CCI

⁵⁰ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n°53-2743/001,p.14; F. HENRY, " Les pouvoirs du juge d'appui dans le cadre de la procédure en nomination d'un arbitre", *J.L.M.B*, 2008, p.910

analogue à ce qui est prévu en droit français⁵¹, si le juge décide qu'il n'y a pas lieu à nomination d'arbitres, cette décision sera susceptible de recours.⁵²

Section 2: Situation de blocage en l'absence de procédure de nomination conventionnellement établie

En vertu de l'article 1684 du Code Judiciaire, s'inspirant de la loi type CNUDCI, à "*défaut d'accord entre les parties sur le nombre d'arbitres, le tribunal arbitral est composé de trois arbitres*". Ce principe par défaut ne vaut pas dans tous les cas. En effet, par exemple l'article 12 du règlement CCI prévoit qu'à défaut pour les parties d'avoir prévu le nombre d'arbitres, il n'y aura qu'un arbitre unique à moins qu'un trio d'arbitres semble nécessaire.

Le blocage peut avoir lieu dans différentes hypothèses. En effet, en l'absence de dispositions conventionnelles prévues par les parties, si le tribunal arbitral est composé de trois arbitres et que l'une des parties ne procède pas à la nomination d'un arbitre ou que les deux arbitres n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la nomination du troisième arbitre dans le délai imparti, il reviendra au président du tribunal de première instance, sur demande d'une partie, de statuer sur cette nomination. La solution est la même dans le cadre d'un arbitrage avec un unique arbitre.⁵³

Section 3: Situation de blocage malgré une procédure de nomination conventionnellement établie

Bien que la procédure puisse avoir préalablement fait l'objet d'un accord entre les parties, cela n'est pas pour autant certain que la procédure se déroulera dans tous les cas sans difficulté. En effet, il se peut que l'une des parties ou un arbitre ne suive pas la procédure de nomination qui a été conventionnellement établie et dès lors qu'il soit nécessaire de recourir au juge étatique.⁵⁴

⁵¹ Art. 1460 CPC

⁵² Art 1680 §1 C.J

⁵³ Art. 1685 C.J

⁵⁴ Art. 1685 C.J

Conformément à l'article 1685 du code Judiciaire, le président du tribunal de première instance, sur demande d'une partie, désignera le cas échéant un arbitre, indépendant et impartial, et comportant les qualifications requises par les parties.

De manière plus générale, comme le soulignent les travaux parlementaires, le caractère opérationnel de l'appui de nos instances étatiques " *est essentiel pour l'image de l'arbitrage dans notre pays à l'étranger. Le choix du lieu de l'arbitrage se fait en effet souvent notamment en fonction de l'efficacité de l'appareil judiciaire national*"⁵⁵. Par cette citation, on veut souligner l'importance de l'assistance de nos juridictions étatiques en matière d'arbitrage, ce dont le législateur semble avoir pris pleinement conscience dans le cadre de cette réforme de la sixième partie du Code Judiciaire.

Chapitre 3 : L'intervention du juge sur la compétence de l'arbitre

Nous analysons ici brièvement les deux cas d'intervention du juge en matière de compétence de l'arbitre ainsi que le domaine temporel de l'éventuel recours contre la décision de l'arbitre.

Section 1: L'arbitre se déclare compétent

L'arbitrage est caractérisé par le principe de "compétence-compétence" qui trouve son fondement dans l'article 1690 du Code Judiciaire. En vertu de ce principe, l'arbitre sera habilité à rendre une décision sur sa propre compétence sans intervention du juge étatique.⁵⁶

Au commencement de la procédure arbitrale, lorsque l'arbitre décide qu'il peut valablement se saisir du litige, la partie en désaccord avec la dite décision, ne pourra exercer un recours devant le tribunal de première instance qu'en même temps qu'un recours en annulation contre la décision rendue sur le fond.⁵⁷ L'objectif sous-jacent est d'éviter des recours purement dilatoires.⁵⁸

⁵⁵ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.15

⁵⁶ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.22

⁵⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *j.t.*, p.247

⁵⁸ G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014, p.80

Section 2: L'arbitre se déclare incompétent

Il se peut également que l'arbitre décide de se déclarer incompétent de sorte qu'il ne peut se saisir du litige. Dans cette hypothèse, une partie pourrait immédiatement exercer un recours contre cette décision devant le tribunal de première instance.⁵⁹

Section 3: Déclinatoire de compétence devant le juge

La situation inverse peut également se produire. En effet, il se peut qu'une partie, malgré la présence d'une convention d'arbitrage, introduise une demande devant le juge étatique. Dans cette hypothèse, il reviendra à la partie adverse de soulever le déclinatoire de compétence *in limine litis* et par conséquent le juge se déclarera incompétent en cas de convention d'arbitrage valide.⁶⁰

⁵⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *j.t.*, p.247

⁶⁰ H. BOULARBAH " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in* *hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 756; P. DE BOURNONVILLE, " Droit judiciaire: l'arbitrage", Bruxelles, Larcier, 2000, p.130

Titre 3 : Le rôle du juge d'appui durant l'instance arbitrale

Après avoir passé en revue les différents cas d'intervention du juge d'appui avant le début de l'instance arbitrale, il convient désormais d'analyser en profondeur la nature de l'interaction entre le juge d'appui et l'arbitre une fois le tribunal arbitral constitué. Dans un premier temps, nous allons analyser les différentes mesures d'instruction que peut prendre l'arbitre afin de déterminer quelles en sont les limites et par conséquent préciser les cas où il conviendra de recourir au juge d'appui.

Chapitre 1: Les mesures d'instruction

Section 1: Principes généraux

Une mesure d'instruction est une mesure avant dire droit qui consiste à "*ordonner une mesure préalable destinée à instruire la demande ou à régler un incident portant sur une telle mesure*".⁶¹

En vertu du Code Judiciaire, le tribunal arbitral peut procéder aux actes d'instruction qu'il juge nécessaires.⁶² Il s'agit de mesures qui, contrairement aux mesures provisoires et conservatoires, ne nécessitent pas une demande des parties. En effet, l'arbitre pourra prononcer d'office de telles mesures.⁶³ De manière générale, la procédure arbitrale devra naturellement respecter les règles d'ordre public. C'est l'exemple des preuves qui ne peuvent être obtenues par violence ou qui doivent faire l'objet d'un débat contradictoire.⁶⁴

En principe, les parties établiront dans l'acte de mission les règles de procédure applicables en matière de preuve dans leur litige. Il se peut également que les parties décident de se référer à un règlement d'arbitrage, auquel cas naturellement l'arbitre se devra de le respecter. A défaut, il reviendra aux arbitres d'édicter les règles de procédure. Cela présente l'avantage d'une

⁶¹ G. CLOSSET-MARCHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *j.t.*, p.248

⁶² Art 1700 §4 C.J

⁶³ E. JOLIVET, " L'expérience de la Chambre de commerce internationale dans le cadre du règlement d'arbitrage", in *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : évolutions et innovations* (sous la dir. J-M JACQUET et E. JOLIVET), acte du colloque organisée par le jour du droit international en partenariat avec la Chambre de Commerce Internationale, Paris, p. 39

⁶⁴ G. CLOSSET-MARCHAL , "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *j.t.*, p.248

grande souplesse. En effet, il se peut que les arbitres s'écartent des règles de droit judiciaire applicables devant le juge étatique ou au contraire dans certains cas, s'y réfèrent.⁶⁵

Il est possible pour les parties, selon certaines conditions, de saisir le président du tribunal de première instance afin de solliciter certaines mesures d'instruction.⁶⁶

Ces différentes mesures d'instruction font l'objet de limitations d'une part en raison de l'absence d'*imperium* dans le chef de l'arbitre et d'autre part en vertu de la relativité des effets de la convention entre les parties au litige.⁶⁷ *L'imperium* désigne le pouvoir qui relève de la souveraineté étatique qui donne au juge le pouvoir de juger et de contraindre directement. L'arbitrage relevant de la justice privée, l'arbitre ne dispose pas de *l'imperium*. Par contre, l'arbitre a le pouvoir de trancher le litige qui oppose les parties, et donc d'une certaine manière le pouvoir qui relève en principe de l'état, offrant dès lors une protection juridictionnelle alternative.⁶⁸

Nous allons analyser les différentes mesures que l'arbitre peut entreprendre mais également ses limites. Il s'agit de mesures que nous pouvons retrouver de manière analogue auprès du juge ordinaire. Néanmoins certaines distinctions s'imposent, eu égard au caractère privé de l'arbitrage.⁶⁹

Section 2: Les différentes mesures d'instruction

A. La commission rogatoire

La question de la commission rogatoire est quelque peu sujette à controverse. En effet, une certaine doctrine est d'opinion que l'arbitre dispose du pouvoir d'ordonner le cas échéant une commission rogatoire à une juridiction étrangère en vue de permettre l'exécution d'une mesure

⁶⁵ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.191-192

⁶⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *j.t.*, p.248

⁶⁷ *Ibidem*, p.248

⁶⁸ C. CHAINAIS, "Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage" *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 281-282

⁶⁹ J. VAN COMPERNOLLE, " L'arbitre et le Code Judiciaire", *R.D.I.D.C.*, 2005, p.36

d'instruction à l'étranger.⁷⁰ D'autres auteurs tel que Monsieur VAN COMPERNOLLE ou Monsieur MIGNOLET sont d'avis que l'arbitre ne dispose pas d'un tel pouvoir et qu'il est donc nécessaire de passer par l'intermédiaire du président du tribunal de première instance eu égard à son rôle d'appui en matière de preuve.⁷¹

La sixième partie du Code judiciaire relatif à l'arbitrage ne contient aucun élément d'information à ce sujet. Aucune précision n'est par ailleurs apportée à ce sujet par la loi du 24 juin 2013. La question est donc par nature sujette à controverse. Il est certain qu'un tel pouvoir constituerait un gain d'efficacité pour la procédure arbitrale. Néanmoins, nous sommes d'avis qu'à défaut de précision à ce sujet dans la partie relative à l'arbitrage et dans la nouvelle loi du 24 juin 2013, l'arbitre ne dispose pas de ce pouvoir. En effet, à défaut, partant du principe que le législateur se comporte comme un législateur normalement prudent et diligent, il conviendra pour les parties de solliciter l'intervention du président du tribunal de première instance en vue d'obtenir une commission rogatoire. Cette solution a de plus le mérite d'éviter toute discussion le cas échéant sur l'habilitation de l'arbitre en la matière et de limiter ainsi tout risque de retard supplémentaire dans la procédure arbitrale.

B. L'expertise

Le législateur a prévu que le tribunal arbitral pouvait désigner un expert afin de rendre un rapport sur un point précis du dossier.⁷² Une telle mesure consiste, de manière contradictoire, à rapporter des faits matériels précis avec leur interprétation technique.⁷³ Néanmoins, il se pourrait que les parties choisissent d'exclure le recours à un expert. En effet, l'arbitrage offre l'avantage précisément de permettre aux parties de choisir l'arbitre qui disposera des

⁷⁰ G. KEUTGEN et G.A DAL, "L'arbitrage en droit belge et international", Bruxelles, Bruylant, 2006, n°471 ; J. LINSMEAU, " L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, n°261

⁷¹ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.201; O. MIGNOLET, " Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres ", *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p 170

⁷² C.Jud., art. 1707

⁷³ Civ. Namur, réf., 9 juillet 2014, R.G. n°224/14, inédit ; G.KEUTGEN et A. GOESSENS, "L'arbitrage, chronique de jurisprudence 2003-2013", *J.T.*, , 2014, p.829

qualifications, de l'expertise qui est selon elles nécessaire à la résolution du litige. Par conséquent le recours à un expert dans le cadre de la procédure n'est que peu probable.⁷⁴

Quoi qu'il en soit, s'il advient que le tribunal arbitral en vienne à devoir désigner un ou plusieurs experts, les parties se devront de collaborer avec ceux-ci et ainsi leur remettre tout document pertinent. Si les parties font preuve de mauvaise volonté, le tribunal pourrait exiger la remise de ces documents sous forme d'astreinte. Enfin, il est toujours possible, avec l'accord du tribunal arbitral, de solliciter l'aide du juge d'appui pour remédier à ce blocage. Un autre cas possible d'intervention du juge étatique est le cas où un expert viendrait à être récusé. En effet, à défaut d'accord par les parties sur la procédure de récusation de l'expert ou à défaut de déport volontaire de l'expert, la partie récusante saisira le président du tribunal de première instance.⁷⁵

C. Production de documents

En vertu du Code Judiciaire, "*si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin, à peine d'astreinte.*"⁷⁶ Néanmoins, l'arbitre ne pourra forcer un tiers récalcitrant à la production de documents.⁷⁷ Il reviendra dès lors aux parties de solliciter le juge d'appui, l'arbitre pouvant au maximum inviter les parties à le faire. En effet, il ne revient pas à l'arbitre de saisir lui-même directement le juge étatique.⁷⁸

⁷⁴ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.199-200

⁷⁵ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp.200-201

⁷⁶ Art 1700 §4 C.J

⁷⁷J. 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.195

⁷⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, "Procédure arbitrale", *in droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.42

1. Le document est détenu par une partie

Plus concrètement, prenons le cas où une partie démontrerait une mauvaise volonté à produire un document prépondérant pour la solution du litige. L'arbitre peut demander, sous astreinte, à cette partie de produire le document. A défaut, il faudrait faire le détour de la procédure d'*exequatur* pour ne laisser d'autre choix à la partie récalcitrante que de s'exécuter. Un tel détour est évidemment source de retard pour le déroulement de l'instance arbitrale. Il serait dès lors plus judicieux pour la partie de solliciter, toujours avec l'accord du tribunal arbitral, l'assistance du président du tribunal de première instance afin d'obtenir une décision de justice revêtue directement de la force exécutoire.⁷⁹

2. Le document est détenu par un tiers

Dans cette hypothèse, les parties ne disposent plus guère de choix. En effet, les arbitres ne disposent d'aucun pouvoir d'injonction vis à vis des tiers. Par conséquent, si une partie a conscience qu'un document de nature à solutionner le litige est détenu par un tiers, elle se devra de solliciter, avec l'accord du tribunal arbitral, le juge étatique. Précisons que sa décision ne pourra pas faire l'objet d'un recours.⁸⁰

On retrouve cette autorisation préalable du tribunal arbitral en droit français à la différence qu'on parle "d'invitation" faite par le tribunal arbitral à une partie de solliciter l'appui du juge pour obtenir cette preuve. Néanmoins, l'idée sous-jacente est la même. Elle consiste à imprégner législativement le caractère d'appui du juge, qui vient en soutien de l'instance arbitrale quand cela est nécessaire. Il ne s'agit pas ici de distribuer des compétences entre l'arbitre et le juge. Il appartient à l'arbitre de juger, selon son appréciation souveraine, s'il est opportun ou non de se tourner vers le juge étatique.⁸¹

⁷⁹ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.198

⁸⁰ *Ibidem*, p.199

⁸¹ C. JARROSSON, "Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français" , *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.337

D. Comparution personnelle des parties

Si l'arbitre peut faire appel à des témoins dans le cadre de la procédure d'arbitrage⁸², il ne pourra en aucun cas les contraindre à comparaître.⁸³ Dès lors, le rôle du juge d'appui prend également son sens dans cette hypothèse. En effet, il conviendra de recourir au président du tribunal de première instance afin qu'il rende une ordonnance contraignant un témoin récalcitrant à se présenter. Il reviendra aux parties de solliciter une telle demande et ce, avec l'autorisation du tribunal arbitral.⁸⁴ Précisons qu'à l'instar du droit français, aucune prestation de serment n'est requise devant l'arbitre. Nous pouvons à ce propos regretter qu'une telle prestation de serment ne soit pas requise afin de permettre aux parties de prendre conscience du sérieux et des conséquences de leurs paroles.⁸⁵ Enfin, la souplesse est de mise, les parties peuvent s'entendre sur l'organisation des auditions des témoins et prévoir par exemple des attestations écrites. A défaut le tribunal arbitral établira les règles qui seront suivies.⁸⁶

Notons que de manière analogue au droit français, aucune disposition n'a été prise en vue de permettre le renvoi des témoins en vue de prêter serment devant le juge.⁸⁷ Par contre, en droit français, contrairement au droit belge, il ne sera pas possible pour les parties de demander l'assistance du juge étatique en vue d'obtenir la comparution d'un témoin devant le tribunal arbitral⁸⁸, bien qu'une certaine doctrine française le regrette.⁸⁹

⁸² Art 1700 §4 C.J

⁸³ J. VAN COMPERNOLLE, " L'arbitre et le Code Judiciaire", *R.D.I.D.C*, 2005, p.36

⁸⁴ J. VAN COMPERNOLLE, J-F VAN DROOGHENBROECK, A. SALETTI, " 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, pp.196-197

⁸⁵ Voy en ce sens: D. PHILIPPE, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 484

⁸⁶ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.197

⁸⁷ C. JARROSSON, "Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français" *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.334

⁸⁸ *Ibidem*, p.336

⁸⁹ C. SERAGLINI et J. ORTSHEIDT, "Droit de l'arbitrage interne et international", *Montchrestien* 2013, n°338

E. Vérification d'écriture

S'inspirant de l'article 1470 du Code de procédure civile français, la loi du 24 juin 2013 a consacré la possibilité pour l'arbitre de procéder à une vérification d'écriture à l'exception des actes authentiques. Il reviendra aux parties, dans cette hypothèse, de saisir le tribunal de première instance.⁹⁰

Chapitre 2 : L'interaction entre le juge étatique et l'arbitre en matière de preuve

La preuve jouant un rôle important dans le déroulement de l'arbitrage en vue d'obtenir la décision du litige, il est intéressant d'analyser de manière plus précise quels sont les pouvoirs de l'arbitre en la matière de sorte à mieux cerner les cas où il n'y aura plus d'autres choix que de solliciter l'aide du juge d'appui. Dans le prolongement des différentes mesures d'instruction que nous venons d'évoquer, nous allons donc désormais nous pencher plus précisément sur l'admissibilité de la preuve, sur le pouvoir de l'arbitre et son interaction avec le juge étatique à la lumière de la loi type CNUDCI à laquelle notre législateur se réfère.

Section 1: Opportunité de l'établissement préalable d'un régime de preuve

On touche ici à une nouvelle problématique récurrente en matière d'arbitrage: la question de la preuve. En effet, avant que la sentence arbitrale ne soit rendue, certains incidents peuvent se produire durant la procédure arbitrale et dès lors nécessiter l'ordonnance de certaines mesures d'instruction visant à instruire correctement le litige. Les questions sont alors nombreuses. Qui va déterminer les règles de preuve applicables ? A quel moment ces règles doivent-elles être prévues ? Il est certain que lors de l'insertion d'une clause d'arbitrage dans un contrat, les parties ne pensent pas en premier lieu à établir le régime de la preuve éventuellement nécessaire dans un hypothétique litige, sans compter le temps supplémentaire que cela engendrerait. Tout au plus, les parties pourraient déjà s'accorder sur l'exclusion de certains modes de preuve. Il est donc plus probable que les parties se posent la question de l'administration de la preuve lorsque le litige est né. Dans ce cas, les parties peuvent établir les règles essentielles mais il serait peut-être plus judicieux de se référer soit à un règlement d'arbitrage, soit même aux règles développées par l'International Bar Association (IBA). Les

⁹⁰ Art. 1700 §5 C.J

règles d'IIBA sont surtout judicieuses lorsque les parties au litige se situent dans des pays de traditions juridiques différentes (common law, tradition civiliste) et peuvent dès lors constituer un consensus. L'inconvénient par contre réside dans le manque de souplesse en matière d'instruction si l'arbitre doit se conformer pleinement par exemple aux règles d'IIBA. Il serait donc opportun de conseiller aux parties d'indiquer que les règles d'IIBA sont un guide pour l'arbitre mais qu'il pourra le cas échéant s'en écarter.⁹¹ L'acte de mission constitue le lieu le plus opportun afin d'organiser l'administration de la preuve.⁹²

Section 2: L'admissibilité et la force probante de la preuve

*"Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral apprécie librement l'admissibilité des moyens de preuve et leur force probante."*⁹³ Cette disposition légale du législateur belge s'inspire de l'article 1039 du Code de procédure néerlandais sur l'arbitrage et de la loi-type CNUDCI qui mentionne en son article 19 que " *les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.*"⁹⁴

Il ressort de ces dispositions que le principe est la liberté conventionnelle des parties et à défaut il reviendra au tribunal arbitral de statuer de manière discrétionnaire sur l'opportunité de certaines preuves.⁹⁵ Cette liberté est consacrée de manière similaire dans le droit néerlandais (article 1036, WBR), autrichien (article 594, par. 1, ZPO), irlandais (article 4 Arbitration Act 1998), allemand (article 1042, ZPO), espagnol (article 25 de la loi de 2003) ou encore le droit français (article 1464, al. 1er CPC).⁹⁶

⁹¹P. WAUTELET, " Autonomie de la volonté et règles de procédure - de nouvelles pistes pour la conduite de la procédure arbitrale? ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 781, p.31-33

⁹²D. PHILIPPE, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 487

⁹³ Art 1700 §3 C.J

⁹⁴ CNUDCI, Art 19

⁹⁵ J. VAN COMPERNOLLE, " L'arbitre et le Code Judiciaire", *R.D.I.D.C.*, 2005, p.35; C. VERBRUGGEN " juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 406

⁹⁶ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001,p.28

Section 3: Le pouvoir du tribunal arbitral en matière de preuve

Conformément au Code Judiciaire, "*Une partie peut, avec l'accord du tribunal arbitral, demander au président du tribunal de première instance, statuant comme en référé, d'ordonner toutes les mesures nécessaires en vue de l'obtention de preuves*".⁹⁷ En effet, il ressort des travaux parlementaires⁹⁸ que le législateur a gardé à l'esprit la volonté d'offrir la possibilité d'une assistance du tribunal ordinaire. Par ailleurs, sa décision ne sera pas susceptible de recours, toujours dans une optique de préserver la rapidité de la procédure arbitrale.⁹⁹ Notons qu'il revient bien à une partie et non pas à l'arbitre de saisir le juge.

Cette assistance est parue nécessaire au regard de l'absence d'*imperium* de l'arbitre qui ne lui permet pas de contraindre une partie, ni un tiers en raison de la relativité de la convention d'arbitrage.¹⁰⁰

Notons, que l'arbitre prononcera des mesures en matière de preuve le plus souvent sous forme d'ordonnance de procédure.¹⁰¹ Néanmoins, dans le cadre de sentence avant dire droit ordonnant une mesure d'instruction, un recours en annulation serait possible¹⁰² même si certains auteurs ont déjà exprimé un avis en sens contraire.¹⁰³ Nous sommes d'avis qu'il serait judicieux de la part du législateur de préciser ces questions, peut-être à l'occasion d'une nouvelle réforme législative.

⁹⁷ Art. 1708 C.J.

⁹⁸ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001,p.7

⁹⁹ Art 1680 §4 C.J

¹⁰⁰ 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.189

¹⁰¹ *Ibidem*, p.193

¹⁰² G. KEUTGEN et G.A DAL, "L'arbitrage en droit belge et international", Bruxelles, Bruylant, 2006 p.385; D. DE LEVAL, *éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.500

¹⁰³ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, Bruxelles, Larcier, 1981, p.255

Section 4: L'article 27 de la loi type CNUDCI: L'assistance des tribunaux étatiques en matière de preuve

A. La base juridique pertinente

La disposition belge fondant le pouvoir de l'arbitre en matière de preuve s'inspirant de la loi type, il est intéressant d'analyser plus précisément cette disposition. Le but étant encore une fois d'analyser la nature de la relation entre la justice étatique et l'arbitrage en argumentant nos propos sur base d'une jurisprudence internationale. En effet, s'il est logique de connaître le droit belge en la matière, il est également opportun d'analyser nos propos dans le cadre d'une démarche plus globale, étant entendu que la loi type a vocation à uniformiser la pratique arbitrale, et par conséquent d'attirer l'attention du lecteur sur l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence internationale sur le sujet.

En effet, l'article 1708 du Code judiciaire précité, s'inspire de l'article 27 de la loi type qui prévoit cette assistance de la juridiction étatique avec l'accord préalable du tribunal arbitral. Néanmoins, et ce de manière assez controversée¹⁰⁴, une certaine jurisprudence, se basant notamment sur les travaux préparatoires de la loi type, est d'avis qu'il serait possible pour une partie de solliciter le juge d'appui sur base non pas de l'article 27 mais de l'article 9 de la loi type.¹⁰⁵ La conséquence qui en résulte est que la partie ne devra pas nécessairement disposer de l'autorisation préalable du tribunal arbitral en vue d'obtenir une aide du juge en matière de preuve.¹⁰⁶

Cette jurisprudence nous semble quelque peu curieuse étant donné que l'article 9 de la loi type met l'accent sur la compatibilité entre la saisine du juge pour des mesures provisoires et la convention d'arbitrage, alors que l'article 27, exigeant l'accord préalable de l'arbitre, met précisément l'accent sur l'assistance des juridictions étatiques en matière de preuve. Dès lors il conviendrait plutôt selon nous, de se baser sur l'article 27 de sorte que la partie désireuse de

¹⁰⁴ CLOUT case No. 68, Delphi Petroleum Inc. v. Derin Shipping and Training Ltd., Federal Court—Trial Division, Canada, 3 December 1993. Voyez en sens contraire: CLOUT case No. 77, Vibroflotation A.G. v. Express Builders Co. Ltd., High Court—Court of First Instance, Hong Kong, 15 August 1994, 1994 HKCFI 205, disponible également sur internet à: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1994/205.html>.

¹⁰⁵ Art 9 CNUDCI: "*La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage*".

¹⁰⁶ UNCITRAL, United Nations commission on international trade law, 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p.54

solliciter le juge d'appui, devra obtenir préalablement l'autorisation du tribunal arbitral. A défaut, une telle demande sera rejetée.¹⁰⁷

B. L'autorisation du tribunal arbitral

La jurisprudence internationale a eu l'occasion de souligner qu'il serait concevable, selon le cas d'espèce, d'admettre une autorisation implicite. C'est ce qu'a décidé la "High Court of Delhi India" en se basant notamment sur une lettre du tribunal arbitral qui avait été rédigée en indiquant la date à laquelle certains documents devaient être produits et que la Cour serait susceptible d'ordonner. Néanmoins, la Cour a également rappelé l'importance probatoire de la preuve expresse écrite de l'autorisation du tribunal arbitral pour éviter toute discussion.¹⁰⁸ Notons, qu'il a déjà été rejeté une demande d'une partie à un juge d'ordonner une production de documents à la partie adverse, étant donné que le tribunal arbitral n'avait pas fait droit à cette demande. Cela a été considéré comme un abus de procédure.¹⁰⁹

C. L'appréciation du juge

Par ailleurs, une autre question qui se pose est celle de savoir si le juge d'appui doit simplement exécuter la demande qui provient soit du tribunal arbitral soit d'une partie avec l'autorisation du tribunal arbitral, ou apprécier véritablement l'opportunité de la demande. Comme le souligne la Cour fédérale canadienne, le rôle du juge d'appui n'est pas d'analyser le bien fondé de la décision, mais précisément d'appuyer la procédure arbitrale en permettant d'exercer un certain pouvoir de contrainte en matière de preuve dont ne disposerait pas l'arbitre.¹¹⁰ Cela procède selon nous de la même réflexion que l'article 1697 de notre Code Judiciaire en vertu duquel " *le tribunal de première instance auprès duquel la reconnaissance ou la déclaration exécutoire est demandée, n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, le bien fondé de la mesure provisoire ou conservatoire*".

¹⁰⁷ Voyez. en ce sens SH. Satinder Narayan Singh v. Indian Labour Cooperative Society Ltd. & Ors., High Court of Delhi India, 17 December 2007, OMP 471/2007 [2007] INDLHC 1462, 2008 (1) ARBLR 355 Delhi, disponible aussi sur Internet à: <http://www.indiankanoon.org/doc/530842/>.

¹⁰⁸ H. Satinder Narayan Singh v. Indian Labour Cooperative Society Ltd. & Ors., High Court of Delhi India, 17 December 2007, OMP 471/2007 [2007] INDLHC 1462, 2008 (1) ARBLR 355 Delhi, disponible sur internet à <http://www.indiankanoon.org/doc/530842/>.

¹⁰⁹ *ALC v. ALF*, High Court, Singapore, [2010] SGHC 231.

¹¹⁰ CLOUT case No. 68, *Delphi Petroleum Inc. v. Derin Shipping and Training Ltd.*, Federal Court—Trial Division, Canada, 3 December 1993.

D. La preuve préalable à l'instance arbitrale

Une autre question peut encore être soulevée. En effet, qu'en est-il du recueil de preuve préalable à l'instance arbitrale ? Pourrait-on imaginer qu'une partie puisse dès ce stade solliciter l'aide du juge d'appui afin de recueillir des preuves que la partie juge prépondérantes? Jusqu' où va cette assistance du juge étatique ?

Bien qu'une jurisprudence plus ancienne réfute cette possibilité¹¹¹, nous sommes d'avis de se ranger à la décision d'une Cour d'appel canadienne un peu plus récente, en vertu de laquelle, une telle possibilité existe pour les parties, dès lors qu'à défaut pour l'article 27 de préciser que cela est interdit, il est admis que cela est autorisé.¹¹² En effet, l'auteur de l'article aurait logiquement eu conscience de cette possibilité dans le cadre de la rédaction, et en aurait dès lors explicitement prévu l'interdiction.

E. Controverse sur l'assistance d'un juge relevant d'une juridiction étrangère au lieu de l'arbitrage

Penchons-nous encore plus précisément sur cet article 27 de la loi type pour la raison que cet article est un exemple de disposition exposant explicitement l'interaction qui peut, le cas échéant, se produire entre le juge et l'arbitre. En effet, cette interaction est déjà explicitée rien que par le titre de la disposition " Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves". Cet article a fait l'objet d'une controverse. Celle-ci provient du fait que l'article 27 ne précise pas si une juridiction étatique étrangère pourrait le cas échéant assister un tribunal arbitral en matière de preuve. Dans un premier temps, l'approche jurisprudentielle fut restrictive. En effet, c'est l'exemple de " l'Ontario Superior Court of Justice" qui avait décidé qu'une partie à l'arbitrage ne pouvait solliciter l'aide d'un juge relevant d'une juridiction étrangère.¹¹³

¹¹¹ BNP Paribas and others v. Deloitte and Touche LLP, Commercial Court, England, 28 November 2003, [2003] EWHC 2874 (Comm).

¹¹² Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin, Alberta Court of Appeal, Canada, 18 January 2006, [2006] ABCA 18 (CanLII), également disponible sur Internet à <http://canlii.ca/t/1mch7>. Voy. également en ce sens plus implicitement : CLOUT case No. 77, High Court—Court of First Instance, Hong Kong, Vibroflotation A.G. v. Express Builders Co. Ltd., 15 August 1994, [1994] HKCFI 205, disponible également sur Internet à: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1994/205.html>.

¹¹³ CLOUT case No. 391, Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., Ontario Superior Court of Justice, Canada, 22 September 1999, [1999] CanLII 14819 (ON SC), disponible également sur Internet à <http://canlii.ca/t/1vvn5>; voy. également en ce sens B.F. Jones Logistics Inc. v. Rolko, Ontario Superior Court of Justice, Canada, 24 August 2004, [2004] CanLII 21276 (ON SC), disponible également sur Internet à: <http://canlii.ca/t/1hqhz>.

Néanmoins, à la suite de plusieurs arrêts¹¹⁴, l'approche jurisprudentielle a opté pour une vision plus libérale et accepte plus généralement désormais la possibilité pour un juge relevant d'une juridiction autre que le lieu de l'arbitrage, d'apporter assistance au tribunal arbitral en matière de preuve. Le raisonnement le plus logique consiste à dire que l'article 5 de la loi type indique que " *pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.*". L'article 27, prévoyant cette intervention des tribunaux en matière de preuve, bien que n'envisageant pas expressément le cas de demande provenant de tribunaux arbitraux étrangers, doit être interprété en ce sens qu'il est permis de répondre favorablement à la demande d'assistance en matière de preuve vis à vis d'un tribunal arbitral. On est donc passé d'une interprétation restrictive à une approche plus extensive de l'article 27 de la loi type CNUDCI.¹¹⁵

Néanmoins, encore une fois, il s'agit de rester prudent sur cette thématique, aucune solution claire et définitive ne semblant pouvoir être admise unanimement actuellement. En effet, comme le souligne Monsieur HANOTIAU, membre de la Commission d'Arbitrage International de la CCI, la prudence reste de mise, mais il est probable qu'en cas de demande d'une partie d'un tribunal arbitral, relevant d'une juridiction étrangère, devant le juge belge, ce dernier exigera un lien de rattachement avec la Belgique tel que par exemple la présence d'un compte bancaire sur notre territoire.¹¹⁶

Chapitre 3: L'intervention du juge étatique dans le cadre des mesures provisoires ou conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage

Ce chapitre constitue le coeur de ce mémoire pour la raison que les mesures provisoires revêtent une importance prépondérante dans le déroulement de l'instance arbitrale. Elles permettent d'établir les limites de l'arbitrage et par conséquent le rôle que va jouer le juge d'appui en cas de carence de l'arbitre. L'objectif sera notamment d'analyser le caractère complémentaire ou subsidiaire de l'intervention du juge d'appui.

¹¹⁴ Zingre v. The Queen et al., Supreme Court, Canada, 1981 CanLII 32 (SCC), [1981] 2 SCR 392, 28 September 1981, disponible sur internet à <http://canlii.ca/t/1mjlv>.; Republic of France v. De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and Byron-Exarcos, Ontario Court of Appeal, Canada, (1991), 3 O.R. (3d) 705.

¹¹⁵ UNCITRAL, *o.c.*, p.119

¹¹⁶ B. HANOTIAU, "Belgium", *in interim measures in international arbitration*, Juris, New York, 2014, p.79

Section 1: Analyse du droit belge

A. Le droit en vigueur

1. Définitions

Au préalable de l'analyse spécifique des règles encadrant les mesures provisoires ou conservatoires, il convient de souligner au moins brièvement ce qu'on entend par lesdits termes.

Les mesures provisoires font référence aux mesures "*qui permettent d'aménager ou de poursuivre la situation des parties pendant la durée de la procédure arbitrale*".¹¹⁷ Le but étant de maintenir essentiellement un *statut quo*.¹¹⁸ Le *statut quo* a été interprété comme étant la dernière situation dite paisible entre les parties.¹¹⁹ Cela peut donc consister à revenir à une situation préalable au litige et par exemple ordonner qu'une partie, qui avait cessé de faire ses livraisons, continue d'honorer ses livraisons.¹²⁰

Il peut également s'agir de mesures d'anticipation.¹²¹ En effet, il se pourrait que le tribunal arbitral condamne le défendeur à l'allocation d'une provision "*dès lors que la dette est suffisamment incontestable*".¹²² C'est ce que prévoit d'ailleurs l'article 27.1 du règlement CEPANI. La mesure provisoire peut également avoir comme finalité de préserver une preuve.¹²³ L'arbitre pourrait par exemple ordonner à une partie de ne pas faire disparaître des documents importants.

Les mesures conservatoires font quant à elles référence aux "*mesures visant à garantir un droit ou une chose*"¹²⁴, le but étant n de garantir l'efficacité de la sentence arbitrale à venir.¹²⁵

¹¹⁷ O. MIGNOLET, *o.c.*, p. 165

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 165

¹¹⁹ *Safe Kids in Daily Supervision Limited v. McNeill*, High Court, Auckland, New Zealand, 14 April 2010, [2010] NZHC 605 ICII

¹²⁰ S. BESSON, "Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale - notions, types de mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesure injustifiées", in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp.40-41

¹²¹ L. SIMONT, "voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure", in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, p. 215

¹²² G. KEUTGEN et G-A DAL, *o.c.* p. 345,

¹²³ Aff. CCI 106881, *Bull. CI Arb. CCI* Vol. 22/ Special Supplement (2011), p.34,35, para. 10

¹²⁴ O. MIGNOLET, *o.c.*, p. 166

Cela peut consister en l'interdiction de disposer d'un objet litigieux.¹²⁶ L'exemple le plus simple est celui des actions d'une société.¹²⁷ Par ailleurs, s'il ne fait aucun doute que l'arbitre ne dispose pas de *l'imperium* nécessaire pour ordonner des saisies conservatoires, une certaine doctrine, se basant sur de la jurisprudence arbitrale, est d'avis qu'il serait possible de contourner cette interdiction en interdisant aux parties de disposer d'un bien.¹²⁸

μPrécisons qu'il s'agit de mesures avant dire droit qui ne revêtent pas l'autorité de la chose jugée.¹²⁹ En conclusion, le terme provisoire fait référence au caractère procédural et à la nature de la décision alors que le terme conservatoire fait référence au caractère fonctionnel de la décision et à son objet.¹³⁰

La Cour de justice de l'Union Européenne a déjà eu l'occasion dans un arrêt de donner une définition des mesures provisoires, les qualifiant de mesures "*destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond*".¹³¹

Néanmoins, dans le cadre de cet exposé, lorsqu'on nous utiliserons le terme provisoire, celui-ci renverra tant aux mesures provisoires que conservatoires. Une telle acceptation large étant généralement admise dans la doctrine.¹³² Nous entendrons par mesures provisoires, la définition qui nous semble la plus convaincante, donnée par Monsieur BESSON comme des "*mesures temporaires, généralement destinées à produire leurs effets pendant la durée de la procédure sur le fond, et tendant à protéger les droits matériels de la partie requérante ou, plus largement, à empêcher des atteintes qui risqueraient de compromettre le déroulement ou l'efficacité de la procédure sur le fond*".¹³³

¹²⁵ Aff. CCI 8307, Bull. CI Arb. CCI Vol. 22/Special Supplement (2011), p.19, para.16

¹²⁶ Aff. CCI 12361, Bul. CI Arb. CCI Vol. 22/ Special Supplement (2011), pp.60, 66, para 81 et 67 para 84

¹²⁷ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T.*, 2013, p.790

¹²⁸ S.BESSON, *o.c.*, p.42 citant la décision arbitrale suivante: Aff. CCI 10021, Bull. CI Arb. CCI Vol. 22/Special Supplement (2011), pp.26,29 para.34-36;

¹²⁹ O. MIGNOLET, *o.c.*, p.184

¹³⁰ C. CHAINAIS, *o.c.*, p. 294

¹³¹ CJUE, arrêt Reichert II du 26 mars 1992, aff.C-261/90, *Rec.*, 1992, p.2175

¹³² D. MATRAY et F. VIDTS, Bruylant, " introduction générale", in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.19

¹³³ S.BESSON, *o.c.*, p.39; Voyez pour une définition similaire J.D.M. LEW, " Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration cases", *ICC International Court of Arbitration Bulletin* , Vol 11: n°1, 2000

2. Principes applicables

Dans le cadre de la réforme de 2013 de la sixième partie du Code Judiciaire relative à l'arbitrage, le législateur a eu notamment comme objectif d'explicitier les mesures provisoires ou conservatoires.¹³⁴

Le principe de base en matière de mesures provisoires ou conservatoires en droit belge réside dans l'article 1691 du Code judiciaire. En effet, conformément à cet article, " *le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires*", à l'exception des saisies conservatoires. Ce principe est repris dans la plupart des lois nationales.¹³⁵ Notons qu'il existe notamment en droit français, la même exception relative aux mesures conservatoires, de sorte que l'octroi de telles mesures revient exclusivement aux juridictions étatiques françaises conformément à l'article 1468 du Code de procédure civile français. Néanmoins ce pouvoir assez large reconnu à l'arbitre n'est pas reconnu dans toutes les législations nationales d'arbitrage. En effet, voyez par exemple l'article 38.4 de l'Arbitration Act anglais de 1996 qui encadre de manière plus stricte le pouvoir de l'arbitre ou encore le droit de l'arbitrage argentin, chinois ou québécois.¹³⁶

Si le juge est en droit d'être saisi pour une question urgente dans le cadre des référés, on peut donc constater également le pouvoir de l'arbitre largement reconnu, qui le plus souvent, aura égard au règlement d'arbitrage applicable, et n'ira regarder la législation nationale, selon l'avis de Monsieur REINER, que si celle-ci lui est plus favorable.¹³⁷

Il va de soi que l'arbitre ne pourra ordonner de telles mesures qu'à l'égard des parties à la procédure d'arbitrage et non à l'égard des tiers.¹³⁸ Notons par ailleurs, que l'arbitre ne pourra prendre des mesures provisoires que dans le périmètre délimité par la convention d'arbitrage, contrairement au juge qui ne subit pas de telles limites.¹³⁹

¹³⁴ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.7

¹³⁵ Art. 1468 du CPC français, Art. 183 de la LDIP suisse, Art. 1041 du CPC allemand, Art. 25 de la loi suédoise sur l'arbitrage, Art. 593 du CPC autrichien

¹³⁶ A. REINER *o.c.*, p.98

¹³⁷ *Ibidem*, p.103

¹³⁸ *Ibidem* , p.109

¹³⁹J.-Fr. TOSSENS, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 781

3. Conditions d'octroi

Les règlements d'arbitrage et les législations nationales d'arbitrage n'énoncent généralement pas précisément les conditions précises d'octroi des mesures provisoires (sauf l'article 17 A CNUDCI).¹⁴⁰

S'agissant du droit belge, si l'urgence n'est pas une condition *sine qua non* pour demander des mesures provisoires au tribunal arbitral comme c'est pourtant le cas en référé, il n'en est pas moins vrai qu'une partie ne pourra voir sa demande couronnée de succès si une telle mesure pouvait attendre la décision sur le fond. Par ailleurs, l'arbitre appréciera l'opportunité d'ordonner ces mesures à l'aide d'un critère de nécessité et de proportionnalité eu égard aux circonstances d'espèce. C'est l'exemple d'un risque important d'insolvabilité future du débiteur¹⁴¹, de la "*destruction imminente d'une preuve déterminante ou encore de la publication imminente d'un article de journal susceptible de porter atteinte à la dignité de l'une des parties*"¹⁴².

Rappelons également que la mesure doit être dirigée contre une partie à la procédure. L'arbitre se doit aussi de rester impartial et devra donc apprécier le risque de voir son impartialité remise en cause lorsqu'il est appelé à statuer sur l'octroi d'une mesure provisoire. De plus, notre droit belge interdit les mesures *ex parte*, le principe du contradictoire constituant l'un des piliers de notre droit.¹⁴³ Nous reviendrons plus précisément sur cet aspect dans le cadre de l'analyse comparative des mesures provisoires avec la loi type CNUDCI.

Par ailleurs, l'article 1691 du Code judiciaire, souligne qu'une mesure provisoire se fera sur demande d'une partie, *a contrario* des mesures d'instructions qui peuvent être ordonnées, si nécessaire, d'office par l'arbitre.¹⁴⁴

Enfin, il reste un élément qui nous semble pour le moins paradoxal. En effet comme nous avons eu l'occasion de le souligner précédemment, l'article 1708 du Code judiciaire prévoit la

¹⁴⁰ D. MATRAY et F. VIDTS, Bruylant, " introduction générale", in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.26

¹⁴¹ B. HANOTIAU, *o.c.*, p.79

¹⁴² C. CHAINAIS, *o.c.*, pp. 282-283

¹⁴³ O. MIGNOLET, *o.c.*, pp. 174-180; Sent.Arb. , 17 mai 2002, *R.D.J.P.*, 2002, p.350; Sent. Arb. CEPANI, 23 Janvier 2002, *R.D.J.P.*, 2000, p. 347

¹⁴⁴ Art. 1700 §4, C.J.

possibilité de saisir un juge en matière de preuve mais à la condition préalable de l'autorisation du tribunal arbitral. Cette condition n'est pas reprise à l'article 1698 de notre Code judiciaire conférant le pouvoir au juge des référés d'ordonner le cas échéant des mesures provisoires. Dès lors, si une partie souhaite le soutien du juge en matière de preuve, elle devra obtenir l'accord du tribunal arbitral alors que s'il s'agit d'une autre mesure provisoire, la partie pourra requérir l'appui du juge sans accord préalable des arbitres. Aucune indication à ce sujet ne figure dans les travaux parlementaires relatifs à la réforme de la sixième partie du code Judiciaire de 2013.

4. Le pouvoir d'astreinte de l'arbitre

Le législateur belge confère à l'arbitre le pouvoir d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire à peine d'astreinte. Bien que certains auteurs témoignent, de par leur expérience, de la nature généralement volontaire de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire par les parties, il peut arriver qu'une astreinte soit nécessaire pour assurer la rapidité et l'efficacité de celle-ci.¹⁴⁵ Dès lors, de manière similaire à ce qui est prévu en droit français¹⁴⁶, le droit belge prévoit que "*le tribunal arbitral peut condamner une partie au paiement d'une astreinte.*"¹⁴⁷ En effet, une condamnation pécuniaire accessoire peut permettre le cas échéant d'exercer une forme de pression sur le débiteur de l'exécution.¹⁴⁸ Ainsi, le tribunal arbitral pourra exiger d'une partie la remise d'un document à des fins probatoires sous peine d'astreinte.¹⁴⁹ L'astreinte commencera à courir effectivement à défaut de soumission de la partie à la mesure d'instruction, dans le cas où il s'agit d'une sentence avant dire droit revêtu de la formule exécutoire par le juge étatique. L'inconvénient réside dans l'éventuel recours en annulation désormais possible face à la nature d'une telle décision.¹⁵⁰

¹⁴⁵ A. REINER *o.c.*, p.110

¹⁴⁶ Article 1468 CPC

¹⁴⁷ Article 1713 §7 C.J

¹⁴⁸ C. CHAINAIS, *o.c.*, p.309

¹⁴⁹ Art 1700 §4 C.J

¹⁵⁰J. VAN COMPERNOLLE, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 788

B. L'articulation entre l'arbitre et le juge en matière de mesure provisoire

1. Les sources de la complémentarité entre le juge d'appui et l'arbitre

Avant de préciser l'articulation précise qui existe entre l'arbitre et le juge d'appui en droit belge, prenons un peu de recul afin d'avoir une vue globale du sujet.

1.1 Les sources internationales

La compétence parallèle entre le juge et l'arbitre est admise dans certains droits nationaux comme nous le verrons ci-après, mais également dans des textes internationaux. En effet, c'est l'exemple de l'article 6 de la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961, en vertu duquel la demande d'une partie auprès d'un juge étatique n'emporte pas la renonciation de cette dernière à la convention d'arbitre.¹⁵¹

La Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ne mentionne quant à elle aucune précision s'agissant des mesures provisoires ou conservatoires.¹⁵² Dans un premier temps, le courant jurisprudentiel américain a d'ailleurs conduit à rejeter toute demande de mesure provisoire ou conservatoire devant le juge.¹⁵³ Néanmoins, un revirement jurisprudentiel et doctrinal a été opéré et il est dès lors admis que la Convention de New York n'interdit pas aux parties de recourir au juge, vu l'urgence, dans le cadre de mesures provisoires ou conservatoires, avant ou pendant l'instance arbitrale, quand bien même une convention d'arbitrage est établie, permettant par conséquent aux tribunaux américains de s'aligner avec ceux du reste du monde.¹⁵⁴

Le même principe est également reconnu en droit judiciaire européen. En effet, la Cour de justice de l'Union Européenne a eu l'occasion de conclure dans son arrêt Van Uden de 1998, que *"dans la mesure où l'objet d'une demande de mesures provisoires porte, comme dans l'affaire au principal, sur une question relevant du champ d'application matériel de la convention, cette dernière s'applique et son article 24 est susceptible de fonder la compétence*

¹⁵¹ A. REINER, *o.c* p. 147

¹⁵² D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.20

¹⁵³ *McCreary Tire & Rubber Co. v. Ceat S.p.A.*, 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974); *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, SA*, 442 N.E.2d 1239 (N.Y. 1982).

¹⁵⁴A. REINER, *o.c*, p. 148

*du juge des référés même si une procédure au fond a déjà été engagée ou peut l'être et même si cette procédure devait se dérouler devant des arbitres".*¹⁵⁵

Nous retrouvons la même affirmation à l'article 9 de la loi type CNUDCI. Nous reviendrons sur ce dernier point plus précisément dans le cadre de l'analyse comparative entre la loi type CNUDCI et le droit belge. De plus, notons simplement, que l'article 5 de la loi type prévoit la possibilité d'intervention des tribunaux et que, dès le départ, certains pays tel que le Royaume-Unis ont eu l'occasion d'exprimer leur avis sur le projet de l'article 5 dans la version de 1985 (et qui reste d'actualité). Ceux-ci avaient déjà à l'époque exprimés leur enthousiasme vis à vis de cette complémentarité, probablement par souci de garder une certaine emprise sur la justice privée.¹⁵⁶

1.2. Les règlements d'arbitrage et la controverse sur la nature de la relation entre le juge d'appui et l'arbitre

Certains règlements d'arbitrage tel le CEPANI, bien que cela soit légèrement plus implicite¹⁵⁷, le règlement de l'American Arbitration association¹⁵⁸, le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de 2012¹⁵⁹, évoquent également la complémentarité entre le juge d'appui et l'arbitre. S'agissant du règlement de la CCI, le principe est également que la saisine du juge n'emporte pas la renonciation à la convention d'arbitrage.¹⁶⁰ Néanmoins, ce règlement prévoit la possibilité de saisir le juge étatique après la constitution du tribunal arbitral uniquement "si les circonstances s'y prêtent". Il reviendra habituellement au tribunal étatique d'interpréter cette condition au regard de son droit local et de rejeter une telle demande si la condition n'est pas remplie. Le juge acceptera généralement d'octroyer une mesure provisoire en cas d'urgence ou d'impossibilité pour les arbitres d'octroyer une telle mesure.¹⁶¹ Par conséquent, nous y décelons un principe de subsidiarité que nous ne retrouvons pas dans le

¹⁵⁵ C.J.U.E, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime*, aff. C-391/95, p. 7133

¹⁵⁶ A/CN.9/263/Add. 2 - Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général, commission des Nations Unies pour le droit commercial international, dix-huitième session. Vienne, 3-21 juin 1985

¹⁵⁷ Art. 27 CEPANI

¹⁵⁸ Art. 21 l'American Arbitration Association

¹⁵⁹ Art. 26 al 3 CNUDCI

¹⁶⁰ E. JOLIVET, *o.c.*, p.39

¹⁶¹ A. YESILIRMAK, "Interim and Conservatory measures in ICC arbitral practice", *ICC international Court of arbitration Bulletin*, Vol 11/N°1, 2000, p. 35; Voyez également en ce sens: E. SCHWARTZ et Y. DERAÏNS, *A guide to the ICC rules of Arbitration*, The Hague, Kluwer law international, p.300

règlement CEPANI. Nous reviendrons sur cette comparaison entre les règlements CEPANI et CCI ultérieurement. Le règlement du " Singapore International Arbitration Centre " (SIAC) va encore plus loin en conditionnant un tel recours à des "circonstances exceptionnelles". Par contre, d'autres règlements n'exigent aucune condition, tel que le "Dubai International Center" ou le "Hong Kong International Arbitration Centre".¹⁶²

2. Les sources nationales

Concernant certains droits nationaux, notons que le droit français réserve un principe de complémentarité entre le juge étatique et l'arbitre avant la constitution du tribunal arbitral. La situation est plus complexe après la constitution du tribunal arbitral mais nous y reviendrons dans le cadre de l'analyse du droit français. Notons simplement qu'une fois le tribunal arbitral constitué, certains auteurs penchent pour une subsidiarité en cas d'urgence, péril ou encore en cas de risque de déni de justice¹⁶³ (*cfr supra*).

Soulignons également la différence entre le système belge et le droit anglais. En effet, en vertu de la section 44 alinéa 5 de l'Arbitration Act, le recours au juge ne se fera que de manière subsidiaire, à défaut pour l'arbitre d'avoir les pouvoirs nécessaires afin de prononcer certaines mesures ou de pouvoir rendre de telles mesures dans un délai permettant une efficacité optimale.¹⁶⁴

Au contraire, s'agissant de notre droit national, un tel principe de subsidiarité fait *prima facie* défaut. En effet, en vertu de l'article 1683 du Code Judiciaire, "*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*"¹⁶⁵. Le législateur semble rappeler par le biais de cette disposition légale, l'importance accordée au juge étatique qui peut être sollicité de manière "alternative" à l'arbitre pour prendre des mesures provisoires et ce, non pas de manière "subsidiaire" comme le prévoit explicitement le droit anglais.

¹⁶² D. MATRAY et F. VIDTS, Bruylant, " introduction générale", in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.31

¹⁶³ G. PLUYETTE, " Une vue française", in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Chambre de Commerce Internationale, Paris, 1993, p.91

¹⁶⁴ A. REINER, *o.c.*, p. 150

¹⁶⁵ Art. 1683 C.J ; E. JOLIVET, *o.c.*, p.39

Néanmoins, la sollicitation du juge des référés n'est pas exempte de conditions. En effet, une telle demande auprès du juge d'appui ne sera recevable qu'en cas "*d'extrême urgence et d'impossibilité de réunir les arbitres en temps utile*".¹⁶⁶

3. La thèse de la subsidiarité *de facto* en droit belge

C'est en ce sens que nous pouvons tout de même déceler un certain principe de subsidiarité. En effet, la nécessité d'un cas d'urgence et d'impossibilité de réunir à temps et de manière efficace les arbitres sont des conditions, qui à défaut d'être remplies, emporteront le refus du juge des référés de prendre des mesures provisoires et celui-ci renverra dès lors les parties devant le tribunal arbitral. Sous cette présentation, il nous semble difficile de s'opposer à l'idée qu'une subsidiarité entre l'arbitre et le juge des référés existe *de facto*. Par contre nous rejoignons l'idée de Monsieur REINER, par ailleurs soutenue par Monsieur VAN DROOGHENBROECK, qu'il n'y pas de subsidiarité légalement prévue au sein de notre droit belge, en ce sens qu'il n'y a aucune obligation pour les parties de s'adresser en premier lieu au tribunal arbitral saisi du litige et à défaut de succès, de s'adresser ensuite au président du tribunal de première instance.¹⁶⁷

Bien que certains auteurs ont d'autant soutenu que l'arbitre et le juge étatique puissent être indifféremment saisis selon le choix procédural des parties¹⁶⁸, cette thèse, nous paraît vouée à être substituée par celle que nous nommerons la thèse dite de "*subsidiarité de facto*", déjà soutenue en jurisprudence.¹⁶⁹ Néanmoins comme dit précédemment, il n'y a selon nous, aucune obligation pour la partie désireuse de solliciter une mesure provisoire devant le juge des référés, de devoir s'adresser en premier lieu à l'arbitre. Il ne s'agit pas d'une condition *sine qua non* fondant la compétence du juge des référés, l'appréciation du juge dépendant du cas d'espèce.

¹⁶⁶G. CLOSSET-MARCHAL, "Procédure arbitrale", in *droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.32

¹⁶⁷ J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p .217

¹⁶⁸ M. STORME, " Aspects importants du droit arbitral belge", *R.D.I.D.C.*, 1976, p.125 ; M. STORME et M. VOORDECKERS, " Overzicht van belgische rechtspraak. Arbitrage (1989-2005), *T.P.R.*, 2005; H. VAN HOUTTE, " Voorlopige maatregelen bij arbitrage, *R.W.*, 1989, p.534

¹⁶⁹ Bruxelles, 6 octobre 1983, *R.D.C.*, 1984, p.365 ; Civ Malines (réf) , 16 avril 1985, *Pas.*, 1985, III, p.50 ; Civ. Bruxelles (réf), 18 décembre 2009 , *J.L.M.B.*, 2010, p. 17 ; Comm Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 86; Comm Gent, 16 juin 1993, *T.G.R.*, 1994, p.10

Parmi les éléments à prendre en compte, il faudra notamment prendre en considération le fait qu'une sentence arbitrale avant dire droit devra le cas échéant faire l'objet d'*exequatur*, impliquant un certain délai, sauf à considérer que la partie adverse s'exécute immédiatement. Il y a également l'incapacité de l'arbitre à prendre certaines mesures requérant un certain *imperium* ou encore l'incapacité des arbitres à se réunir dans le temps court que nécessite la situation d'urgence.¹⁷⁰ Cela sera surtout le cas dans le cadre d'un arbitrage international, lorsque par exemple un arbitre se trouve en Hongrie alors qu'un autre est au même moment en Espagne et que par conséquent il serait difficile de réunir en urgence les arbitres.¹⁷¹

La possibilité offerte aux parties de recourir au juge s'explique donc par le fait que le tribunal arbitral ne dispose pas des mêmes prérogatives que le juge et ne peut dès lors pas avoir la même efficacité que ce dernier.¹⁷² L'arbitre ne peut par exemple pas prendre des mesures contraignantes concernant des tiers ou encore ordonner une saisie conservatoire.¹⁷³ En effet, le seul juge compétent pour ordonner une saisie conservatoire est le juge des saisies en vertu de l'article 1395 du Code judiciaire. Cela s'explique d'une part par l'absence d'*imperium* dans le chef de l'arbitre¹⁷⁴, et d'autre part, par le fait qu'une demande de saisie conservatoire se fera par requête unilatérale à des fins d'efficacité devant le juge alors que l'arbitre se doit de respecter le principe du contradictoire.¹⁷⁵

A ce propos, rappelons que la sollicitation du juge des saisies en vue de procéder à une saisie conservatoire n'équivaut également pas pour autant à la renonciation des parties à une procédure d'arbitrage en cours conventionnellement établie.¹⁷⁶

¹⁷⁰ J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p. 218; Voyez également en ce sens: J-Fr. TOSSENS, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 779

¹⁷¹ Interview, Marc Dal, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du Cepani, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

¹⁷² J. VAN COMPERNOLLE, J-F VAN DROOGHENBROECK, A. SALETTI, "Avant propos", *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, p.12; Interview, Marc Dal, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du Cepani, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

¹⁷³ G. DE LEVAL, " L'arbitre et le juge étatique: Quelle collaboration?" *Rev. dr. intern. comp.* , 2005 , pp. 11-12; H. BOULARBAH " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 756; P. DE BOURNONVILLE, *o.c.*, p.763

¹⁷⁴ 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

¹⁷⁵ O. MIGNOLET, *o.c.*, , p.167

¹⁷⁶ G.KEUTGEN et A. GOESSENS, *o.c.*, p.828; Cass, 10 février 2005, *Pas*, 2005,I, p.345; Comm. Nivelles, 26 octobre 2010, R.G. n° A/10/00131, inédit.

Par ailleurs, la nécessité d'une surprise est parfois telle qu'il n'y a guère d'autre choix pour la partie de solliciter par requête unilatérale le juge des référés afin d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire.¹⁷⁷ En effet, une telle procédure unilatérale devant l'arbitre n'est pas admise en droit belge de l'arbitrage. Rappelons, que tel n'est pas le cas selon la loi type CNUDCI qui permet une requête unilatérale dite *ex parte* devant l'arbitre conformément à l'article 17 B (*cfr supra*).

Nous le voyons, il existe différentes raisons qui pourraient nécessiter l'intervention du juge. La question que pourrait se poser le lecteur est la suivante : comment être certain que le juge n'indiquera pas une fin de non-recevoir face à la demande d'une mesure provisoire, qui selon lui, pourrait être ordonnée par un arbitre, et que dès lors la partie demanderesse ne satisfait pas aux conditions pour solliciter l'aide du juge ? Peut-être une intervention législative à ce sujet constituerait un palliatif intéressant permettant d'obtenir plus de sécurité juridique et d'efficacité de l'arbitrage.

Une autre suggestion d'un éminent auteur nous paraît encore plus intéressante. En effet, nous trouvons l'idée de Monsieur VAN DROOGHENBROECK novatrice. Celle-ci consiste à plaider pour donner la possibilité aux parties de demander aux arbitres s'ils sont à même de rendre une mesure provisoire dans le délai imparti ou à défaut de leur donner en quelque sorte un "grâle" leur permettant de prouver devant le juge des référés l'inaptitude des arbitres à remplir cette mission d'urgence dans les temps voulus, écartant dès lors toute discussion sur la compétence du juge à statuer. Un tel mécanisme pourrait trouver sa source dans la convention d'arbitrage voire dans les règlements d'arbitrage.¹⁷⁸

Néanmoins, il est tout à fait possible que l'arbitre, sur demande d'une partie, prononce des mesures provisoires et conservatoires, à l'exception de celles susmentionnées, et qu'il jugerait nécessaires, conformément au Code Judiciaire.¹⁷⁹ Il s'agit de mesures que pourrait prendre tant le juge du fond en vertu de l'article 19 alinéa 2 du Code judiciaire que le juge des référés en vertu de l'article 584 du Code judiciaire.¹⁸⁰

¹⁷⁷ J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p .205

¹⁷⁸ *Ibidem*, p .219

¹⁷⁹ Art 1691 C.J

¹⁸⁰ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T* , 2013, p.790

On peut donc relever ici la complémentarité/subsidiarité selon le point de vue adopté, qui existe entre le choix soit de recourir au tribunal arbitral soit de recourir à la juridiction étatique. L'avantage des arbitres est qu'ils connaissent parfaitement le dossier et seraient donc mieux placés pour prendre des mesures provisoires et conservatoires.¹⁸¹

C. L'exclusion du recours au juge ou à l'arbitre

1. L'exclusion du pouvoir arbitral de prononcer des mesures provisoires

L'arbitrage étant de nature conventionnelle, il est tout à fait possible pour les parties de modaliser les règles de procédure applicables à leur procédure d'arbitrage, et dès lors d'écarter ou de compléter certaines dispositions du Code judiciaire, en ce compris celles s'agissant des mesures provisoires. C'est l'exemple de la renonciation *a priori* des parties à réclamer des mesures provisoires au tribunal arbitral.¹⁸² En effet, les parties pourraient valablement convenir d'exclure la possibilité de demander à l'arbitre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires et dès lors s'adresser exclusivement au juge des référés. Ce choix peut se comprendre par la nécessité parfois de rendre la mesure provisoire prise par le tribunal arbitral, exécutoire. En effet, une telle décision devra dans tous les cas obtenir *l'exequatur* du juge judiciaire afin d'acquérir la force exécutoire. Par conséquent, cela diminue l'efficacité *prima facie* de la mesure provisoire arbitrale.¹⁸³ Le juge des référés prendra alors des mesures provisoires ou conservatoires en tenant compte des particularités propres à l'arbitrage.¹⁸⁴

Par ailleurs, la pratique relève que le plus souvent, à défaut pour les parties d'avoir modalisé précisément le déroulement procédural, il reviendra à l'arbitre d'établir celui-ci, tout en veillant à respecter les droits de la défense et le principe du contradictoire.¹⁸⁵

Quoiqu'il en soit, il ressort de la pratique que de telles clauses privant le tribunal arbitral du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires sont rares et sont d'ailleurs inexistantes parmi les

¹⁸¹ G.KEUTGEN et A. GOESSENS, *o.c.*, p.828

¹⁸² O. MIGNOLET, *o.c.*, p.163

¹⁸³ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T.*, 2013, p.789

¹⁸⁴ Art. 1698 C.J

¹⁸⁵ O. MIGNOLET, *o.c.*, p.163

règlements d'arbitrage.¹⁸⁶ Bien qu'une certaine doctrine¹⁸⁷ soit d'avis que dans cette hypothèse il serait possible pour l'arbitre de saisir le juge des référés afin de prendre de telles mesures, d'autres sont d'avis que cela violerait le principe dispositif, et qu'à l'instar de ce que nous indiquions plus tôt s'agissant de la production de document, l'arbitre pourrait tout au plus inviter les parties à saisir le juge étatique.¹⁸⁸

Pour notre part, nous sommes d'avis que le législateur a clairement voulu, d'autant plus avec la loi du 24 juin 2013, instaurer une collaboration entre le juge d'appui et l'arbitre. Par conséquent, pourquoi ne pas admettre qu'un arbitre, qui par définition a connaissance des tenants et aboutissants du litige, ne pourrait-il pas saisir lui-même le juge dans une telle hypothèse et ainsi peut-être éviter une argumentation plus subjective en cas de sollicitation par une partie ? Le plus simple serait probablement d'insérer une clause prévoyant que l'arbitre, si nécessaire, pourra le cas échéant saisir lui-même le juge pour ordonner des mesures provisoires. En effet, la clause de renonciation vise le renoncement au pouvoir de l'arbitre d'ordonner de telles mesures et non pas le renoncement à la possibilité offerte à l'arbitre de solliciter lui-même de telles mesures auprès du juge.¹⁸⁹

Nous pourrions même pousser notre réflexion plus loin. En effet, pourquoi ne pas prévoir de manière plus générale une telle clause permettant dans toutes les situations, y compris en l'absence de clause réfutant tout pouvoir de prise de mesure provisoire, que l'arbitre, dès qu'il le juge nécessaire, puisse solliciter lui-même directement le juge d'appui ?

2. L'exclusion du recours au juge pour ordonner des mesures provisoires

De manière similaire, les parties pourraient convenir d'exclure le recours au président du tribunal de première instance dans le but d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires. Il se pourrait également que l'on tire une volonté implicite des parties de se soustraire à toute intervention du juge d'appui lorsque celles-ci se réfèrent à un règlement d'arbitrage pour

¹⁸⁶ J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p. 226

¹⁸⁷ G. KEUTGEN et G-A DAL, *o.c.*, p.344

¹⁸⁸ J-Fr. TOSSENS, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 781 ; J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p. 227; G.CLOSSET-MARCHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *J.T.*, 2010, p.248

¹⁸⁹ Voyez en ce sens J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p. 227 qui reconnaît un tel atout au principe.

résoudre leur litige, lequel règlement prévoyant une disposition excluant la compétence du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral.¹⁹⁰

Cette option peut se comprendre étant donné le fait que les arbitres auront une meilleure connaissance du litige et que cela permettra donc à l'arbitre de prendre la mesure la plus adaptée compte tenu des circonstances d'espèce.¹⁹¹

Une certaine jurisprudence française semble s'aligner également sur cette position.¹⁹² Toutefois, ce n'est pas pour autant que la partie désireuse de saisir le juge malgré une clause contraire dans la convention d'arbitrage se verra opposer systématiquement une fin de non-recevoir. En effet, dans la doctrine française¹⁹³ et la pratique arbitrale¹⁹⁴, il est admis qu'un tel recours pourrait éventuellement être accepté mais uniquement dans des cas exceptionnels de grave péril.

Par ailleurs, la jurisprudence néerlandophone relève que si le tribunal arbitral est constitué, les parties peuvent effectivement décider d'exclure le recours au juge des référés.¹⁹⁵ Néanmoins une telle exclusion serait contestable si le tribunal arbitral n'était pas encore mis en place. En effet, le principe de bonne administration de la justice ne peut être affecté et une telle exclusion aurait pour effet de priver l'une des parties de la possibilité de solliciter une mesure auprès du juge des référés s'agissant par exemple de la conservation d'une preuve.¹⁹⁶

La situation n'est donc peut-être pas aussi simple qu'elle n'y paraît. Certains auteurs, prônant même la nullité en toute hypothèse d'une telle convention au motif que le juge des référés doit toujours pouvoir intervenir en cas d'urgence pour sauver du préjudice une partie.¹⁹⁷ De plus,

¹⁹⁰ D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.* p.31

¹⁹¹ G. CLOSSET- MARCHAL, "Procédure arbitrale", in *droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.32

¹⁹² Civ, 1^{re}, 14 mars 1984, *Rev Arb*, 1985, p.69, note G. Couchez; Civ 1^{ère}, 6 mars 1990, *Horeva*, *Rev.arb.*, 1990, p.633, note H. Gaudemet-Tallon; Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, *Rev. Arb.*, 1989 pp. 653-667, note Ph. Fouchard

¹⁹³ C. CHAINAIS, *o.c.*, p.327

¹⁹⁴ Sentence finale de 1994, Aff 7589, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 10, n°1, 1999, p.62

¹⁹⁵ Prés., réf., Comm Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C/T.B.H.*, 2005, p.86, note J. DECOKER, " Kort geding en arbitrage in drie stappen".

¹⁹⁶ G.KEUTGEN et A. GOESSENS , *o.c.*, p.828

¹⁹⁷ I. VEROUGSTRAETE et M. HUYBRECHTS, " Relation avec les juges", in *l'arbitre: pouvoirs et statuts*, Bruxelles, Bruylant,2003, p. 354, n°23; M. STORME, " Grongbeginselen bij de totsandkoming van de overeenkomst tot arbitrage", actes du colloque du Cepani du 7 mars 1973 , n°4; Voyez également en ce sens: H.

la jurisprudence belge s'est déjà prononcée dans un certain nombre d'arrêts en faveur d'un tel raisonnement au motif notamment que le juge des référés est le mieux placé pour intervenir en cas d'urgence.¹⁹⁸

Par ailleurs, il ne faut pas perdre à l'esprit l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de Strasbourg consacrant le droit à l'accès à la justice. En effet, voilà un argument qui tend selon nous à démontrer qu'une telle clause de renonciation serait illicite dans la mesure où elle priverait une partie d'un recours à la justice efficace lorsque l'arbitre n'est pas en mesure de prendre les mesures nécessaires que la situation d'urgence exige.¹⁹⁹ La doctrine française souligne également ce problème de déni de justice.²⁰⁰

De plus, un article nous semble sonner encore plus le trouble sur la licéité d'une telle clause. En effet, l'article 1676 §8 du Code Judiciaire énonce 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*". Or l'article 1683 énonce le principe de compatibilité entre la saisine d'un juge avec la convention d'arbitrage. Si aucune convention contraire n'est permise, nous voyons mal comment admettre la licéité d'une telle clause. C'est d'ailleurs ce que souligne Monsieur VAN DROOGHENBROECK.²⁰¹ Nous ne pouvons qu'espérer une clarification législative peut-être encore plus explicite sur ce dernier point, ce qui aurait le mérite de mettre fin à toute controverse possible sur le sujet.

BOULARBAH, " juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 763 indiquant que " *les clauses emportant renonciation à toute saisine du juge des référés, même préalable à l'arbitrage, doivent être écartées car elles entravent en réalité la protection des droits du demandeur et partant l'utilité de la procédure arbitrale*" ; 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 X., Hommage à Guy Keutgen. Pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.763; G.KEUTGEN et G-A DAL, *o.c.*, p. 344

¹⁹⁸ Comm. Liège (réf), 10 mai 1994, *J.T.*, 1994, p.638 ; Civ. Namur (réf), 16 juillet 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1515; Bruxelles, 23 juin 1987, *Ann.dr. Liège*, 1990, p. 242

¹⁹⁹ G. DE LEVAL, *éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.16

²⁰⁰ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *o.c.*, p.200

²⁰¹ J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p .235

D. Analyse comparative entre le système adopté par la loi type C.N.U.D.C.I et le droit belge

Comme déjà indiqué, la loi du 24 juin 2013 portant réforme à notre sixième partie du Code judiciaire s'inspire largement de la loi type CNUDCI.²⁰² Le but de la loi type étant d'uniformiser la pratique internationale.²⁰³ Par conséquent, il est intéressant d'analyser quelles sont les similitudes entre ces deux systèmes ainsi que les nuances que nous avons pu épingleter et qui peuvent avoir un impact au niveau de l'assistance du juge d'appui.

Notons préalablement, que contrairement à la loi type CNUDCI qui se situe dans le contexte de l'arbitrage commercial international, les dispositions de droit belge tendent à s'appliquer à tous types d'arbitrages.²⁰⁴

1. La définition d'une mesure provisoire

Le législateur n'a pas opéré une définition précise du concept de mesure provisoire ou conservatoire dans la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage.²⁰⁵ Tout au plus, le législateur indique le pouvoir du juge d'appui en la matière, de manière analogue à ce que prévoit l'article 17 J de la loi type CNUDCI. En effet le droit belge prévoit que "*le juge des référés dispose, pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non lieu sur le territoire belge, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités de l'arbitrage.*"²⁰⁶

La loi type de 1985 ne comprenait également pas de définition du concept. Néanmoins, les travaux préparatoires avaient souligné le caractère large de ce type de mesure et mentionnaient quelques exemples, telle que la mesure tendant à protéger le secret d'affaire.²⁰⁷

²⁰² M. PIERS, " De nieuw arbitragewet 2013: essentiële bepalingen en hun praktische werking", Intersentia, Antwerpen, 2013, ten geleide, p. V

²⁰³ M. DAL, "L'arbitrage en pratique: questions choisies", *r.p.d.i.*, 2014, p. 55

²⁰⁴ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T.*, 2013, p.786

²⁰⁵ D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.19; Interview, Marc Dal, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du Cepani, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

²⁰⁶ Art. 1698 C.J

²⁰⁷ *Official records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17)*, Annex I, para. 96. (lien : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/12/PDF/N8532512.pdf?OpenElement>)

Depuis la version de 2006, la loi type comprend désormais une définition claire en son article 17. Cette évolution n'a pas été suivie par le législateur belge, ce qui nous semble quelque peu paradoxal étant donné le souhait de ce dernier de s'inspirer largement de la loi type CNUDCI et que la précision des concepts juridiques est toujours gage de sécurité juridique. Les travaux parlementaires²⁰⁸ justifient ce choix par la volonté de maintenir une certaine souplesse pour l'arbitre.

La question qui nous vient alors à l'esprit est la suivante: la précision du concept, et partant de la sécurité juridique apportée, est-elle forcément à contre-courant de la souplesse souhaitée par le législateur ? Un arbitre connaissant précisément les mesures qu'il est appelé le cas échéant à adopter ne gagne-t-il pas en efficacité et rapidité? Nous sommes bien conscients que l'argument inverse pourrait intellectuellement être avancé mais la question mérite d'être posée. L'argument inverse est d'ailleurs souligné par M. DAL. Selon celui-ci, il faut garder à l'esprit le fait qu'il y a toujours derrière ces définitions ou règles juridiques une réalité concrète. En effet, l'arbitre, selon chaque cas d'espèce appréciera la portée des mesures provisoires et verra dans chaque situation quelle mesure est opportune.²⁰⁹ Dès lors, une portée plus souple, voire plus large des mesures provisoires que pourrait ordonner l'arbitre, a pour effet de diminuer la nécessité de recourir au juge d'appui.

2. Compétence de l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires

L'article 17 CNUDCI donnait compétence à l'arbitre, à la demande des parties, d'ordonner des mesures provisoires "*qu'en ce qui concerne l'objet du différend.*" Cette disposition a été interprétée²¹⁰ de manière restrictive comme ne conférant pas de pouvoir générique à l'arbitre sur l'octroi de mesures provisoires. Néanmoins, la loi type CNUDCI, telle qu'amendée en 2006, a supprimé cette précision, portant par conséquent un pouvoir beaucoup plus large à l'arbitre.²¹¹ C'est également l'option prise par notre législateur belge à l'article 1691 du Code judiciaire. *A contrario*, on aura bien compris que plus la compétence de l'arbitre est étendue, moins la nécessité se fera de recourir au juge d'appui.

²⁰⁸ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001,p.24

²⁰⁹ Interview, Marc Dal, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du Cepani, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

²¹⁰ Case No. 565 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Germany, 24 Sch 01/01, 5 April 2001

²¹¹ UNCITRAL, *o.c.*, p.86

3. La compatibilité de la saisine du juge avec une convention d'arbitrage

La loi type CNUDCI prévoit en son article 9 la possibilité de saisir un juge pour une demande de mesure provisoire malgré la présence d'une convention d'arbitrage. L'interprétation de cet article a fait l'objet d'une évolution depuis 2006. En effet, dans un premier temps, et préalablement à l'adoption des différents amendements à la loi type en 2006, il était admis qu'il ne s'agissait en aucun cas d'une disposition conférant en tant que telle un pouvoir d'ordonner des mesures provisoires au juge étatique. La disposition fondant le pouvoir du juge d'appui d'ordonner des mesures provisoires devait être trouvée dans les droits nationaux.²¹² Les travaux préparatoires sur l'article 9 de la loi type CNUDCI tels qu'adoptés en 1985 ont d'ailleurs eu l'occasion de le souligner.²¹³ Cela a également été confirmé par la Cour d'appel de Singapour, à l'occasion d'une question posée sur le pouvoir de la Cour d'ordonner une mesure empêchant le défendeur de disposer de ses actifs à Singapour en présence d'une clause d'arbitrage. En effet, la Cour a rappelé que l'article 9 de la loi type devait être interprété strictement au sens où il prévoyait simplement la compatibilité entre la saisine d'un juge en vue d'obtenir une mesure provisoire et la présence d'une convention d'arbitrage.²¹⁴ Cet article n'a ailleurs pas fait l'objet de modification dans le cadre des amendements portés à la loi type en 2006.

Néanmoins, si l'article 9 n'a pas fait l'objet de modification, l'article 17J tel que prévu par la loi type CNUDCI suite aux amendements de 2006²¹⁵, a entraîné un certain impact sur l'interprétation donnée à l'article 9. En effet, en vertu de cet article " *un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non lieu sur le territoire du présent Etat, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international.*"²¹⁶ Par conséquent, le juge se voit disposer d'une source de droit lui conférant le pouvoir d'adopter des mesures provisoires. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée. En effet, comme le souligne d'ailleurs l'article 17J, il disposera " *du même pouvoir que celui dont il dispose en*

²¹² *Ibidem*, p. 52

²¹³ *Official records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17)*, Annex I, para. 96

²¹⁴ CLOUT case No. 741, *Swift-Fortune Ltd. v. Magnifica Marine SA*, Court of Appeal, Singapore, 1 December 2006

²¹⁵ Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 4 décembre 2006, sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/61/453), Soixante et unième session, A/RES/61/33

²¹⁶ Art. 17 J loi type CNUDCI

*relation avec une procédure judiciaire et il exercera ce pouvoir conformément à ses propres procédures". Dès lors, le droit national garde sa prééminence.*²¹⁷

Il existe une certaine jurisprudence tendant à encadrer le recours au juge prévu par l'article 17 J de la loi type. En effet, le tribunal de première instance à Hong Kong a déjà eu l'occasion de souligner que ce recours devait se faire de manière parcimonieuse et uniquement quand cela est nécessaire.²¹⁸ Une Cour indienne²¹⁹ a adopté la même interprétation restrictive en ce sens qu'une partie qui aurait fait le choix de solliciter une mesure provisoire auprès de l'arbitre, ne devrait pas procéder en même temps à une demande de même nature devant le juge étatique, pour éviter une multiplication de procédures qui aurait pour conséquence le cas échéant de court-circuiter ou à tout le moins, de ralentir la procédure arbitrale. Enfin, une juridiction de la Nouvelle-Zélande²²⁰, a précisé la nature complémentaire et de soutien du juge, et que dès lors le but n'est point d'opérer une substitution du juge à l'arbitre. Le parallèle peut être ici fait avec l'article 28 du règlement CCI qui précise, mais cette fois-ci de manière explicite, que le recours au juge, après la constitution du tribunal arbitral, pour demander des mesures provisoires ne se fera que si "*les circonstances s'y prêtent*". Par ailleurs, notons que cette compatibilité résiste à un lieu d'arbitrage qui se trouverait dans une juridiction étrangère.²²¹

S'agissant de la comparaison avec notre droit belge, l'article 1683 du Code judiciaire prévoit très similairement la même compatibilité: "*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*".

4. Les conditions d'octroi

Comme le soulignent les travaux parlementaires²²², le législateur belge a décidé de ne pas intégrer dans la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, les conditions d'octroi

²¹⁷ UNCITRAL, *o.c.*, p.53

²¹⁸ *Leviathan Shipping Co. v. Sky Sailing Overseas Co.*, Court of First Instance, Hong Kong, 18 August 1998, [1998] 4 HKC 347, disponible sur internet à: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1998/549.html>.

²¹⁹ *Sri Kirshan v. Anad*, Delhi High Court, India, 18 August 2009, OMP No. 597/2008.

²²⁰ *Sensation Yachts Ltd. v. Darby Maritime Ltd.*, Auckland High Court, New Zealand, 16 May 2005

²²¹ CLOUT case No. 393 [Frontier International Shipping Corp. v. Tavros (The), Federal Court—Trial Division, Canada, 23 December 1999], [2000] 2 FC 445; UNCITRAL, *o.c.*, p.53

²²² *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n°53-2743/001,p.24; CAPRASSE O., "Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage", *actualité en droit judiciaire*, p.417

des mesures provisoires ou conservatoires, reprises dans la loi type CNUDCI.²²³ Cette décision préside de la volonté du législateur de préserver le caractère rapide et efficace de l'arbitrage. Par conséquent, ce dernier a préféré ne pas obliger l'arbitre à devoir se confronter à une liste énumérative des conditions d'octroi de telles mesures et a plutôt opté pour laisser une marge d'appréciation à l'arbitre sur l'opportunité de mesures provisoires.²²⁴

Néanmoins, il est vrai que la loi type offre la possibilité d'une plus grande souplesse s'agissant des mesures visant à sauvegarder certaines preuves essentielles à la résolution du litige car elles ne devront pas obligatoirement faire l'objet des conditions cumulatives énoncées à l'article 17 A selon l'appréciation de l'arbitre.²²⁵ Par ailleurs, remarquons qu'il y a, comme souvent, une différence entre la théorie et la pratique. En effet, comme le souligne Monsieur BESSON, les critères ainsi définis ne le sont pas de manière exhaustive de telle sorte que la pratique arbitrale a eu égard à un critère d'urgence pourtant non mentionné dans la disposition théorique.²²⁶

La souplesse accordée par le législateur belge en n'établissant pas précisément les conditions d'octroi des mesures provisoires permet donc aux parties de se tourner prioritairement vers l'arbitre et non vers le juge d'appui.

5. Les mesures provisoires unilatérales

Nous pouvons relever une deuxième différence. La loi type CNUDCI permet à l'arbitre de prendre des mesures unilatérales dites "ordonnances préliminaires" en son article 17 B et C

²²³ Art 17 A, loi type CNUDCI : "*Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du différend. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.*"; L'article 226 (3) du Règlement CNUDCI (2010) prévoit les mêmes critères. Les conditions d'octroi ne sont généralement pas indiquées de manière précise par les lois nationales d'arbitrage, voyez en ce sens: A. YESILIRMAK, "Arbitral Provisional Measures", *in international Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, pp. 159-236

²²⁴ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T.*, 2013, p.790; Art 1691 C.J

²²⁵ D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.26

²²⁶ S.BESSON, *o.c.*, p.45; voyez également une décision arbitrale en ce sens: Aff. CCI 8307, 11740, 11798 et 12553, Bull. CI Arb. CCI Vol. 22/ Special Supplement (2011), p.19, para 16, p.41, p.53 et p.72, para 79

entraînant d'ailleurs la critique de certains auteurs doctrinaux.²²⁷ Il s'agit d'accorder à une partie la possibilité de requérir de manière unilatérale l'octroi de mesures provisoires à l'arbitre, autrement dit sans en avertir au préalable la partie adverse et en dérogeant dès lors au principe du contradictoire.²²⁸ Néanmoins, l'article 17 B précise que ce sera à la condition que "*la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure*". L'arbitre rendra donc une ordonnance préliminaire sans entendre la partie adverse. Si cela peut heurter la nature essentielle du contradictoire en matière d'arbitrage, soyons certains que la procédure mise en oeuvre fera en sorte que la partie contre qui la mesure est sollicitée, pourra rapidement exposer ensuite ses arguments afin le cas échéant d'obtenir une décision modificatrice du tribunal arbitral.²²⁹ Néanmoins, une telle procédure aura probablement pour effet d'ébranler la confiance de la partie, contre qui la mesure est adressée, vis à vis de l'arbitre.²³⁰

De plus, cette ordonnance présente le risque de ne pas être pleinement efficace. En effet, l'ordonnance préliminaire n'est pas susceptible d'être rendue exécutoire par le juge.²³¹ Par ailleurs, l'ordonnance aura une durée de vie maximale de 20 jours et ne constitue en aucun cas une sentence.²³² Le caractère unilatéral de la mesure est donc quelque peu contrebalancé par sa nature plus limitée.

Le but est de garantir un certain effet de surprise, ce qui n'est du reste en principe pas possible en vertu du caractère contradictoire de la procédure. Par ailleurs, rien n'empêche l'arbitre de modifier cette ordonnance ultérieurement.²³³

Cette voie n'a toutefois pas été suivie par notre législateur. En effet, il ressort des travaux parlementaires²³⁴, qu'il est plus efficace de s'adresser au juge étatique. De plus, une mesure

²²⁷ Y. DERAIS, " L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires *ex parte* ", Les cahiers de l'arbitrage, vol II, Gaz, Pal, 2004, p.74 et s. ; H. VAN HOUTTE, " Ten reasons against a proposal for interim measures of protection in arbitration", *Arbitration international*, 2004, pp.85 et s.

²²⁸ O. MIGNOLET, *o.c.*, p.176

²²⁹ S.BESSON, *o.c.*, p.57

²³⁰ A. REINER, " L'urgence après la constitution du tribunal arbitral" in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.115

²³¹ Art. 17 C, 5° CNUDCI; A. REINER, " L'urgence après la constitution du tribunal arbitral", in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 , p.115

²³²; D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.25; UNCITRAL, *o.c.*, p.89

²³³ D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.25

²³⁴ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001,p.24

ordonnée unilatéralement risquerait de compromettre l'impartialité de l'arbitre appelé à statuer sur le fond ultérieurement.

Néanmoins, il est généralement admis que l'arbitre pourra ordonner une mesure provisoire unilatérale dans le cas où la loi d'arbitrage applicable l'autorise ou en cas d'accord des parties, sauf si un tel accord serait en contradiction avec la loi d'arbitrage applicable.²³⁵ Le lecteur comprendra directement notre interrogation. Selon cette opinion, pourrait-on dès lors considérer que si la clause d'arbitrage contient l'accord des parties d'ordonner une mesure provisoire unilatérale, l'arbitre pourrait ordonner une telle mesure ? En effet, s'il est certain que les travaux parlementaires s'y opposent, aucune interdiction n'a été formulée dans la loi d'arbitrage belge. Comme le souligne le praticien Monsieur CALLENS²³⁶, on peut supposer qu'il y ait fort à parier que le juge soulèverait l'argument selon lequel ce serait contraire à l'ordre public.

6. La révision de la décision arbitrale

La modification, la suspension ou la rétraction des mesures provisoires ou conservatoires est prévue de manière analogue dans les deux sources de droit avec néanmoins une nuance. Si le droit belge n'offre pas la possibilité à l'arbitre de mettre en oeuvre ces différentes actions d'initiative²³⁷, l'article 17D de la loi type CNUDCI ou l'article 26 du règlement CNUDCI permet à l'arbitre d'entreprendre ces actions de sa propre initiative, " *dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties*".²³⁸ Néanmoins, une telle révision ne sera possible selon le règlement CNUDCI, que si les circonstances ont évolués depuis le moment où la mesure a été rendue.²³⁹

Cette différence s'explique par la volonté du législateur de ne pas violer le principe dispositif qui est un principe majeur de notre droit belge comme l'ont encore souligné les travaux parlementaires belges relatifs au projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire

²³⁵ A. REINER, " L'urgence après la constitution du tribunal arbitral" in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.118

²³⁶ Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015

²³⁷ Art. 1692 C.J

²³⁸ Art. 17 D CNUDCI

²³⁹ S.BESSON, *o.c.*, p.57

relative à l'arbitrage.²⁴⁰ Toutefois, l'arbitre pourrait le cas échéant revenir sur une décision du juge ordinaire concernant les mesures provisoires, celle-ci revêtant le caractère provisoire.²⁴¹ Cela va donc au delà de ce qui est prévu par la loi type. Cela nous permet de constater que si le juge d'appui peut effectivement constituer une aide prépondérante, dans certains cas, l'arbitre, qui connaît probablement plus profondément le litige, disposera encore du pouvoir de modifier une mesure provisoire rendue le cas échéant par le juge d'appui.

7. La notification d'un changement de circonstances

Par ailleurs, notons simplement que l'article 1694 du Code Judiciaire et l'article 17 F CNDUCI sont rédigés de manière identique s'agissant de la communication par les parties de tout changement de circonstances fondant la décision de mesures provisoires ou conservatoires.

8. La responsabilité du demandeur de la mesure provisoire

Une dernière similarité trouve son fondement dans l'article 1695 du Code judiciaire et de l'article 17 G CNUDCI en vertu desquels la partie qui a sollicité l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire sera responsable des conséquences de celle-ci dans l'hypothèse où le tribunal arbitral déciderait par la suite qu'une telle mesure n'aurait en réalité pas dû être prononcée.²⁴²

E. La reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires

On touche ici à un rôle sensible du juge d'appui qui va permettre à une décision arbitrale de revêtir la force exécutoire permettant de contraindre le destinataire de la mesure à s'exécuter.

De manière générale, selon le droit national en question, il existe deux modalités s'agissant de l'exécution forcée des mesures provisoires et conservatoires. En effet, ces mesures peuvent être qualifiées de "sentence" et être incluses dans le régime général de l'exécution des

²⁴⁰ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.25; Voyez également en sens: D. MATRAY et F. VIDTS, *o.c.*, p.21

²⁴¹ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.25

²⁴² M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T* , 2013, p.790

sentences arbitrales en vertu du droit national. Mais il peut également y avoir une seconde modalité en vertu de laquelle les mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre d'une procédure arbitrale font l'objet d'un régime spécifique d'exécution.²⁴³ C'est cette seconde voie que le législateur belge a suivie par le biais de l'article 1696 du Code judiciaire.

L'exposé des motifs des travaux parlementaires permet "*la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales sur les mesures provisoires ou conservatoires sans distinguer selon que cette décision a été adoptée sous la forme d'une sentence arbitrale ou sous une autre forme*".²⁴⁴ Néanmoins, une certaine doctrine²⁴⁵ est d'avis qu'une ordonnance de procédure, étant dépourvue de toute formalisation, ne peut pas être revêtue de la formule exécutoire, l'arbitre fondant l'espoir de l'exécution de sa mesure sur une certaine autorité morale dont il dispose et sur la conscience des parties qu'un refus d'obtempérer serait de nature à leur porter ultérieurement préjudice lors de la sentence finale.²⁴⁶

Par contre, une sentence rendue par le tribunal arbitral aura force obligatoire mais n'acquerra la force exécutoire que par l'intervention du tribunal de première instance.²⁴⁷ Celui-ci pourra exiger une garantie de la part du demandeur mais uniquement dans l'hypothèse où l'arbitre ne l'aurait pas déjà demandée conformément à l'article 1696 §3 du Code judiciaire. Ceci, dans un souci de cohérence et d'efficacité. Il est donc plus judicieux que la forme de la décision arbitrale soit une sentence avant dire droit permettant d'éviter toute discussion sur l'*exequatur*.²⁴⁸

Par ailleurs, en vertu de l'article 1697 §2 du Code judiciaire, le juge étatique ne se prononcera pas sur le bien fondé de la mesure provisoire ou conservatoire lors de son examen de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire de la dite mesure. Notons, que la

²⁴³ A. REINER, *o.c.*, p. 136

²⁴⁴ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.26

²⁴⁵ Voyez en ce sens 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.193

²⁴⁶ J.F. TOSSENS, "L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance", *in L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.75

²⁴⁷ Art 1696 C.J

²⁴⁸ Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015

pratique allemande se situe sur la même ligne que notre droit belge s'agissant du défaut de contrôle du bien fondé de la décision.²⁴⁹

La question de l'exécution des mesures provisoires est également sensible en droit français. En effet, bien qu'ayant fait l'objet d'une réforme par le biais d'un décret de 2011 apportant certaines modifications sur l'arbitrage (*cf supra*), le droit français de l'arbitrage ne comporte aucune indication sur la nature de la décision arbitrale, ce qui est donc aussi source d'ambiguïté. Il ressort, à tout le moins, que l'arbitre qualifiera sa mesure provisoire soit "d'ordonnance de procédure" auquel cas cette dernière ne pourra pas faire l'objet d'*exequatur*, soit de "sentence" auquel cas celle-ci pourra faire l'objet d'*exequatur*. Le législateur français a certainement voulu économiser de nouvelles procédures à la justice française, déjà très chargée.²⁵⁰

La fracture se situerait donc au niveau de l'*exequatur* de la mesure provisoire. En effet, la distinction entre ordonnance et sentence en droit belge ne comporte guère plus de divergences au regard des conséquences que ces différentes qualifications impliquent. En effet, si l'on s'en tient aux travaux parlementaires, dans les deux cas, la mesure provisoire pourra faire l'objet d'*exequatur* devant le juge étatique.²⁵¹ *A contrario*, si l'on s'en tient à une certaine doctrine préalablement mentionnée²⁵², la distinction continuerait de s'imposer de telle sorte que la fracture entre le droit belge et français ne serait que superficielle.

F. Les motifs du refus du juge de la reconnaissance ou de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires

Le législateur a pris soin d'énumérer les cas dans lesquels l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire pourrait être refusé.²⁵³ Cela sera notamment le cas si la constitution de la garantie demandée par le tribunal arbitral n'a pas été respectée ou si la mesure provisoire ou

²⁴⁹ Décision 565: LTA 17, Allemagne: Oberlandesgericht Frankfurt, 24 Sch 1/01, 5 avril 2001, publiée en allemand: [2001] Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport 1078 (ou le lien: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V05/878/29/PDF/V0587829.pdf?OpenElement>, p.10)

²⁵⁰ C. CHAINAIS, *o.c.*, pp.310-314

²⁵¹ O. MIGNOLET, *o.c.*, p 183

²⁵² 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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.193

²⁵³ Art 1721 C.J

conservatoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral. Le tribunal de première instance pourra opérer le même refus si la déclaration exécutoire d'une telle mesure était contraire à l'ordre public ou s'il ne s'agissait en réalité pas d'un litige arbitral.²⁵⁴

Ces mesures, qui peuvent sembler contraignantes, présentent en réalité l'avantage d'apporter de la sécurité juridique et dès lors de rendre efficace les décisions rendues par le tribunal arbitral.²⁵⁵ Le juge étatique joue donc ici également un rôle de garde-fou vis à vis de la justice privée.

Chapitre 4: Analyse comparative avec le droit français

Une approche de droit comparé avec le droit français est particulièrement intéressante en vue d'analyser les similarités mais surtout les différences existantes entre nos droits respectifs. Le décret "pivot" français est très certainement le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. En effet, avant le décret français de 2011, et ce, contrairement au droit belge, le droit français ne comportait pas de précisions concernant les mesures provisoires bien que la jurisprudence semblait d'avis que l'arbitre dispose de la compétence d'ordonner de telles mesures.²⁵⁶ Conscient de ce silence législatif, le législateur français a, par le biais de l'article 1468 du Code de procédure civile, explicitement conféré le pouvoir à l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires.²⁵⁷ L'article 1449, quand à lui, de manière analogue au droit belge, prévoit la compatibilité entre une convention d'arbitrage et la saisine d'un juge préalablement à la constitution du tribunal arbitral.²⁵⁸

Notons que les dispositions légales françaises citées sont également applicables en matière d'arbitrage international comme le souligne l'article 1506 du Code de procédure civile français.

²⁵⁴ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T*, 2013, p.790

²⁵⁵ A. REINER, *o.c*, p.137

²⁵⁶ E. JOLIVET, *o.c*, p 15

²⁵⁷ Art. 1468 CPC: "*Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée*".

²⁵⁸ Art. 1449 CPC: "*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*".

A. L'absence de recours au juge après la constitution du tribunal arbitral

On se situe dans la phase après la constitution du tribunal arbitral, autrement dit, après acceptation de la mission du dernier arbitre.²⁵⁹ Nous attirons l'attention sur le fait que l'article 1449 français comporte une fracture prépondérante avec le droit actuel belge. En effet, l'article 1449 indique que la saisine d'un juge ne sera possible qu'à la condition que le tribunal arbitral n'ait pas été constitué. Par conséquent, les parties ne pourront postérieurement plus solliciter l'appui du juge contrairement au droit belge où le principe de concurrence parallèle (ou subsidiarité *de facto*, *cf. infra*) préside actuellement. La motivation du législateur français a été d'empêcher de contourner la convention d'arbitrage par la sollicitation du juge à tout moment, partant également du principe de l'autosuffisance du tribunal arbitral une fois celui-ci constitué.²⁶⁰ Le droit français s'éloigne donc du droit belge de l'arbitrage mais également du droit suisse qui prévoit également la compétence concurrente du juge et de l'arbitre même pendant l'instance arbitrale.²⁶¹

Comme le souligne Madame CHAINAIS, professeur de droit privé à l'université Panthéon-Assas de Paris, ce choix législatif déçoit quelque peu. En effet, ce critère formel est de nature à préjudicier les parties qui ne disposent plus de ce recours au juge étatique en cas d'urgence lorsque le tribunal arbitral est constitué.²⁶² La question peut d'autant plus être soulignée que les rédacteurs du décret de 2011 se sont écartés d'une recommandation en la matière émanant du Comité français de l'arbitrage.²⁶³

C'est ainsi que le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris a refusé une demande visant à placer sous séquestre un certain nombre d'oeuvres d'art afin d'obtenir une garantie sur la provision qu'avait alloué la partie défenderesse, en raison d'une décision de l'arbitre.²⁶⁴

Néanmoins, le législateur français a laissé la porte ouverte en matière de saisie conservatoire, une telle mesure ne figurant pas dans le panel de pouvoirs dont dispose l'arbitre, en raison de

²⁵⁹ Art. 1456 al1 CPC

²⁶⁰ C. CHAINAIS, *o.c.*, p.289

²⁶¹ X. FAVRE-BULLE, " Les mesures provisionnelles", in *Arbitrage interne et international*, Acte du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009, Librairie Droz, Genève, 2010, pp.88-89

²⁶² C. CHAINAIS, *o.c.*, pp.285-289

²⁶³ *Ibidem*, p.289

²⁶⁴ TGI Paris (réf.), 21 janv. 1986, *Rev. Arb.*, 1985, p.579

l'absence d'*imperium*. Dès lors, "la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires."²⁶⁵

Ce principe de non compétence du juge après la constitution du tribunal arbitral pose véritablement problème. En effet, qu'en est-il si les arbitres se retrouvent dans l'impossibilité de rendre une mesure provisoire dans un délai raisonnable? Le juge doit-il rester les bras croisés face à l'imminence de la destruction d'une preuve? Quant est-il de la protection des droits de la défense?

C'est ainsi que la doctrine française invite la jurisprudence à une lecture plus ouverte et plus souple de l'article 1449 du Code de procédure civile. Le pragmatisme incitant à permettre, lorsque l'arbitre ne peut, par exemple en raison du manque d'*imperium*, ou en cas d'urgence, rendre une décision dans un délai raisonnable, de requérir l'aide du juge d'appui.²⁶⁶ Il serait dès lors étonnant de voir les tribunaux français réfuter cette assistance dans le cadre d'un litige où les arbitres ne seraient pas en mesure de répondre à une question urgente. C'est d'ailleurs ce qu'avait exprimé en 2010 le tribunal de grande instance de Paris²⁶⁷, et il nous paraît probable que les juridictions étatiques s'inspirent de cette jurisprudence en attendant une réforme législative.²⁶⁸

Néanmoins, afin d'être totalement complet, soulignons l'opinion d'une autre doctrine²⁶⁹ selon laquelle si le législateur français a pris le soin d'indiquer "tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué", c'est qu'il a précisément souhaité interdire tout recours au juge étatique une fois le tribunal arbitral constitué (sous réserve des saisies conservatoires ne pouvant être ordonnées que par le juge). Encore une fois, tel n'est pas l'avis unanime, puisque d'autres soutiennent au contraire que le législateur français n'entendait viser que la phase pré-arbitrale, et ne réglait donc pas le sort de la saisine du juge après la constitution du tribunal arbitral.²⁷⁰

²⁶⁵ Art. 1468 CPC

²⁶⁶ C. JARROSSON et C. CHAINAIS, *o.c.*, p. 69

²⁶⁷ TGI Paris (Ord.Réf.), 29 mars 2010, République de Guinée équatoriale c/ Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd, Cah. arb., 2010, 853, note L. DÉgos, JCP G 2010, 644, n°4, obs. J. Ortscheidt; Voyez également en ce sens: C.A Versailles, 8 oct., 1998, *Rev. arb.*, 1999, pp. 58-70 (note A. HORY)

²⁶⁸ C. CHAINAIS, *o.c.*, p.321

²⁶⁹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *o.c.*, p.362

²⁷⁰ J. PELLERIN et C. JARROSSON, " Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011", *Rev Arb.* 2011, p.5, spéc. n°17 et s., p.15 et s.

Par ailleurs, ne pensons pas que la question a de tout temps été exempte de toute controverse en Belgique. En effet, avant 1972, de manière analogue à ce qui est désormais prévu (du moins sur papier) en droit français de l'arbitrage, il n'était pas question qu'une partie puisse solliciter l'intervention du juge d'appui. Une partie qui décidait donc de se soustraire aux juridictions étatiques dans le cadre d'une convention d'arbitrage, exprimait un choix définitif. Néanmoins, à la faveur de la doctrine²⁷¹, de la loi du 4 juillet 1972, et finalement de la consécration de la doctrine et de la jurisprudence par l'insertion de l'article 1683 du Code judiciaire par la loi du 24 juin 2013²⁷², on a consacré la complémentarité du juge étatique quand bien même le tribunal arbitral fut-il constitué.²⁷³

B. L'intervention du juge avant la constitution du tribunal arbitral

Dans cette première phase, aucune fracture n'existe avec le droit belge, et il existe même plutôt une grande similarité entre nos droits respectifs. Le droit français prévoit, à l'instar du droit belge, la possibilité de saisir un juge en présence d'une convention d'arbitrage mais uniquement avant la constitution du tribunal arbitral. La jurisprudence française a déjà eu l'occasion de confirmer la compatibilité entre la convention d'arbitrage et la saisine d'un juge.²⁷⁴ Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une partie sollicite le juge des référés, que le juge considèrera qu'elle a renoncé à la convention d'arbitrage.

Le recours au juge étatique prendra notamment forme en cas de volonté des parties d'établir une situation de fait ou d'assurer la conservation de certaines preuves qui sont prépondérantes pour la résolution future du litige. A côté de ces mesures d'instructions dites préventives, nous retrouvons les mesures provisoires autres que les mesures d'instruction qui nécessiteront un critère d'urgence.²⁷⁵

1. Le juge des référés permettrait-il à une partie de se détourner de la convention d'arbitrage?

La question que pourrait se poser le lecteur est la suivante: Le recours au juge des référés en vue d'obtenir une mesure provisoire ne constitue-t-il pas un moyen de se détourner de la

²⁷¹ O. CAPRASSE, "Les sociétés et l'arbitrage", thèse, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.487, n°529

²⁷² *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.16

²⁷³ J-F VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p .207

²⁷⁴ Civ (2e sect.), 4 déc 1953,D.,1954, p.108; Com, 4 Nov 1959,*Gaz. Pal.*, 1960, 1, p.191

²⁷⁵ C. CHAINAIS, *o.c.*, p.291-293

convention d'arbitrage ? Si *de jure* la décision est provisoire, elle pourrait *de facto* permettre un tel détournement. En effet, le droit français ne comporte aucune obligation à charge de la partie demanderesse de constituer le tribunal arbitral après le gain de cette mesure. Les rôles sont donc en quelque sort inversés, puisque c'est la partie défenderesse initialement, qui deviendra alors demanderesse de la constitution du tribunal arbitral en vertu de la convention d'arbitrage.²⁷⁶

Le rôle du juge d'appui, vu généralement de manière positive, qui vient en soutien de l'instance arbitrale, pourrait donc être vu de manière négative ?

2. Le cas du référé provision

2.1 Principe

De manière plus concrète, c'est l'exemple du référé provision. Ce principe présente l'intérêt dans certains cas de ne pas devoir attendre une décision du juge du fond de sorte à permettre au juge des référés d'allouer une provision au créancier qui se trouverait à défaut dans une situation difficile, c'est l'exemple d'un besoin urgent de liquidités.²⁷⁷ La finalité du référé provision est donc d'allouer au demandeur une provision à valoir sur la créance qu'il allègue et dès lors anticiper la décision du juge du fond. De plus précisons que le montant de la provision octroyée est fonction non pas du montant des créances du demandeur mais de celui de la somme qui lui est incontestablement dûe par le défendeur.²⁷⁸

2.2. Conditions

On comprend intuitivement que dans un pareil cas, le créancier obtiendra satisfaction rapidement et que dès lors la nécessité de recourir à l'arbitrage disparaît.²⁷⁹ La Cour de

²⁷⁶ *Ibidem*, pp.296-297

²⁷⁷ D. MOUGENOT , « Référé provision. », Bruxelles, Larcier, 2008, pp.193-194

²⁷⁸ Bruxelles (2e ch.) 19 mai 2005, *J.T.*, 2005, p.774; Voyez également C.JARROSSON et C. CHAINAIS, *o.c.*, pp.76-77

²⁷⁹ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, "Droit de l'arbitrage interne et international", Montchrestien, Paris, 2013, p.202

Cassation française a tenté de pallier à ce problème, en précisant qu'une telle mesure ne pourra être accordée qu'en cas " d'urgence caractérisée".²⁸⁰

C'est également ce que prévoit la jurisprudence belge de manière assez analogue avec des exigences strictes. En effet, selon nos tribunaux, une telle allocation ne sera possible qu'en cas d'urgence dûment démontrée. Le demandeur devra établir le préjudice irréparable qui résulterait de l'abstention du juge des référés.²⁸¹ Par ailleurs, la partie demanderesse devra établir un état grave d'impécuniosité qui la rend incapable de surmonter, à bref délai, sans la provision demandée, les difficultés qu'elle rencontre.²⁸² Il faut une incontestabilité, *prima facie*, de la créance alléguée et de la dette corrélative du débiteur.²⁸³ Si certes, ces décisions n'impliquent pas la présence d'une convention d'arbitrage, elles permettent de montrer d'ores et déjà la volonté du juge belge d'également encadrer strictement l'octroi de ces mesures.

2.3 Piste de réflexion

Nous sommes d'avis de se ranger à l'avis Madame CHAINAIS, à savoir qu'il serait judicieux de donner l'obligation pour la partie demanderesse de mesure provisoire auprès du juge des référés avant la mise en place du tribunal arbitral, de procéder par la suite, à la constitution du tribunal arbitral. En effet, le double objectif est alors rempli: assurer la rapidité d'une mesure provisoire afin de protéger le créancier et ne pas porter préjudice au droit du défendeur de s'expliquer devant le tribunal arbitral conformément à la convention d'arbitrage.²⁸⁴

On pourrait d'ailleurs s'inspirer de l'article 263 du Code de procédure suisse qui prévoit l'obligation pour une partie qui a sollicité ces mesures devant le juge des référés, de démarrer la procédure arbitrale. En effet, nous sommes également d'avis, bien que cela ne soit pas la tendance majoritaire en droit comparé,²⁸⁵ qu'il conviendrait de prendre exemple sur la Suisse pour introduire un système dit de subordination ou de conditionnalité, en ce sens que l'octroi

²⁸⁰ C. CHAINAIS, *o.c.*, p 297

²⁸¹ Civ. Bruxelles (réf.) 4 mai 2012, *R.G.A.R.*, 2012 ; Bruxelles (9ième ch.), 3 septembre 2004, *Rev. prat. soc.* , 2004, pp. 186-189

²⁸² Bruxelles (9ième ch.), 3 septembre 2004, *Rev. prat. soc.* , 2004, pp. 186-189

²⁸³ Bruxelles (9ième ch.), 3 septembre 2004, *Rev. prat. soc.* , 2004, pp. 186-189

²⁸⁴ C. CHAINAIS, *o.c.* , p 298

²⁸⁵ C.JARROSSON et C. CHAINAIS, *o.c.*, p. 77

de mesures provisoires ordonnées par le juge étatique serait subordonné à la mise en oeuvre ultérieure de la procédure arbitrale.

Nous proposons modestement, par le biais de ce mémoire, une piste de solution. Pourquoi ne pas s'inspirer du règlement de la Chambre de Commerce Internationale en matière d'arbitre d'urgence, qui prévoit dans son règlement l'obligation pour une partie qui a sollicité l'arbitre d'urgence, d'introduire sa requête aux fins de démarrer la procédure arbitrale dans un délai de 10 jours ?

Poussons encore la réflexion plus loin. De manière plus générale, pourquoi ne pas introduire dans les règlements d'arbitrage ou les législations nationales, l'obligation pour une partie qui a obtenu une mesure provisoire du juge, d'introduire sa requête d'arbitrage endéans un certain délai ?

La question du caractère systématique ou de la marge d'appréciation du juge quant à cette obligation nous interpelle également. En effet, le juge doit-il dans tous les cas obliger la partie demanderesse à démarrer le processus arbitral ? Le caractère systématique permettrait selon nous, de laisser la convention d'arbitrage garder de sa superbe, ancré dans la volonté commune des parties. Espérons que la doctrine se saisisse de cette interrogation, afin le cas échéant, d'introduire un tel principe dans le cadre d'une prochaine réforme du droit de l'arbitrage.

La question du référé provision après la constitution du tribunal arbitral est également sujette à des critères stricts selon une certaine doctrine. Voyez par exemple M. BOULARBAH selon qui le juge des référés ne pourrait intervenir dans le cadre d'un référé provision en présence d'une convention d'arbitrage, sauf circonstances exceptionnelles.²⁸⁶

Chapitre 5 : Comparaison entre le règlement CEPANI et le règlement C.C.I

Tant le règlement CCI que le règlement CEPANI donne à l'arbitre la compétence de prendre des mesures provisoires ou conservatoires dans l'hypothèse où l'une des parties au litige le lui demande et à défaut de dispositions contraires prévues par les parties.²⁸⁷

²⁸⁶ H. BOULARBAH " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 763

²⁸⁷ Art 28 règlement CCI; Art. 27 CEPANI

Néanmoins nous pouvons relever une nuance apportée par le règlement CCI au niveau de l'intervention du juge d'appui que nous avons déjà eu l'occasion de souligner. En effet, ce dernier, précise, en son article 28 qu'un tel recours au juge d'appui ne se fera que "*si les circonstances s'y prêtent*". Le règlement CCI reconnaît donc, et ce à la différence du droit belge mais à l'instar du droit anglais, une primauté accordée au tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Donc, dans un arbitrage CCI, une fois la procédure arbitrale lancée, il faudra invoquer certaines circonstances permettant de justifier la sollicitation du juge d'appui pour prendre des mesures provisoires.

Une telle primauté n'est pas prévue par le règlement CEPANI. En effet, celui-ci prévoit simplement que "*toutes mesures provisoires et conservatoires prises par l'autorité judiciaire concernant le litige doivent être portées sans délai à la connaissance du tribunal arbitral et du secrétariat*".²⁸⁸ Dès lors, les parties soumises au règlement CEPANI disposeront du choix de solliciter soit le juge soit l'arbitre.

Néanmoins, à l'instar du droit belge,²⁸⁹ le règlement CCI précise que la saisine d'une autorité judiciaire n'emporte pas renonciation à la convention d'arbitrage.²⁹⁰

Les mesures provisoires octroyées par un arbitre dans le cadre du règlement CCI prendront la forme soit d'une ordonnance soit d'une sentence selon l'appréciation du tribunal arbitral. La différence entre les deux termes convient d'être précisée. La mesure provisoire prenant la forme d'une sentence devra, comme tout projet de sentence rendue dans le cadre d'un règlement CCI, être soumise préalablement à la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI.²⁹¹ *A contrario* l'avantage que peut comporter une mesure provisoire prenant la forme d'une ordonnance est qu'elle ne devra pas être soumise à ce contrôle préalable de la Cour. Néanmoins, la différence la plus fondamentale réside probablement dans le fait que contrairement aux ordonnances, les sentences sont susceptibles d'*exequatur*, ce qui est de nature à rassurer la partie à l'origine de la demande de la mesure provisoire, en cas de mauvaise volonté de la partie adverse.²⁹²

²⁸⁸ Art. 27 CEPANI

²⁸⁹ Art.1683 C.J

²⁹⁰ Art. 28 Règlement CCI

²⁹¹ Y. HERINCKX, " Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI: observations de droit belge", *T.B.H*, 2012, p.208; Art 33 règlement CCI

²⁹² Y. HERINCKX, *o.c.*, p.208

Par ailleurs, une partie qui, dans le cadre d'un règlement CCI, demande des mesures provisoires au juge d'appui devra porter cette demande "*sans délai à la connaissance du Secrétariat qui en informe le tribunal arbitral.*"²⁹³ Une disposition analogue est prévue à l'article 20 du règlement CEPANI. Néanmoins, il peut être intéressant pour les praticiens de noter qu'aucune information n'est donnée sur la sanction dans le cas où on n'informerait pas le secrétariat.²⁹⁴ Par conséquent, il n'est pas exclu que dans le futur le règlement belge CEPANI, ou d'autres règlements d'arbitrages, précise cette question qui permettrait de mieux encadrer l'interaction entre le juge d'appui et l'arbitre.

Chapitre 6: L'intervention du président tribunal de première instance en cas de carence ou d'incapacité de l'arbitre

De manière assez analogue à ce qui est prévu en matière de procédure de récusation (*cfr supra*), le principe directeur est la liberté conventionnelle des parties. Il s'agira donc dans un premier temps d'analyser ce que les parties ont conventionnellement prévu en cas de carence ou d'incapacité de l'arbitre. A défaut pour les parties d'avoir prévu la procédure à suivre, l'arbitre pourra se retirer soit dans le cadre d'un commun accord avec les parties soit par le biais d'une autorisation du président du tribunal de première instance, soit si les parties décident ensemble de mettre fin à la mission de l'arbitre. En cas de blocage, il conviendra alors d'adresser une demande au juge d'appui afin qu'il mette fin à la mission de l'arbitre.²⁹⁵

Le remplacement de l'arbitre sera guidé par les règles gouvernant la nomination de l'arbitre remplacé (*cfr infra*) sauf disposition contraire des parties. A nouveau, le président du tribunal de première instance jouera pleinement son rôle de juge d'appui en cas de blocage ou de mauvaise volonté de l'une des parties.²⁹⁶

²⁹³ Art. 28 règlement CCI

²⁹⁴ Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015

²⁹⁵ Art. 1688, 1685 §7 Code Judiciaire

²⁹⁶ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n°53-2743/001, pp.21-22

Chapitre 7: La présence du juge d'appui dans une procédure de récusation de l'arbitre

Section 1: Principes

La problématique est ici intéressante à relever à la vue de la hausse des incidents en récusation.²⁹⁷ A titre d'exemple, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a connu en 2009 un nombre important de demandes de récusations pour seulement une minorité qui ont été acceptées.²⁹⁸

En premier lieu, il convient d'opérer la distinction entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*. En effet, en présence d'un arbitrage institutionnel, les parties se référeront au règlement d'arbitrage de l'institution auquel ils sont soumis. Ce règlement, qu'il s'agisse du CEPANI (article 16 avec le comité de récusation CEPANI) ou de la CCI (article 14) contient le plus souvent une procédure propre de récusation que les parties suivront.²⁹⁹ A défaut, et faute de convention prévue par les parties à ce sujet, il faudra se référer à l'article 1687 du Code judiciaire prévoyant le cas échéant le recours au président du tribunal de première instance selon la procédure décrite ci-dessous.

Enfin, relevons que les dispositions du Code Judiciaire en matière de récusation des magistrats ne sont pas applicables à la récusation de l'arbitre qui fait l'objet de dispositions propres au sein de la sixième partie du Code judiciaire.³⁰⁰

Section 2: La procédure de récusation d'un arbitre

Le législateur a donc naturellement prévu le cas de la récusation d'un arbitre. Il appartient aux parties, dès le moment qu'elles ont connaissance d'un motif de récusation conformément à l'article 1686 §2, de le notifier à l'arbitre et à la partie adverse. De manière similaire à ce que prévoit l'article 12 de la loi type CNUDCI, un arbitre ne sera récusé que " *s'il existe des*

²⁹⁷ P. GABRIEL et J.VAN UYTVANCK, " La contestation d'arbitres ou les deux visages de Janus" *in liber Amicorum Lucien Simon*, 2003, pp.289 et s.

²⁹⁸ G. KEUTGEN , « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014, p. 78

²⁹⁹ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", *J.T*, 2013, p.789; voyez par exemple le comité de récusation du CEPANI dans M. DAL, " Le nouveau règlement d'arbitrage du CEPANI", *J.T*, 2013,p. 351

³⁰⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, "Procédure arbitrale", *in droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.35

circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité, ou s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties".³⁰¹ Si l'arbitre refuse de se déporter, la partie récusante devra citer l'arbitre devant le président du tribunal de première instance.³⁰² Ici encore, on remarque le rôle joué par le juge d'appui qui tentera de venir solutionner la situation de blocage. Plus précisément le juge d'appui sera en l'occurrence le président du tribunal de première instance siégeant comme en référé et dont la décision n'est susceptible d'aucun recours.³⁰³ Le but du gouvernement étant de "*promouvoir l'efficacité de l'arbitrage en supprimant les périodes trop longues d'incertitude*".³⁰⁴

Notons, que si la partie avait eu connaissances de certains éléments de nature à compromettre la neutralité de l'arbitre avant la nomination de ce dernier, elle ne pourra plus demander la récusation de l'arbitre.³⁰⁵ C'est notamment ce que prévoit l'article 12 de la loi-type CNUDCI.

Par ailleurs, si les parties se voient offrir la possibilité le cas échéant de solliciter l'aide du juge d'appui, ce n'est pas pour autant que la procédure arbitrale cesse de suivre son cours.³⁰⁶ La solution belge est donc établie de manière similaire à ce que prévoit l'article 13 §3 de la loi type CNUDCI. Néanmoins il semble important de préciser que les travaux parlementaires ont souligné la "possibilité" et non l'obligation pour l'arbitre de continuer la procédure et ce, eu égard aux circonstances d'espèces. Cette volonté est d'ailleurs explicitée par le terme "peut" qui est mentionné à l'article 1687 § 2 du Code judiciaire.³⁰⁷ Cette faculté de néanmoins poursuivre la procédure arbitrale malgré une demande de récusation s'explique par la volonté du législateur d'éviter qu'une partie sollicite une récusation à des fins uniquement de paralysie de l'arbitrage.³⁰⁸ Il reviendra dès lors à l'arbitre de juger du caractère sérieux des griefs invoqués.³⁰⁹

La question que le lecteur pourrait naturellement se poser est le cas où une sentence arbitrale serait rendue alors même que la décision du président du tribunal de première instance portant

³⁰¹ Article 1686 C.J

³⁰² J. VAN COMPERNOLLE, " L'arbitre et le code Judiciaire", *R.D.I.D.C.*, 2005, p.28 ; Art 1687, §2, b) C.J

³⁰³ Article 1680 §2 C.J.

³⁰⁴ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p. 20

³⁰⁵ J. VAN COMPERNOLLE, " L'arbitre et le code Judiciaire", *R.D.I.D.C.*, 2005, p.28

³⁰⁶ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001, p.20

³⁰⁷ *Ibidem*, p.20

³⁰⁸ *Ibidem*, p.20

³⁰⁹ G. KEUTGEN , « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014, p. 78

sur la demande de récusation n'aurait pas encore été rendue. Si généralement la décision de récusation interviendra préalablement à la sentence arbitrale, il se peut que ce ne soit pas le cas, notamment en raison d'une demande tardive à la fin de la procédure arbitrale. Dans une telle hypothèse, la sentence arbitrale pourrait être annulée conformément à l'article 1717 §3, V du Code judiciaire en vertu duquel la constitution du tribunal arbitral réalisée non conformément à la volonté des parties ou du Code judiciaire constitue un motif d'annulation.³¹⁰

Chapitre 8 : Le rôle du juge dans la fixation du délai de la sentence

En principe les parties établiront conventionnellement de commun accord, le délai en vertu duquel l'arbitre devra rendre sa sentence. Néanmoins, dans la pratique il est possible que les parties n'aient pas fixé un tel délai et que le tribunal arbitral tarde à rendre sa décision. Le législateur conscient de cette problématique et désireux de garantir l'efficacité de l'arbitrage, permet aux parties de saisir le président du tribunal de première instance afin que celui-ci fixe un délai au terme duquel une sentence devra être rendue.³¹¹ Une telle sollicitation sera autorisée, en l'absence de décision du tribunal arbitral six mois après la désignation du dernier arbitre, conformément à l'article 1713 §2 du Code judiciaire.

Cette problématique est d'autant plus sensible, que contrairement par exemple à la procédure d'expertise prévue par l'article 963 du Code judiciaire, en vertu duquel le juge est habilité à surveiller celle-ci, le juge étatique ne peut surveiller l'état d'avancement de la procédure arbitrale. Le législateur ayant opté pour la mise à fin de la mission des arbitres si la sentence n'était pas rendue dans le délai imparti par le juge.³¹² Encore une fois, nous pouvons constater l'équilibre recherché par le législateur tendant d'une part à ne pas trop s'immiscer dans la procédure arbitrale et d'autre part à maintenir un certain contrôle par nos juridictions étatiques.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 78

³¹¹ Art 1680 §3 C.J, 1713 §2; G. CLOSSET-MARCHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *j.t.*, 2010, p. 248

³¹² G. CLOSSET-MARCHAL, "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *j.t.*, 2010, pp. 248-240

Conclusion

Ce mémoire a été l'occasion de souligner non seulement les cas où le juge d'appui pourrait être sollicité mais également la nature de la relation entre le juge d'appui et l'arbitre. En effet, nous avons souligné la question de la complémentarité ou de la subsidiarité en opposant certaines thèses et en soulignant la thèse qui, selon nous, semble la plus opportune, en l'occurrence celle de la subsidiarité *de facto*.

Par ailleurs, nous avons analysé le droit belge de l'arbitrage à la lumière de la loi type CNUDCI. Le droit belge s'étant largement inspiré de celle-ci, il a semblé important d'établir les similitudes mais aussi les différences entre ces deux sources juridiques en faisant le lien avec le rôle accordé au juge d'appui.

De plus, les mesures provisoires ont constitué un important chapitre. Ceci s'explique par l'importance de ces mesures avant et pendant l'instance arbitrale. En effet, nous avons pu préciser quels étaient les pouvoirs de l'arbitre en la matière et par conséquent la place laissée au juge d'appui. Ce dernier jouera notamment un rôle dans l'*exequatur* de la sentence arbitrale ou lorsque l'arbitre ne se trouve pas à même de prendre une mesure provisoire. Nous avons distingué les différentes mesures d'instruction avec les limites auxquelles se trouve confronté l'arbitre. Naturellement les différentes limites analysées sont autant de cas où le recours au juge d'appui sera nécessaire.

Nous avons opéré une analyse comparative avec le droit français et souligné la fracture existante avec le droit belge. En effet, si la possibilité du recours au juge d'appui après le début de l'instance arbitrale ne fait plus aucun doute en droit belge, cette possibilité est beaucoup plus discutée en droit français avec la controverse que nous avons analysée. Les références faites à différents droits nationaux ont eu pour but d'avoir une vue globale sur la question du juge d'appui, afin de déterminer la position de la Belgique. La jurisprudence nationale et internationale a été analysée afin d'examiner l'interprétation des juridictions étatiques soit de la loi type CNUDCI soit de leur propre droit national. Cela nous a permis de faire la jonction entre la théorie plus formelle inscrite dans des règlements ou des lois et la réalité concrète.

Nous avons évoqué également à titre d'exhaustivité l'intervention du président du tribunal de première instance en cas de carence ou d'incapacité de l'arbitre ainsi que la présence du juge d'appui dans une procédure de récusation de l'arbitre. Nous avons ainsi discuté de l'ensemble des cas où le juge d'appui est amené à jouer un rôle avant et pendant l'instance arbitrale.

Enfin, l'analyse réalisée dans ce mémoire a permis de constater la nature réellement consensuelle de l'arbitrage et le fait que les parties essayeront de plutôt s'adresser à l'arbitre plutôt qu'au juge. En effet, il y aura une décision arbitrale qui sera rendue avec le risque que si les parties font preuve de mauvaise volonté et que la partie adverse se voit obligée de solliciter le juge d'appui par exemple pour demander l'*exequatur* d'une mesure provisoire, le tribunal arbitral en tire toutes les déductions qui s'imposent. C'est pour cette même raison que la pratique ne verra pas une demande importante de recours au juge d'appui lorsque l'arbitre se trouve à même de prendre la mesure souhaitée.

Néanmoins nous avons analysé l'interaction entre l'arbitre et le juge d'appui et notamment les controverses sur le caractère complémentaire ou subsidiaire du recours au juge. Nous avons également constaté la controverse sur la possibilité d'exclusion conventionnelle du recours au juge des référés en cas de convention d'arbitrage. Ces différentes discussions montrent bien que tant le législateur que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore dit leur dernier mot sur le maintien de la justice étatique comme garde-fou et appui de l'arbitrage.

Bibliographie

Législation

Belge

Code judiciaire

Article 1680, 1683, 1685 , 1691,1692, 1696, 1698, 1700, 1707, 1708, 1713, 1721

Lois

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

Loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, *M.B.*, 7 aout 1998, p. 25353

Travaux parlementaires

Doc. Parl., Ch. Repr., sess.ord. , 2012-2013, Doc n°53-2743/001

Française

Décret:

Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF*, 14 janvier 2011, p.777

Code de procédure civile français

Article 1449, 1454, 1456, 1468

Allemande

Article 1050 de la loi sur l'arbitrage en Allemagne

Article 1041 et 1460 CPC

Suisse

Art. 1041 LDIP

Suédoise

Art. 25 de la loi suédoise sur l'arbitrage

Autrichienne

Art. 593 (1) du CPC autrichien

Internationale

Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 4 décembre 2006, sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/61/453), Soixante et unième session, A/RES/61/33

Article 9, 11, 19, 26, 17 de la loi type CNUDCI

Règlement arbitrage

Chambre de Commerce international (CCI)

Article 12, 28, 29, 33 CCI

Appendix du règlement CCI

Article 1.6, 2.6, 5.2, 6.8, 7, 29.3 CCI

CEPANI

Article 26 et 27 CEPANI

L'American Arbitration association

Article 21

Jurisprudence

Américaine

Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc, 166 Fed. Appx. 39, 44 (4th Cir. 2006), p.11

Cooper v. Ateliers de la Motobecane, SA, 442 N.E.2d 1239 (N.Y. 1982).

McCreary Tire & Rubber Co. v. Ceat S.p.A., 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974)

Belge

Cassation

Cass, 10 février 2005, *Pas*, 2005,I, p.345;

Cour d'appel

Bruxelles (2e ch.) 19 mai 2005, *J.T.*, 2005, p.774

Bruxelles (9ième ch.), 3 septembre 2004, *Rev. prat. soc.* , 2004, pp. 186-189

Bruxelles, 23 juin 1987, *Ann.dr. Liège*, 1990, p. 242

Bruxelles, 6 octobre 1983, *R.D.C*, 1984, p.365

Tribunaux de première instance

Civ. Namur, (réf.), 9 juillet 2014, *R.G.* n°224/14, inédit

Civ. Bruxelles (réf.) 4 mai 2012, *R.G.A.R.*, 2012

Civ. Bruxelles (réf), 18 décembre 2009 , *J.L.M.B*, 2010, p. 17

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

Civ Malines (réf) , 16 avril 1985, *Pas*, 1985, III, p.50

Tribunal de commerce

Comm. Nivelles, 26 octobre 2010, *R.G.* n° A/10/00131, inédit.

Comm Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C*, 2005, p. 86;

Prés., réf., Comm Hasselt, 16 février 2004, *R.D.C/T.B.H*, 2005, p.86, note J. DECOKER, " Kort geding en arbitrage in drie stappen"

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

Comm Gent, 16 juin 1993, *T.G.R*, 1994, p.10

Francaise

TGI Paris (Ord.Réf.), 29 mars 2010, République de Guinée équatoriale c/ Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd, *Cah. arb.*, 2010, 853, note L. DEgos, JCP G 2010, 644, n°4, obs. J. Ortscheidt

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

Civ 1ère, 6 mars 1990, *Horeva*, *Rev.arb.*, 1990, p.633, note H. Gaudemet-Tallon

Civ. 1ère, 20 mars 1989, *Rev. Arb.*, 1989, pp. 653-667, note Ph. Fouchard

TGI Paris (réf.) , 21 janv. 1986, *Rev. Arb.*, 1985, p.579

Civ, 1re, 14 mars 1984, *Rev Arb*, 1985, p.69, note G. Couchez

Com, 4 Nov 1959, *Gaz. Pal.*, 1960, 1, p.191

Civ (2e sect.), 4 déc 1953, *D.*, 1954, p.108;

Cour de justice de l'Union Européenne

CJCE, 10 février 2009, *West Tankers*, aff.C-185/07, *Rev.crit. D.i.p.*, 2009, p.373 ,note H. MUIR WATT

C.J.U.E, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime*, aff. C-391/95, p.7133

CJUE, arrêt Reichert II du 26 mars 1992, aff.C-261/90, *Rec.* 1992, p.2175

Angleterre:

BNP Paribas and others v. Deloitte and Touche LLP, Commercial Court, England, 28 November 2003, [2003] EWHC 2874 (Comm).

Canada:

Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin, Alberta Court of Appeal, Canada, 18 January 2006, [2006] ABCA 18 (CanLII), disponible également sur internet à <http://canlii.ca/t/1mch7>;

B.F. Jones Logistics Inc. v. Rolko, Ontario Superior Court of Justice, Canada, 24 August 2004, [2004] CanLII 21276 (ON SC), disponible également sur internet à <http://canlii.ca/t/1hqhz>.

CLOUT case No. 391 [Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., Ontario Superior Court of Justice, Canada, 22 September 1999], [1999] CanLII 14819 (ON SC), disponible également sur internet à <http://canlii.ca/t/1vvn5>.

CLOUT case No. 393 [Frontier International Shipping Corp. v. Tavros (The), Federal Court—Trial Division, Canada, 23 December 1999], [2000] 2 FC 445

CLOUT case No. 68 [Delphi Petroleum Inc. v. Derin Shipping and Training Ltd., Federal Court—Trial Division, Canada, 3 December 1993]

CLOUT case No. 68 [Delphi Petroleum Inc. v. Derin Shipping and Training Ltd., Federal Court—Trial Division, Canada, 3 December 1993].

Republic of France v. De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and Byron-Exarcos, Ontario Court of Appeal, Canada, (1991), 3 O.R. (3d) 705.

Zingre v. The Queen et al., Supreme Court, Canada, 1981 CanLII 32 (SCC), [1981] 2 SCR 392, 28 September 1981, disponible sur Internet à <http://canlii.ca/t/1mjlv>

Inde

Sri Kirshan v. Anad, Delhi High Court, India, 18 August 2009, OMP No. 597/2008.

SH. Satinder Narayan Singh v. Indian Labour Cooperative Society Ltd. & Ors., High Court of Delhi India, 17 December 2007, OMP 471/2007 [2007] INDLHC 1462, 2008 (1) ARBLR 355 Delhi, disponible sur Internet à <http://www.indiankanoon.org/doc/530842/>.

Singapour

ALC v. ALF, High Court, Singapore, [2010] SGHC 231.

CLOUT case No. 741 [Swift-Fortune Ltd. v. Magnifica Marine SA, Court of Appeal, Singapore, 1 December 2006]

Nouvelle-Zélande

Safe Kids in Daily Supervision Limited v. McNeill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 April 2010, [2010] NZHC 605)

Sensation Yachts Ltd. v. Darby Maritime Ltd., Auckland High Court, New Zealand, 16 May 2005,

Allemande

Case No. 565, Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Germany, 24 Sch 01/01, 5 April 2001

Décision 565: LTA 17, Allemagne: Oberlandesgericht Frankfurt, 24 Sch 1/01, 5 avril 2001, Publiée en allemand: [2001] Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport 1078 (ou le lien: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V05/878/29/PDF/V0587829.pdf?OpenElement>, p.10)

Hong kong:

Leviathan Shipping Co. v. Sky Sailing Overseas Co., Court of First Instance, Hong Kong, 18 August 1998, [1998] 4 HKC 347, disponible également sur internet à <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1998/549.html>.

CLOUT case No. 77, High Court—Court of First Instance, Hong Kong, Vibroflotation A.G. v. Express Builders Co. Ltd., 15 August 1994, [1994] HKCFI 205, disponible également sur internet à <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1994/205.html>.

CLOUT case No. 77 [Vibroflotation A.G. v. Express Builders Co. Ltd., High Court—Court of First Instance, Hong Kong, 15 August 1994], [1994] HKCFI 205, disponible également sur internet à: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1994/205.html>

Sentence arbitrale

Aff. CCI 106881, *Bull. CI Arb. CCI* Vol. 22/ Special Supplement (2011), p.34,35, para. 10

Aff. CCI 8307, *Bull. CI Arb. CCI* Vol. 22/Special Supplement (2011), p.19, para.16

Aff. CCI 12361, *Bull. CI Arb. CCI* Vol. 22/ Special Supplement (2011), pp.60, 66, para 81 et 67 para 84

Sent.Arb. , 17 mai 2002, *R.D.J.P.* , 2002,p.350

Sent. Arb. CEPANI, 23 Janvier 2002, *R.D.J.P.*,2000, p. 347

Affaire CCI n°08694, 1997

Sentence finale de 1994, Aff 7589, *Bulletin de la Cour international 'arbitrage de la CCI*, Vol. 10, n°1, 1999, p.62

Doctrine

Belge

Monographie

CAMBIER C. , *Droit judiciaire civil*, Bruxelles, Larcier, 1981, p.255

CAPRASSE O. , *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.487, n°529

DE BOURNONVILLE P. , *Droit judiciaire: l'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000 p.130

DE LEVAL G. , *Eléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.16

KEUTGEN G. et DAL G-A, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, n°471

MOUGENOT D., *Référé provision.* , Bruxelles, Larcier, 2008, pp.193-194

PIERS, M. *De nieuw arbitragewet 2013: essentiële bepalingen en hun praktische werking*, Intersentia, Antwerpen, 2013, ten geleide, p. V

SERAGLINI C. et ORTSHEIDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien 2013, n°338

STORME M. *Grongbeginselen bij de totstandkoming van de overeenkomst tot arbitrage*, actes du colloque du Cepani du 7 mars 1973 , n°4

Périodique

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE L. , " Information et document, présentation du décret du 13 Janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage", *R.D.I.D.C*, 2011, p.390

CAPRASSE O. , " Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage", *actualité en droit judiciaire*, p.417

CLOSSET-MARCHAL G. , "Le juge étatique et l'instance arbitrale", *J.T.*, p.247

DAL M., " Le nouveau règlement d'arbitrage du CEPANI", *J.T.*, 2013, p. 351

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

DAL M., "L'arbitrage en pratique: questions choisies", *r.p.d.i* , 2014, p. 55

DE LEVAL G. , " L'arbitre et le juge étatique: Quelle collaboration?" *Rev. dr. intern. comp.* , 2005 , pp. 11-12

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

HENRY F. , " Les pouvoirs du juge d'appui dans le cadre de la procédure en nomination d'un arbitre", *J.L.M.B* , 2008, p.910

HERINCKX Y. , " Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI: observations de droit belge", *T.B.H*, 2012, p.208

KEUTGEN G. , "Le nouveau règlement d'arbitrage du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI)", *r.d.i.d.c*, 2013, p.112

KEUTGEN G. et GOESSENS A., "L'arbitrage, chronique de jurisprudence 2003-2013", *J.T*, , 2014, p.829

KEUTGEN G. , « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014, p.80

LINSMEAU J. , " L'arbitrage volontaire en droit privé belge", *R.P.D.B.*, n°261

STORME M., " Aspect importants du droit arbitral belge", *R.D.I.D.C*, 1976, p.125

STORME M. et VOORDECKERS,M. " overzicht van belgische rechtspraak. Arbitrage (1989-2005)", *T.P.R.*, 2005

VAN COMPERNOLLE J. , " L'arbitre et le code judiciaire", *R.D.I.D.C*, 2005, p.36

VAN HOUTTE H. , " Voorlopige maatregelen bij arbitrage", *R.W*, 1989, p.534

VOSER N. , " Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules", *29 ASA Bull.* 783, 2011, p.817

Ouvrage collectif

ALLEMEERSCH B. et SOBRIE S. , " De vooruitgang van de arbitrage: de anti-suit injuncties en de middelen om de competentie van de arbitrale rechtbank de doorslag te laten geven ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 253

BESSION S., " Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale- notions, types de mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesure injustifiées", *in L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.50

BOULARBAH H. , "Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 758

BOULARBAH H. , " Le juge étatique, bon samaritain de l'arbitrage, brèves variations autour des pouvoirs d'assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l'efficacité et la qualité de la procédure arbitrale", *in Hommage à Guy Keutgen. Pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.763

BUHLER M.W , " L'arbitre d'urgence", *in Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI, texte en vigueur à compter du 1er janvier 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp.28-29

CAPRASSE O. , " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.388

CHAINAIS C. et JARROSSON C. , " L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral", *in L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.93

CHAINAIS C. , "Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage" *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 281-282

CLOSSET, "Procédure arbitrale", *in droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.42

DAL G-A , " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 798

FAVRE-BULLE X. , " Les mesures provisionnelles", *in Arbitrage interne et international, Acte du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Libraire Droz, Genève, 2010, pp.88-89

GABRIEL P. et VAN UYTVANCK J. , " La contestation d'arbitres ou les deux visages de Janus" *in liber Amicorum Lucien Simon*, 2003, pp.289 et s.

HANOTIAU B., ' Belgium' ,*in interim measures in international arbitration*, Juris, New York, 2014, p.80

JARROSSON C. , "Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français" *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.337

MATRAY D. et VIDTS F. , Bruylant, " introduction générale", *in L'arbitre international et l'urgence*, 2014 p.23

MIGNOLET O., " Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres ", *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p 170

PHILIPPE D. , " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 484

REINER A. « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral » *in L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014

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

TOSSENS J_F, " Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation ? Questions choisies ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 781

TOSSENS, J-F, "L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance", *in L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.75

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, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 195

VAN DROOGHENBROECK J-F " Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi ", *in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp .225-226

VEROUGSTRAETE I. et HUYBRECHTS M., " Relation avec les juges", *in l'arbitre: pouvoirs et statuts*, Bruxelles, Bruylant, p. 354, n°23

WAUTELET, " Autonomie de la volonté et règles de procédure- de nouvelles pistes pour la conduite de la procédure arbitrale? ", *in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 781, p.31-33

Internationale

UNCITRAL, United nations commission on international trade law, 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p.54

A/CN.9/263/Add. 2 - Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport au Secrétaire général, commission des nations unies pour le droit commercial international, dix-huitième session, Vienne, 3-21 juin 1985

Official records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17), Annex I, para. 96. (lien : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/12/PDF/N8532512.pdf?OpenElement>)

Française

Monographie

GAILLARD E. , *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, Paris, *Stämpfli*, 2003 pp. 128-129

SCHWARTZ E. et DERAÏNS Y. , *A guide to the ICC rules of Arbitration*, The Hague, *Kluwer law international*, p.300

Périodique

DERAÏNS Y., "L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires *ex parte* ", *Les cahiers de l'arbitrage*, vol II, *Gaz, Pal*, 2004, P.74 et s

PELLERIN J. et JARROSSON C., " Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011", *Rev Arb.*, 2011, p.5, spéc. n°17 et s., p.15 et s.

Ouvrage collectif

JOLIVET E. , " l'expérience de la Chambre de commerce internationale dans le cadre du règlement d'arbitrage", *in Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : évolutions et innovations* (sous la dir. J-M JACQUET et E. JOLIVET), acte du colloque

organisée par le jour du droit international en partenariat avec la Chambre de commerce international, Paris, p.39

PLUYETTE, G. " Une vue française", in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1993, p.91

Américaine

Monographie

LEMENEZ G. ET QUIGLEY P., *The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action*, 2010

Périodique

LEW J.D.M., " Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration cases", *ICC International Court of Arbitration Bulletin* , Vol 11: n°1, 2000

Anglaise

Périodique

BAIGEL B. , " The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules : a Juridical Analysis", *Journal of international arbitration*, Kluwer law international 2014, Volume 31, p. 1

GHAFFARI et WAUTERS E. , "The emergency arbitrator : The dawn of a New Age? Arbitration International", *LCIA*, 2014, volume 30 Issue 1.

VAN HOUTTE H. , " Ten reasons against a proposal for interim measures of protection in arbitration", " *Arbitration international*, 2004, pp.85 et s.

YESILIRMAK A. , "Interim and Conservatory measures in ICC arbitral practice", *ICC international Court of arbitration Bulletin Vol 11/N°1*, 2000, p. 35

Ouvrage collectif

YESILIRMAK A. , " Arbitral Provisional Measures", *in international Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, pp. 159-236

Interview

- Monsieur Steve CALLENS, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015

- Monsieur Marc DAL, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du CEPANI, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

- Monsieur Bernard HANOTIAU, avocat chez Hanotiau & Van Den Berg, membre de la Commission d'Arbitrage International de la CCI, avril 2015.

