

## Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé : approche comparative

Issu de Cahiers de l'arbitrage - 01/03/2017 - n° 4 - page 857  
ID : CAPJA2017857

### Auteur(s):

- Grégoire BERTRON
- Hugo PIGUET

*Prior to the constitution of the arbitral tribunal, a claimant in arbitration proceedings may need urgent conservatory or interim measures in order to protect its economic interests or preserve the status quo.*

*Although the introduction of emergency arbitration in the 2012 ICC Rules has been positively received by many legal scholars and practitioners and has been the subject of abundant literature, there is in contrast scarce commentary addressing its use from a practical standpoint, mainly because the majority of precedents remain confidential.<sup>3</sup> In particular, the question of whether a claimant should favour emergency arbitration as opposed to summary proceedings before national courts has not been addressed in great detail.*

*The purpose of this article is to compare ICC emergency arbitration proceedings with summary proceedings before national courts in an attempt to provide practitioners with the key factors to be taken into consideration when deciding the most appropriate procedural route.*

*ICC emergency arbitration should particularly be considered based on the following four sets of parameters:*

- *the nature of the measures sought and the location of the targeted assets - while an emergency arbitrator can grant orders which have a worldwide effect, he/she cannot grant ex parte measures, or order assets or property to be seized;*
- *the availability of an effective and quick remedy before the competent national court - emergency arbitration is international by nature and will be conducted in a unique and neutral forum, by an impartial, specialized and responsive arbitrator using modern means of communication;*
- *the sensitivity to costs, urgency and confidentiality - emergency arbitration proceedings are confidential, require an advance payment to cover the emergency arbitrator's fees and the ICC administrative costs (i.e., a flat fee of USD 40,000 under the ICC Rules<sup>4</sup>) and generally last from 10 to 15 days from the filing of the application; and*
- *the likelihood that the defendant(s) will voluntarily comply with the order rendered by the emergency arbitrator - considering that such order cannot be enforced under the New York Convention.*

Dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral, le demandeur peut avoir un intérêt à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires visant à protéger ses intérêts et/ou à préserver le *statu quo*.

Bien que l'introduction de la procédure dite de l'arbitre d'urgence dans le Règlement 2012 de la CCI ait été saluée par une abondante littérature, sous la plume de nombreux auteurs et praticiens, son utilisation pratique n'a en revanche donné lieu qu'à peu de publications - en raison notamment du peu de précédents et de leur confidentialité<sup>5</sup>. En particulier, peu de commentateurs se sont intéressés à dresser une approche comparative entre recours à l'arbitrage d'urgence et au juge des référés.

L'objet de la présente étude est donc de tenter de comparer la procédure d'arbitrage d'urgence de la CCI et les procédures judiciaires de référé, afin de proposer certaines pistes de réflexion aux praticiens confrontés à un tel choix.

Dans cette perspective, il nous semble que l'arbitrage d'urgence devrait être considéré à l'aune des quatre séries de facteurs suivants :

- la nature des mesures recherchées et la localisation des actifs qu'elles viseraient - l'ordonnance de l'arbitre d'urgence peut produire ses effets dans le monde entier, mais ne permet, notamment, ni l'octroi de mesures *ex parte*, ni la mise en œuvre de saisies ou voies d'exécution ;

- l'accès au juge étatique et la confiance que le demandeur lui accorde - la procédure de l'arbitre d'urgence permet notamment l'internationalisation, la centralisation de la procédure et l'utilisation de moyens de communication modernes ; elle est tranchée par un arbitre neutre<sup>6</sup>, spécialisé et réactif ;

- la nécessité d'assurer la confidentialité du litige, le coût et la durée de la procédure - l'arbitrage d'urgence assure la confidentialité et est relativement rapide (10 à 15 jours à compter de l'introduction de la requête) mais est une procédure relativement coûteuse (frais fixes de 40 000 dollars<sup>7</sup>) ; et

- la probabilité que le défendeur respecte spontanément l'ordonnance rendue par l'arbitre d'urgence - cette dernière ne pouvant faire l'objet d'une exécution forcée en application de la Convention de New York.

1. Aussi visible dans les commentaires que discret dans la pratique, un nouvel acteur s'est récemment invité dans les débats sur l'arbitrage : l'arbitre d'urgence.

Sans doute un tel écart entre l'abondante littérature qui lui est consacrée et le nombre encore limité de précédents<sup>8</sup> s'explique-il par l'hésitation des praticiens à son égard : le recours à l'arbitre d'urgence plutôt qu'aux procédures judiciaires de référé est-il opportun, voire préférable ?

Largement traitée en matière d'arbitrage, cette question de la pertinence du recours à la justice privée se pose ainsi avec une nouvelle acuité en ce qui concerne l'arbitrage d'urgence.

2. La valeur d'une procédure contentieuse s'appréhendant mieux en en éprouvant les contours qu'en en contemplant la nature, les développements à suivre s'attacheront donc à partager certaines réflexions pratiques et comparatives sur l'arbitrage d'urgence et les procédures judiciaires de référé.

Ainsi, après un rappel des origines de l'arbitrage d'urgence (I.), les avantages respectifs des deux types de procédures seront évalués à l'aune de leurs caractéristiques propres (II.) et de l'opportunité de leur utilisation selon les mesures recherchées (III.).

Annexé en fin de document, un tableau synoptique tente de résumer les apports de la présente étude.

## I. - L'avènement de la procédure d'arbitrage d'urgence

3. Comme l'a relevé Jean-Claude Magendie, alors Président du tribunal de grande instance de Paris, dans son rapport éponyme remis au garde des Sceaux, « [n]otre société, qui privilégie l'instant présent et impose la tyrannie de l'urgence, dénonce souvent les lenteurs de la justice »<sup>9</sup>. C'est ainsi qu'en France (et partout dans le monde), dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, des règles de procédure dérogatoires et adaptées au traitement des urgences furent introduites<sup>10</sup>. Aujourd'hui, les praticiens recourent quotidiennement à de telles procédures, « lorsqu'il n'y a pas de temps à perdre ou lorsqu'il est inutile de perdre son temps »<sup>11</sup>.

Naturellement, l'arbitrage aspire lui aussi à répondre à ce besoin constant d'accélération du règlement des différends, quelle qu'en soit la forme.

4. Création récente<sup>12</sup>, l'arbitre d'urgence tend à combler un vide inhérent à la matière arbitrale. En effet, contrairement aux tribunaux étatiques - par essence permanents et disponibles à tout moment - chaque tribunal arbitral doit être au préalable constitué. Si les parties et leurs conseils tendent aujourd'hui à mieux encadrer cette procédure dans les clauses d'arbitrage<sup>13</sup>, plusieurs mois peuvent malgré tout s'écouler avant que le tribunal arbitral ne soit constitué<sup>14</sup>, notamment lorsque la clause compromissoire prévoit trois arbitres et lorsque certains d'entre eux sont confrontés à des demandes de récusation<sup>15</sup>.

Or, durant cet intervalle, le litige et son environnement peuvent évoluer<sup>16</sup>. Ce sera notamment le cas si l'une des parties à l'arbitrage tente - en réaction à la décision de son adversaire de l'attirer devant un tribunal arbitral - de perturber l'équilibre économique existant entre les parties, par exemple, en transférant des actifs, en modifiant un équilibre contractuel, voire en organisant son insolvabilité pour vider de sa substance la sentence à intervenir.

5. Si elle n'est pas la seule réponse imaginée par les institutions arbitrales<sup>17</sup> pour répondre au temps incompressible requis pour la constitution des tribunaux arbitraux<sup>18</sup>, la procédure d'arbitrage d'urgence s'est incontestablement imposée comme la solution privilégiée, et a notamment été adoptée par les institutions suivantes :

- Association Française d'Arbitrage (AFA) (1978)<sup>19</sup> ;
- Netherlands Arbitration Institute (NAI) (1997<sup>20</sup>)<sup>21</sup> ;
- International Centre for Dispute Resolution (ICDR) (1999 (mécanisme optionnel) / 2006)<sup>22</sup> ;
- International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2007)<sup>23</sup> ;
- Mexico City Chamber of Commerce (CANACO) (2008)<sup>24</sup> ;
- Stockholm Chamber of Commerce (SCC) (2010)<sup>25</sup> ;
- Singapore International Arbitration Centre (SIAC) (2010)<sup>26</sup> ;

- *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA) (2011)<sup>27</sup> ;
- *Panel of Recognised International Market Experts in Finance* (P.R.I.M.E.) (Finance Arbitration Rules) (2012)<sup>28</sup> ;
- *Association des Chambres de commerce suisses pour l'arbitrage et la médiation* (Règlement suisse d'arbitrage international) (2012)<sup>29</sup> ;
- *Hong Kong International Arbitration Center* (HKIAC) (2013)<sup>30</sup> ;
- *Arbitration Centre of the Portuguese Chamber of Commerce and Industry* (CAC) (2014)<sup>31</sup> ;
- *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) (2014)<sup>32</sup> ;
- *London Court of International Arbitration* (LCIA) (2014)<sup>33</sup> ;
- *World Intellectual Property Organization* (WIPO) (2014)<sup>34</sup> ;
- *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) (2015)<sup>35</sup> ;
- *Court of Arbitration of Madrid* (CAM) (2015)<sup>36</sup> ;
- *Korean Commercial Arbitration Board* (KCAB) (2016)<sup>37</sup> ;
- *Mumbai Centre for International Arbitration* (MCIA) (2016)<sup>38</sup> ; et
- *Dubai International Financial Centre* (DIFC-LCIA) (2016)<sup>39, 40</sup> .

6. Reste que, en introduisant son Règlement de référé pré-arbitral le 1<sup>er</sup> janvier 1990<sup>41</sup>, la CCI fut l'une des premières institutions à prévoir une procédure spécifique permettant l'octroi de mesures d'urgence. Usant de cette procédure, toute partie peut présenter une demande de référé dès lors qu'elle justifie, à cet effet, d'un accord écrit préalable avec son adversaire<sup>42</sup>. Ainsi, la possibilité de recourir à cette procédure reste optionnelle (mécanisme d'*opt-in*) et doit être expressément prévue au contrat ou acceptée (à l'écrit) par l'ensemble des parties. Le cas échéant, un « *tiers statuant en référé* » peut alors être désigné par un accord des parties ou, à défaut, par le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI dans un délai de 8 jours. Habilité à ordonner des mesures tendant à résoudre un problème urgent, le tiers est investi à ce titre d'un large pouvoir pour ordonner diverses mesures provisoires<sup>43</sup>, qu'il doit rendre par ordonnance – contraignante pour les parties mais non pour le tribunal arbitral – dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la demande de référé<sup>44</sup>.

Originale, cette procédure a pourtant connu un échec relatif : seuls 14 référés pré-arbitraux ont été recensés entre 1990 et 2012.

Ce bilan s'explique par le fait que (i) cette procédure, ouverte uniquement en cas d'accord exprès, n'est pas connue des rédacteurs de contrats, souvent focalisés sur d'autres points de négociation, et que (ii) des doutes subsistent quant à la véritable nature d'une telle procédure – le tiers statuant en référé n'étant ni ontologiquement ni nommément un arbitre.

7. C'est ainsi que, à la suite d'autres institutions arbitrales<sup>45</sup>, la CCI a intégré la procédure dite de l'arbitre d'urgence dans son nouveau Règlement du 1<sup>er</sup> janvier 2012<sup>46</sup>. Nommé par le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI « *dans les plus brefs délais [et] normalement dans les deux jours de la réception de la Requête* »<sup>47</sup>, l'arbitre d'urgence peut prononcer, *via* une ordonnance<sup>48</sup> rendue sous 15 jours<sup>49</sup>, « *des mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral* »<sup>50, 51</sup>, afin notamment de protéger les biens et/ou preuves qui pourraient être autrement altérés, détruits ou perdus.

Sauf à être expressément écartée par les parties ("*opt-out*")<sup>52</sup>, ou à ce que ces dernières aient choisi de recourir au référé pré-arbitral ("*implied opt-out*")<sup>53</sup>, la procédure de l'arbitre d'urgence intègre automatiquement l'arsenal procédural à disposition des parties à un arbitrage régi par le Règlement 2012 de la CCI<sup>54</sup>. Ainsi, le choix entre le référé pré-arbitral et l'arbitrage d'urgence ne peut s'exercer qu'au moment de la rédaction du contrat.

Dans ces conditions, tout porte à croire que le référé pré-arbitral continuera d'être en pratique délaissé par les parties, au profit du choix (par défaut) de l'arbitrage d'urgence. Offrant une moindre garantie de rapidité de décision<sup>55</sup>, moins moderne et n'imposant pas l'établissement d'un calendrier de procédure, le référé pré-arbitral semble en effet moins attractif que l'arbitrage d'urgence.

## II. – Des régimes juridiques hétérogènes, mais complémentaires

8. Le recours à la procédure de l'arbitre d'urgence n'étant, en principe, pas exclusive de la saisine du juge judiciaire des référés<sup>56</sup>, se pose la question des critères du choix à opérer, et éventuellement de l'articulation, entre l'arbitrage d'urgence et l'action en référé devant les juridictions étatiques.

Ce choix entre recours au juge étatique ou à l'arbitre d'urgence est relativement nouveau et inhabituel pour les praticiens<sup>57</sup>. En effet, le choix de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux procédures judiciaires est traditionnellement effectué par les rédacteurs de contrats au moment des négociations menant à la conclusion de ces derniers, de manière anticipatrice et au vu d'éléments objectifs et abstraits. En revanche, en matière d'arbitrage d'urgence, le choix de recourir à l'arbitre d'urgence plutôt qu'aux

procédures judiciaires de référé appartient aux spécialistes du contentieux, qui se déterminent au vu des considérations concrètes du litige naissant – l'alternative s'offrant aux praticiens étant en outre complexifiée en matière d'urgence par la possibilité de pouvoir cumuler, pour une même espèce, recours à l'arbitrage et à une ou plusieurs procédure(s) judiciaire(s).

9. Afin de tenter d'apporter un éclairage sur un tel choix, il convient tout d'abord de comparer les champs d'application (A.) et la mise en œuvre (B.) de ces deux procédures, avant de montrer que leur principale différence tient à l'exécution de l'ordonnance obtenue *via* l'une ou l'autre (C.), puis d'aborder la question de leur possible cumul (D.).

Enfin, une tentative d'analyse comparative des mesures spécifiques pouvant être octroyées par l'arbitre d'urgence et le juge étatique sera présentée en troisième partie.

## A. Champ d'application

La compétence (1.) et les pouvoirs respectifs (2.) de l'arbitre d'urgence et du juge étatique diffèrent.

### 1. Compétence de l'arbitre d'urgence et du juge étatique

10. La compétence de l'arbitre d'urgence trouve sa source dans le contrat liant les parties, et plus particulièrement dans la clause compromissoire. Ainsi, dès lors qu'une requête d'arbitrage au fond est introduite<sup>58</sup>, ou est sur le point d'être introduite dans les 10 jours<sup>59</sup>, les parties peuvent recourir à l'arbitre d'urgence, investi du pouvoir de prononcer toutes mesures « *conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral* », et ce sans autre limite particulière tenant à son office (sous réserve bien entendu que l'arbitrage d'urgence n'ait pas été écarté dans la clause compromissoire).

Dans certaines juridictions, toutefois, le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires pourra être expressément réservé par la loi aux seules juridictions étatiques, à l'exclusion donc des tribunaux arbitraux et, logiquement, de l'arbitre d'urgence<sup>60</sup>.

En dehors de ces cas spécifiques, la question de la compétence de l'arbitre d'urgence pose peu de difficultés en pratique – sous réserve cependant que la ou les partie(s) visée(s) par les mesures souhaitées soi(en)t effectivement signataire(s) de la clause compromissoire<sup>61</sup>.

L'on aurait d'ailleurs pu s'interroger sur l'opportunité de présumer la compétence de l'arbitre d'urgence dans le Règlement CCI, sous réserve toutefois que le Président de la Cour ait bien vérifié l'existence, *prima facie*, d'une (ou des) clause(s) compromissoire(s) applicable(s)<sup>62</sup>. Une telle présomption aurait pour objet de limiter de possibles exceptions d'incompétence à des fins dilatoires et ce, afin d'assurer l'obtention de mesures d'urgence dans des délais conformes à ceux du Règlement CCI.

Le Règlement a retenu une solution différente, l'arbitre d'urgence étant tenu de « (...) statue[r] sur la recevabilité de la Requête conformément à l'article 29, paragraphe 1, du Règlement et sur sa propre compétence pour ordonner les mesures d'urgence »<sup>63</sup>. Cette solution apparaît toutefois légitime dès lors que s'affranchir de toute vérification quant à la recevabilité de la demande et la compétence de l'arbitre d'urgence aurait pu fragiliser l'ordonnance.

11. À l'appui d'un arbitrage (ou en anticipation de celui-ci<sup>64</sup>), les parties peuvent également, dans la majorité des juridictions, demander des mesures provisoires ou conservatoires au juge des référés<sup>65</sup>. La compétence du juge étatique dépend alors de la loi du for et devra être analysée au cas par cas.

Si le recours aux tribunaux étatiques est possible dans la majorité des cas, le juge étatique peut parfois être incompétent par principe à l'égard de contrats comportant une clause compromissoire. C'est, par exemple, le cas en Indonésie, où la *Law No. 30 of 1999 on Arbitration and Alternative Dispute Resolution* empêche toute intervention du juge local qui tendrait à prononcer des mesures conservatoires ou provisoires au soutien d'un litige soumis à l'arbitrage<sup>66</sup>. De même, la *lex arbitri* peut interdire au juge étatique de prononcer de telles mesures lorsque le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger<sup>67</sup>. Enfin, dans certaines juridictions, en l'absence de règle écrite et de précédent jurisprudentiel sur la question, il n'est pas possible de déterminer *a priori* si les juridictions locales sont compétentes pour prononcer des mesures d'urgence à l'appui d'un arbitrage. C'est par exemple le cas en Albanie<sup>68</sup>.

12. Dans de telles situations, la procédure de l'arbitre d'urgence permet de pallier l'incompétence du juge étatique pour prononcer des mesures d'urgence sur un territoire déterminé.

### 2. Pouvoirs de l'arbitre d'urgence et du juge étatique

13. La compétence de l'arbitre d'urgence découlant, comme indiqué *supra*<sup>69</sup>, du contrat entre les parties, celle-ci ne peut pas davantage être limitée par des considérations d'ordre géographique. Toute situation rentrant dans le champ d'application de la clause compromissoire étant par principe de la compétence de l'arbitre d'urgence, ce dernier peut prendre des ordonnances d'application globale, à même de produire leurs effets au plan mondial. Il s'agit d'un véritable avantage vis-à-vis des procédures judiciaires de référé, et ce notamment en matière de gels d'actifs et de préservation du *statu quo*.

Ainsi, le recours à l'arbitre d'urgence, en qualité de juge unique, présente l'important avantage d'internationaliser, centraliser et harmoniser le contentieux de l'urgence.

14. À l'inverse, les juges étatiques n'ont souvent pas le pouvoir de – ou sont à tout le moins réticents à – rendre des décisions dont la mise en œuvre nécessite une procédure de reconnaissance et d'exécution à l'étranger<sup>70</sup>.

Dès lors, en l'absence de mesures conservatoires ou provisoires qui auraient vocation à s'appliquer de façon extraterritoriale, une partie désirant sécuriser des actifs localisés dans différentes juridictions devra donc entamer des procédures dans chacune des juridictions en cause, ce qui pourrait se transformer en une véritable odyssée procédurale.

Dans une telle hypothèse, l'universalité de l'arbitre d'urgence s'impose donc comme un avantage indéniable de cette procédure – qui permet notamment d'écarter le risque, inhérent à la saisine concurrente de plusieurs juridictions, d'obtenir des décisions contradictoires.

15. Cet avantage est cependant à relativiser, notamment dans les juridictions de *common law*. Ainsi, par exemple, les “*worldwide freezing orders*”<sup>71</sup> prononcées par les tribunaux britanniques<sup>72</sup> peuvent produire leurs effets au-delà de leurs frontières : les ordonnances judiciaires que sont les “*freezing orders*” interdisent en effet à leurs destinataires de disposer d'une catégorie, voire de l'ensemble, de leurs biens – y compris, des biens situés en dehors du Royaume-Uni. Fondée soit sur un critère personnel soit sur la présence d'actifs du défendeur sur le territoire, la compétence des tribunaux britanniques leur permet de d'ordonner des mesures touchant des actifs même situés en dehors de ces territoires, car prononcées *in personam* et non *in rem*. La production d'effets réellement transnationaux par de telles mesures est cependant conditionnée, au stade de la recevabilité de la requête, par l'existence d'un lien de connexité fondant la compétence des tribunaux britanniques<sup>73</sup> et, au stade de leur exécution, par l'engagement obligatoire du demandeur de ne pas tenter de les exécuter sans accord préalable de ces derniers<sup>74</sup>, d'une part, et par leur nécessaire reconnaissance par les tribunaux des juridictions dans lesquelles elles ont vocation à s'appliquer, d'autre part.

16. En outre, et comme décrit en détail dans la troisième partie (cf. *infra*), le champ des mesures pouvant être ordonnées par l'arbitre d'urgence est plus restrictif que celui du juge étatique.

## B. Mise en œuvre

17. La mise en œuvre de l'une ou l'autre des procédures soulève plusieurs points de comparaison, à commencer par les règles procédurales (1.) et standards juridiques applicables (2.), mais aussi l'autonomie de la procédure d'urgence vis-à-vis de celle au fond (3.) ou encore la durée de l'instance (4.).

### 1. Procédure

18. L'arbitrage d'urgence est une source de simplification processuelle. En effet, le Règlement CCI pose des règles précises concernant la procédure d'arbitrage d'urgence<sup>75</sup>.

Comparé à la complexité de certaines procédures judiciaires, l'arbitrage d'urgence présente une relative simplicité et modernité, notamment en matière de signification et de conduite de la procédure. Ainsi, l'institution arbitrale va assurer un rôle d'autorité administrative, guichet unique pour les parties : le Secrétariat de la CCI a notamment la charge de « signifier » la requête aux fins de mesures d'urgence à la partie adverse<sup>76</sup> (puis, fréquemment, une fois nommé, l'arbitre d'urgence autorisera les parties à échanger l'ensemble de leurs écritures et pièces subséquentes par email).

Par ailleurs, l'arbitre d'urgence s'emploiera, dans les plus brefs délais suivant sa saisine<sup>77</sup>, à établir un calendrier de procédure pensé sur-mesure pour le litige qui lui est soumis, permettant ainsi une résolution efficace et optimale de celui-ci, tout en restant disponible et à l'écoute des parties durant la quinzaine de jours de la procédure, dans un souci de flexibilité et de réactivité.

En outre, les audiences peuvent se dérouler par téléphone et/ou visioconférence<sup>78</sup>, permettant ainsi aux parties d'économiser temps, coûts et de résoudre toutes difficultés matérielles.

19. Par contraste, les règles procédurales spécifiques à chaque juridiction sont susceptibles de constituer autant d'obstacles plus ou moins dirimants en vue de l'obtention de mesures d'urgence. Pour ne prendre que l'exemple français, la procédure applicable en référé conserve parfois un certain degré d'inertie : nécessité pour le demandeur de présenter une requête préalable aux fins d'être autorisé à assigner d'heure à heure<sup>79</sup>, signification de l'assignation par exploit d'huissier, ou encore inertie liée à la notification d'une partie située à l'étranger<sup>80</sup>.

Le recours à un conseil local – qu'il faudra au préalable identifier (possiblement dans l'urgence) en veillant à la cohérence de la stratégie contentieuse globale – sera quasiment toujours obligatoire, et les coûts et honoraires seront donc nécessairement multipliés. En tout état de cause, certains écueils demeureront difficilement évitables – et pourraient conduire à privilégier le recours à l'arbitre d'urgence : l'antagonisme des cultures et systèmes juridiques, les modes de preuve divergents<sup>81</sup>, la différence de nature et de teneur de la notion même d'urgence, les règles déontologiques contradictoires, la nécessité de maintenir la confidentialité, la question du transfert de données personnelles (notamment de l'Union européenne vers une juridiction n'offrant pas un niveau de protection jugé « adéquat » au regard des standards communautaires), ou encore le possible risque de manque d'indépendance de certaines juridictions nationales.

### 2. Standards juridiques et conditions d'octroi des mesures urgentes

20. En matière d'arbitrage d'urgence comme de référé, l'appréciation de l'urgence ou du dommage imminent résulte principalement de la jurisprudence, les critères issus des textes applicables restant génériques et difficilement appréhendables en dehors de chaque cas d'espèce<sup>82</sup>.

La difficulté d'articuler des critères précis permettant de caractériser l'urgence en dehors d'un corpus étoffé de jurisprudence est

ainsi susceptible de procurer un avantage certain aux procédures judiciaires de référé.

21. En effet, sans surprise, l'arbitrage d'urgence n'échappe pas au caractère confidentiel si prisé des utilisateurs de l'arbitrage : l'absence de publicité des débats et de publication des ordonnances rendues (qui, en tout état de cause, demeurent actuellement en nombre très limité<sup>83</sup>) privent les parties de visibilité quant aux standards qui seront retenus par l'arbitre d'urgence.

L'article 29 du Règlement CCI se contentant de préciser que les mesures urgentes demandées « *ne peuvent [pas] attendre la constitution d'un tribunal arbitral* », l'urgence (toute relative, étant donné que la constitution peut prendre plusieurs mois<sup>84</sup>) est le seul et unique critère textuel que l'arbitre d'urgence doit appliquer – libre ensuite à lui de recourir aux standards et conditions qu'il juge pertinents.

La notion même d'urgence est donc floue et l'on ne sait pas, à ce stade, dans quelle mesure les critères habituellement retenus par les tribunaux arbitraux en matière de mesures conservatoires et provisoires de l'article 28<sup>85</sup>, ou encore la jurisprudence des juridictions étatiques d'urgence du siège de l'arbitrage et/ou du droit applicable au fond du litige, seront transposés à l'arbitrage d'urgence<sup>86</sup>.

22. À l'inverse, en matière de référé et pour prendre l'exemple de la France, quatre décennies de jurisprudence abondante<sup>87</sup> sont intervenues depuis l'institution du nouveau Code de procédure civile<sup>88</sup>, venant ainsi clarifier les textes. Si bien qu'aujourd'hui, les praticiens sont généralement en mesure d'appréhender bien plus précisément les critères d'octroi des mesures de référé et sont plus à même d'apprécier l'aléa judiciaire de telles procédures. Ils peuvent ainsi procéder à une analyse préliminaire des risques et chances de succès – exercice davantage périlleux dans le contexte d'un arbitrage d'urgence.

23. L'absence de prévisibilité est ainsi susceptible de constituer un désavantage, et ce d'autant plus que les régimes et modes de preuve applicables pourront également donner lieu à désaccord (sauf si la clause compromissoire préempte ces questions). Au contraire, devant les tribunaux étatiques, le régime de la preuve et la norme de la preuve<sup>89</sup> prêteront peu à discussion.

24. Cette critique peut toutefois également être perçue comme un possible avantage de l'arbitrage d'urgence vis-à-vis des procédures judiciaires de référé. En effet, en l'absence de règles précises, l'arbitre d'urgence dispose d'une grande liberté quant aux mesures qu'il peut prononcer<sup>90</sup>, et peut donc éventuellement équilibrer les éventuels excès de rigidité imposés par un droit local particulier – qui pourrait par exemple interdire l'octroi de mesures de telle ou telle nature, pourtant nécessaires à la sauvegarde des intérêts des parties.

### **3. Autonomie entre procédure au fond et procédure d'urgence**

25. La recevabilité de la demande d'arbitrage d'urgence est conditionnée par le dépôt d'une requête d'arbitrage au fond, au plus tard dans les 10 jours<sup>91</sup>. Le demandeur doit donc être en état de déposer une requête d'arbitrage au fond – ce qui peut parfois s'avérer délicat en pratique.

26. En outre, en pratique, les parties stipulent fréquemment une clause de règlement amiable des différends, ou clause « d'escalade », s'obligeant ainsi à recourir obligatoirement à la négociation, conciliation et/ou médiation pendant une période déterminée, préalablement à l'introduction de toute demande d'arbitrage. Une telle clause, si elle prévoit une période de tentative de résolution amiable du litige supérieure à 10 jours, pourrait donc *de facto* empêcher le recours immédiat à l'arbitrage d'urgence, dès lors que le potentiel demandeur se retrouverait contraint d'attendre l'expiration de ladite période afin d'être recevable à déposer une requête d'arbitrage<sup>92</sup>. Toutefois, le Règlement CCI prévoit expressément la possibilité pour l'arbitre d'urgence de décider « *qu'un délai plus long [que celui de 10 jours] est nécessaire* » pour soumettre la demande au fond<sup>93</sup>. Ainsi, si les circonstances de l'espèce le justifient, un arbitre d'urgence devrait être en mesure d'étendre la période de 10 jours afin d'englober la période de « non-agression », et ainsi permettre un recours anticipé à l'arbitrage d'urgence.

27. Par ailleurs, l'interdépendance entre arbitrage d'urgence et arbitrage au fond risque de sanctionner les incohérences et approximations éventuellement commises par les parties dans le cadre de l'arbitrage d'urgence, et dont le tribunal arbitral pourra difficilement faire abstraction dans le cadre de l'arbitrage au fond. Ce risque est d'autant plus grand que l'urgence inhérente à la procédure, comme l'absence de visibilité sur l'évolution du litige au fond, peuvent facilement provoquer des erreurs, qu'il sera difficile de corriger.

Tout au contraire, quoique fréquente en pratique, la saisine du juge du fond n'est pas, du moins en France, une condition *sine qua non* de celle du juge des référés étatique. En pratique, d'ailleurs, une décision favorable en référé pourra constituer une incitation pour que les parties se rapprochent et déboucher sur une issue négociée. Les procédures judiciaires de référé sont donc, formellement, indépendantes de l'arbitrage au fond, permettant ainsi de tempérer le risque potentiel lié à l'assimilation des deux procédures.

### **4. Durée**

28. L'arbitre d'urgence devant rendre son ordonnance sous 15 jours à compter de sa nomination<sup>94</sup>, intervenant dans les 2 jours de la saisine<sup>95</sup>, la procédure d'arbitrage d'urgence s'étend donc, en principe, sur une période maximum de 17 jours. Par exception, cette durée peut toutefois être prolongée<sup>96</sup>.

À titre d'illustration, dans une récente procédure d'urgence CCI engagée le 26 janvier 2016, qui conduisit à la nomination de l'arbitre le 28 janvier 2016, puis à une extension de la procédure, cette dernière se déroula comme suit (entièrement *via* télé et

vidéo-conférence) : (i) réunion de fixation du calendrier de procédure le 1<sup>er</sup> février, (ii) précision par le demandeur de ses prétentions le 1<sup>er</sup> février, (iii) seconde réunion de procédure le 4 février, (iv) reddition d'une ordonnance de procédure (relative à une mesure temporaire requise par le demandeur) le 5 février, (v) réponse du défendeur le 7 février, (vi) observations finales du demandeur le 9 février, (vii) observations finales du défendeur le 11 février, (viii) audience de plaidoirie et d'interrogation des témoins le 12 février, (ix) commentaires des parties relativement aux coûts procéduraux le 13 février, puis (x) reddition de l'ordonnance le 17 février. La procédure fut donc intégralement menée en 21 jours.

En pratique, le délai de décision de l'arbitre variant de 10 à 15 jours<sup>97</sup>, la durée de la procédure peut s'avérer moins avantageuse que devant un juge étatique (cf. *infra*). Cependant, afin de préserver les droits des parties, rien n'interdit à l'arbitre d'urgence de prononcer des mesures temporaires, applicables jusqu'à la reddition de son ordonnance.

Enfin, en considération du temps que peut prendre la constitution définitive d'un tribunal arbitral, à savoir plusieurs mois, et du fait que la procédure d'arbitrage d'urgence se déroule en seulement 15 jours : dans l'hypothèse d'une situation où les circonstances évolueraient rapidement, les parties pourraient être amenées à demander à l'arbitre d'urgence de modifier, rétracter ou lever son ordonnance<sup>98</sup> ou à engager successivement plusieurs procédures d'arbitrage d'urgence. Dans cette dernière situation, encore inédite à notre connaissance, nous pensons que le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI<sup>99</sup> pourrait opportunément nommer le même arbitre, hormis naturellement les cas où l'indépendance ou l'impartialité de cet arbitre pourrait être mise en cause<sup>100</sup> – cette solution aurait le mérite de faciliter et d'accélérer le déroulement de la nouvelle procédure arbitrale d'urgence.

29. Devant les juridictions étatiques, la durée des procédures visant à obtenir des mesures d'urgence est variable. En France, par exemple, le référé dit d'heure à heure offre la possibilité aux parties d'obtenir une décision dans un délai moyen de 96 heures (en fonction des juridictions, de la complexité de la situation, et de son degré d'urgence)<sup>101</sup>. Il n'est pas impossible, devant certaines juridictions, d'obtenir une décision dans les 24 heures de la saisine.

30. En tout état de cause, il est nécessaire de considérer au cas par cas le degré d'urgence afin d'opter pour la voie procédurale à même de permettre l'obtention d'une décision dans le temps désiré.

Puis, une fois l'ordonnance obtenue, se pose la question fondamentale de son exécution.

## C. Exécution de la mesure provisoire ou conservatoire

31. L'arbitre d'urgence est un juge en grande partie tributaire de la bonne volonté des parties. Ce trait constitue son principal désavantage. Quoique fréquemment respectées par les parties en pratique (2.), les ordonnances rendues par les arbitres d'urgence présentent d'importantes limites (1.) que certaines évolutions législatives pourraient permettre de surmonter (3.).

### 1. L'impossible exécution forcée des ordonnances rendues par l'arbitre d'urgence

32. En application des règles de la Convention de New York<sup>102</sup>, une sentence arbitrale peut faire l'objet d'une exécution forcée après reconnaissance, ordonnance d'exécution et/ou *exequatur* par le juge étatique, et constitue ainsi un titre suffisant pour autoriser un créancier à prendre des mesures conservatoires ou provisoires sur les biens de son débiteur : en effet, l'arbitre étant dépourvu d'*imperium*<sup>103</sup>, il ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte propre qu'il pourrait exercer lorsqu'il prononce de telles mesures<sup>104</sup>.

Ainsi, la nature de la décision<sup>105</sup> rendue par l'arbitre d'urgence<sup>106</sup> constitue le principal point faible de cette nouvelle procédure<sup>107</sup>. Une ordonnance n'étant pas une sentence arbitrale au sens de la Convention de New York, les États n'ont pas l'obligation de la reconnaître dans leur ordre juridique : la Convention précise s'appliquer « à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales »<sup>108</sup>, entendues comme « les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises »<sup>109</sup>. Ces dispositions n'incluant ni n'excluant clairement de leur périmètre les ordonnances rendues par les arbitres d'urgence<sup>110</sup> ou les ordonnances provisoires rendues par les arbitres statuant au fond, deux lectures antagonistes semblent pouvoir être soutenues<sup>111</sup> : considérant la divergence de nature entre l'arbitrage d'urgence et l'arbitrage au fond<sup>112</sup>, nombre d'auteurs<sup>113</sup> rejettent cependant l'alignement du régime des sentences arbitrales et des ordonnances rendues par les arbitres d'urgence sur celui des sentences rendues au fond. Elles, ne pourraient, dès lors, bénéficier des dispositions de la Convention de New York<sup>114</sup>.

### 2. L'absence de caractère exécutoire des ordonnances rendues par l'arbitre d'urgence : une faiblesse qui n'en serait pas une ?

33. Dans les procédures soumises à l'arbitrage d'urgence ces trois dernières années, les parties ont eu tendance à se conformer spontanément aux mesures provisoires et conservatoires ordonnées<sup>115</sup>. En effet, même si l'arbitre d'urgence ne peut pas ensuite être nommé membre du tribunal<sup>116</sup>, une partie refusant d'exécuter une telle ordonnance fait peser sur elle une très forte présomption de mauvaise foi : la défaillance dans l'exécution de l'ordonnance, sauf raison objectivement légitime, sera nécessairement prise en compte par le tribunal arbitral statuant sur le fond du litige<sup>117</sup>.

L'exécution volontaire relève donc de la bonne foi des parties ayant fait le choix de se soumettre à un mode alternatif, contractuel et non-judicialisé de règlement des litiges<sup>118</sup>. Le recours à l'astreinte par l'arbitre d'urgence peut encourager à cette bonne foi, dont la violation n'échappera pas au tribunal arbitral (sur ce point, cf. *infra*, §63).

34. En outre, une lecture croisée<sup>119</sup> des articles 29(2)<sup>120</sup> et 29(4) du Règlement CCI semble ouvrir la voie à l'engagement de la responsabilité contractuelle du défendeur n'ayant pas respecté l'ordonnance<sup>121</sup> : en effet, « *les parties s'engagent à se conformer à toute ordonnance rendue par l'arbitre d'urgence* »<sup>122</sup> et “[l]e tribunal arbitral tranche toute demande d'une partie relative à la procédure de l'arbitre d'urgence (...) et toute demande découlant de l'exécution ou de l'inexécution de l'ordonnance ou en relation avec cette exécution ou inexécution ».

Toutefois, une violation contractuelle est appréciée à la lumière du droit applicable au fond du litige<sup>123</sup>. Ainsi, la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle d'une partie sur ce fondement dépend avant tout des règles de droit régissant les obligations applicables en l'espèce. Il s'agira notamment de déterminer si de telles règles permettent d'étendre le champ de la responsabilité contractuelle au respect du dispositif d'une ordonnance prise sur le fondement du Règlement CCI, indirectement inclus dans le contrat *via* la clause compromissoire.

Si une partie de la doctrine conclut à la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle d'une partie ayant refusé de se conformer au dispositif d'une ordonnance<sup>124</sup>, voire même de recourir à l'exécution forcée en nature du « contrat »<sup>125</sup>, une telle position reste incertaine. Le défendeur pourrait en effet soutenir que l'utilisation de la notion d'« [engagement] » par le Règlement de la CCI est insuffisante à faire naître une véritable obligation contractuelle.

Peut-on raisonnablement penser<sup>126</sup>, en pratique, que des parties ayant convenu de recourir à l'arbitrage suivant le Règlement de la CCI<sup>127</sup> pourraient être *contractuellement* tenues par le dispositif d'une ordonnance prise par un arbitre d'urgence ainsi investi du pouvoir de juger ? Combinée avec le lien contractuel qui existe entre les parties et l'arbitre, la nature *juridictionnelle* de la décision de ce dernier<sup>128</sup> modifie profondément cette relation : entre la clause compromissoire liant les parties, et leurs obligations mutuelles nées de l'ordonnance de l'arbitre d'urgence, la *jurisdictio* s'est exercée. La chaîne contractuelle est donc potentiellement brisée par l'intervention d'un jugement par essence indépendant de la volonté des parties. Dès lors, si les parties doivent respecter (i) la clause compromissoire tout autant que (ii) l'ordonnance, c'est dans le premier cas au titre de l'engagement conventionnel qu'elles se sont elles-mêmes imposé, mais dans le second par égard pour l'acte juridictionnel, œuvre du seul arbitre d'urgence, intervenu depuis.

*A contrario* (dans le sens de l'existence d'une véritable obligation contractuelle), il pourrait être soutenu que l'obligation dont les parties sont débitrices ne réside pas tant dans l'ordonnance que dans l'engagement pris *a priori*, lors de la passation du contrat, de respecter le dispositif de ladite ordonnance. Dès lors, l'existence d'un lien strictement contractuel entre la conclusion du contrat et l'obligation de se conformer à l'ordonnance pourrait être retenue : l'obligation de respecter l'ordonnance serait réputée trouver sa source dans le contrat, et non plus dans l'acte juridictionnel.

En tout état de cause, l'engagement de la responsabilité contractuelle pour non-respect de l'ordonnance procède d'une conception extensive de la notion d'obligation : les tribunaux arbitraux, statuant au fond, ne devraient pas se priver de retenir une telle conception afin de garantir l'effet utile de l'arbitrage d'urgence – ce qui nous semble à première vue légitime.

35. En conclusion, c'est donc bien de la bonne foi des parties, éventuellement incitée par leur crainte<sup>129</sup> d'une sanction ultérieure<sup>130</sup> par le tribunal arbitral, que procède le palliatif majeur à la faiblesse principale du recours à l'arbitrage d'urgence : l'impossible exécution forcée de l'ordonnance qui en découle. Dès lors, il semblerait préférable pour le requérant qui redoute le refus du défendeur de se conformer spontanément à l'ordonnance, de recourir au juge étatique : ce dernier disposant, lui, de l'*imperium*, sa décision pourra faire l'objet d'une exécution forcée<sup>131</sup>.

### 3. Vers la reconnaissance de l'ordonnance de l'arbitre d'urgence ?

36. Certaines législations nationales<sup>132</sup> ont d'ores et déjà expressément organisé les modalités de reconnaissance des ordonnances rendues par les arbitres d'urgence. C'est ainsi qu'en 2012, l'*International Arbitration Act (Chapter 143A)* de Singapour a habilement intégré « *l'arbitre d'urgence* » dans la définition même du « *tribunal arbitral* », afin que celui-ci jouisse de l'ensemble des pouvoirs de celui-là, y compris donc celui de rendre des ordonnances ayant force contraignante et exécutoire sur autorisation du tribunal/juge étatique compétent<sup>133</sup>. De même, en 2013, l'*Arbitration Ordinance (Chapter 609)* de Hong Kong a expressément reconnu les ordonnances rendues par un arbitre d'urgence<sup>134</sup> comme exécutoires sur autorisation du tribunal/juge étatique compétent, étant précisé que ce dernier ne peut refuser l'exécution que dans des cas très limités<sup>135</sup> – faisant ainsi de Singapour et Hong Kong les juridictions les plus favorables à l'arbitrage d'urgence.

37. L'on ne peut que souhaiter que ce mouvement soit suivi par les autres grandes places d'arbitrage dans le monde, à commencer par la France qui risquerait, dans l'hypothèse du maintien du *statu quo* normatif, de pâtir d'un désavantage concurrentiel.

L'hypothèse d'un amendement de la Convention de New York, qui rendrait inutile une telle entreprise, étant improbable à court terme, le droit français pourrait évoluer sur ce point *via* deux voies alternatives : (i) la création d'un chapitre ou d'une section réservée à l'arbitre d'urgence au sein du Livre IV du Code de procédure civile consacré à l'arbitrage, (ii) une construction prétorienne constatant le caractère contraignant des ordonnances de l'arbitre d'urgence et acceptant dès lors leur exécution au même titre qu'une sentence arbitrale<sup>136</sup>.

Dans la seconde hypothèse, la jurisprudence française s'éloignerait ainsi de sa position prise en matière de référé pré-arbitral<sup>137</sup>, ce qui pourrait se justifier pour trois raisons principales : (i) la procédure de l'arbitre d'urgence est aujourd'hui prévue dans le texte même des règlements d'arbitrage des principales institutions<sup>138</sup>, (ii) le « tiers » statuant dans le cadre du référé pré-arbitral est désormais nommé « arbitre »<sup>139</sup> et (iii) la procédure d'urgence est nécessairement liée à une procédure d'arbitrage au fond<sup>140</sup>. À

l'inverse, il pourrait cependant être avancé que « l'arbitre » d'urgence n'en a que le nom dès lors qu'il ne tranche pas *in fine* un litige entre les parties, que son ordonnance peut être annulée ou modifiée par le tribunal arbitral<sup>141</sup> (seul « véritable » arbitre) et que sa nomination répond à une règle très spécifique ne laissant *de facto* aucune place à l'accord des parties<sup>142</sup>.

## D. Cumul de l'arbitrage d'urgence et de procédures judiciaires

38. Comme mentionné *supra*, l'article 29(7) du Règlement CCI stipule que « [I]es Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence n'empêchent pas les parties de solliciter l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires urgentes auprès de toute autorité judiciaire compétente à tout moment avant la soumission d'une requête à cette fin conformément au Règlement et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent. La saisine d'une autorité judiciaire compétente pour obtenir de telles mesures ne contrevient pas à la convention d'arbitrage et ne constitue pas une renonciation à celle-ci. Pareille requête, ainsi que toutes mesures prises par l'autorité judiciaire, sont portées sans délai à la connaissance du Secrétariat ».

Ainsi, par principe, le cumul de l'arbitrage d'urgence et d'une ou plusieurs procédure(s) judiciaire(s) de référé est permis.

39. Cette possibilité soulève cependant certaines incertitudes ou difficultés.

Tout d'abord, faut-il comprendre l'expression « *si les circonstances s'y prêtent* » comme une limite apportée à la possibilité de saisir les juridictions étatiques postérieurement à la soumission de la requête à l'arbitre d'urgence ? En l'absence de toute sanction prévue par le Règlement, il semblerait que cette précision doive produire ses effets non quant à la recevabilité de la demande, mais quant à la décision rendue à son sujet. C'est ainsi que, par exemple, si le demandeur obtient devant un juge étatique une mesure en tout point équivalente à celle demandée à l'arbitre d'urgence, ce dernier pourra rejeter la demande qui lui est présentée au motif que l'urgence et/ou la nécessité d'une telle mesure aurait disparu. En tout état de cause, il ne peut s'agir d'une sanction « automatique », l'arbitre d'urgence devant prendre en compte l'ensemble des arguments et circonstances.

De même, il est possible de s'interroger sur la sanction attachée à la violation de l'obligation de notifier le Secrétariat de la CCI de toute requête à, ou mesure prise par, une autorité judiciaire. À nouveau, faute de sanction, il semble qu'il reviendra à l'arbitre d'urgence de décider des conséquences d'une telle omission. Ainsi, ce dernier pourrait être tenté de voir dans un tel acte une violation du principe du contradictoire, pouvant, par exemple, justifier la rétractation de son ordonnance<sup>143</sup>.

Enfin, nous remarquerons que le Règlement CCI prend le soin de préciser que le recours à des juridictions étatiques d'urgence « *ne contrevient pas à la convention d'arbitrage et ne constitue pas une renonciation à celle-ci* », dans un souci de protection des demandeurs en cas de différend sur l'arbitrabilité du litige ou l'existence/ la validité de la clause compromissoire postérieurement à la saisine d'une juridiction étatique.

40. Ainsi, l'appréciation de la pertinence du recours cumulatif à l'arbitrage d'urgence et aux juridictions étatiques doit se faire au cas par cas, et au vu de la séquence procédurale. Il n'existe pas de « bonne » solution de principe. En tout état de cause, le recours cumulatif à plusieurs procédures permet de bénéficier de mesures complémentaires : (i) celles étatiques permettront de bloquer des actifs sur un territoire déterminé, tandis que (ii) celles arbitrales permettront d'interdire aux défendeurs d'agir au détriment des intérêts du demandeur, n'importe où dans le monde.

41. L'ensemble des éléments évoqués jusqu'à présent constituent selon les auteurs les principaux critères d'appréciation de l'opportunité du recours à l'arbitrage d'urgence plutôt qu'aux procédures judiciaires de référé – et inversement.

L'arbitrage d'urgence offre et/ou implique notamment : (i) la neutralité, l'indépendance, la confidentialité et l'expertise présidant à la procédure ; (ii) la possibilité de mener une procédure dématérialisée et dans une langue commune aux parties, (iii) l'absence d'aléa quant aux délais (aujourd'hui 17 jours en moyenne à compter de l'introduction de la demande, soit un délai relativement plus long que celui de certaines procédures judiciaires de référé) ; (iv) un coût forfaitaire de 40 000 dollars<sup>144</sup> sensiblement plus élevé que celui de certaines procédures judiciaires<sup>145</sup>, mais qui peut *in fine* s'avérer minime eu égard aux intérêts en jeu et qui pourra être partagé entre les parties ou mis à la charge du seul défendeur par l'arbitre d'urgence<sup>146</sup> ; (v) la connaissance de l'identité de l'arbitre d'urgence, contrairement aux juges étatiques dont la personnalité<sup>147</sup>, la position dans la hiérarchie judiciaire, le domaine de compétence et la fonction varient d'une juridiction à l'autre ; (vi) un fondement unique<sup>148</sup> justifiant les mesures prononcées par l'arbitre<sup>149</sup> ; et (vii) l'absence de possibilité d'appel contre l'ordonnance de l'arbitre d'urgence<sup>150</sup>.

Précieux pour opérer le choix entre telle ou telle procédure, ces critères généraux sont cependant insuffisants : il convient également d'évaluer leur opportunité relative en fonction des mesures recherchées<sup>151</sup>.

## III. – Un choix guidé par le type de mesures souhaitées

42. Pour dessiner à grands traits une rapide typologie, certaines mesures ne peuvent être demandées qu'au juge étatique, d'autres n'ont que peu d'intérêt à être demandées à un arbitre d'urgence, d'autres encore peuvent être demandées indistinctement à l'un et/ou l'autre.

Plus précisément seront ici étudiées : les mesures tendant à une obligation de ne pas faire par opposition à celles tendant à une obligation de faire (A.) ; les mesures prises *ex parte* (B.) ; les mesures d'instruction (C.) ; les mesures d'exécution (D.) ; la nomination

d'un mandataire provisoire (E.) ; les *anti-suit* et *anti-arbitration injunctions* (F.) ; les contentieux impliquant des entités publiques (G.) ou plusieurs parties (H.) ; et les problématiques relatives à l'astreinte, les garanties et la responsabilité du demandeur (I.).

## A. La distinction entre les mesures tendant à une obligation de faire ou de ne pas faire

43. Comme le juge des référés, l'arbitre d'urgence peut ordonner des mesures (i) interdisant au défendeur de faire une action déterminée (il s'agit ici, généralement, de toutes les mesures visant à préserver le *statu quo*<sup>152</sup>) ou, au contraire, (ii) enjoignant au défendeur de faire ou de donner quelque chose<sup>153</sup>.

44. Les mesures tendant à une obligation de faire sont naturellement considérées comme plus coercitives que celles tendant à une obligation de ne pas faire. Pour autant, rien n'interdit à l'arbitre d'urgence de prononcer les premières, dès lors qu'il possède le pouvoir général de prononcer toutes « *mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral* ».

Cependant, plus les mesures sollicitées seront contraignantes, plus la gravité du dommage ou de l'urgence devra être sérieuse et établie.

Par ailleurs, tout comme le juge des référés, l'arbitre d'urgence prendra généralement en considération la capacité des parties à mettre en œuvre la mesure sollicitée et/ou la probabilité de son exécution.

## B. Le cas particulier du référé-provision

45. S'est développée devant le juge étatique français la pratique dite du « référé-provision »<sup>154</sup>. Celle-ci connaît un succès certain en ce qu'elle permet au juge des référés d'allouer au créancier d'une somme d'argent une provision sur sa créance lorsque cette dernière n'est pas sérieusement contestable – cette provision pouvant constituer, le cas échéant, la totalité du montant de la créance demandée (sur le fondement contractuel et/ou délictuel).

Cela ouvre ainsi la possibilité d'obtenir *de facto* le règlement définitif du litige sur le fond : en effet, la partie qui succombe hésitera le plus souvent à engager, par la suite, une procédure au fond (le cas échéant, en introduisant une requête d'arbitrage) pour faire « rejuger » la première décision du juge des référés, dès lors que ce dernier, en tant que juge de l'évidence, aura considéré que l'obligation de paiement ne peut être sérieusement contestée.

Le référé-provision permet ainsi au créancier d'obtenir une ordonnance qui n'a certes pas, au principal, l'autorité de la chose jugée<sup>155</sup>, mais qui en a tous les avantages.

46. La procédure d'arbitrage d'urgence a elle aussi donné lieu à des demandes visant à l'octroi d'une provision<sup>156</sup>.

Toutefois, s'agissant plus particulièrement du paiement de l'intégralité (ou de la plus grande partie) du montant de la demande au fond, si, en théorie, rien n'interdit à l'arbitre d'urgence de faire droit à une telle demande, il semble que cette pratique puisse se heurter à divers obstacles et limites.

Premièrement, sauf circonstances spécifiques (en particulier, un risque de faillite du demandeur), la partie défenderesse devrait être tentée d'arguer que, contrairement au droit français où un texte exprès existe à cet effet, la pratique consistant à rendre exigible une provision pouvant atteindre 100 % de la créance n'est en réalité pas une « *mesure conservatoire ou provisoire* » de la compétence de l'arbitre d'urgence, ou encore de demander que la somme soit simplement séquestrée, mais non pas effectivement payée.

Par ailleurs, à l'inverse du juge des référés, la compétence de l'arbitre d'urgence nécessite d'introduire une instance au fond – ce qui empêche donc le recours à cette procédure d'urgence aux fins d'obtenir une solution quasi-définitive au litige, sans avoir à faire juger du fond.

Ainsi, en cas de retrait de la demande au fond une fois l'ordonnance de l'arbitre d'urgence rendue, cette dernière cessera immédiatement de lier les parties<sup>157</sup> et son exécution ne dépendra donc que du seul bon vouloir du défendeur, qui devrait très logiquement exiger le retour immédiat de la provision versée.

Le juge des référés semble ainsi constituer la voie naturelle afin d'obtenir une provision.

47. On notera d'ailleurs que le référé-provision peut aboutir à soustraire à l'arbitrage un contentieux que les parties lui avaient pourtant contractuellement soumis. En effet, ainsi qu'il a été rappelé, une décision de référé-provision favorable (*a fortiori* lorsqu'elle alloue l'intégralité de la créance) aura un impact direct sur l'introduction d'une procédure au fond.

Consciente de cette difficulté, dans le cas spécifique où les parties sont liées par une convention d'arbitrage, la Cour de cassation a subordonné le pouvoir du juge des référés à une exigence supplémentaire (non prévue par le texte) : la constatation ou caractérisation de l'urgence<sup>158</sup>.

Une telle solution, si elle est bienvenue, ne permet cependant pas de purger entièrement la difficulté identifiée ci-dessus. En opportunité, toutefois, le référé-provision garde le mérite de désengorger les prétoires et de résoudre des contentieux qui ne justifient souvent pas une procédure au fond.

### C. Les mesures *ex parte*

48. Prononcées sans débat contradictoire et sans que la partie adverse ne soit informée de la demande<sup>159</sup>, ces mesures sont incompatibles avec le Règlement CCI qui prévoit la transmission de la requête et des éléments de preuve à la partie adverse<sup>160</sup>.

En effet, la nature consensuelle de l'arbitrage s'oppose en principe au prononcé de mesures *ex parte*<sup>161</sup>.

49. Les situations où de telles mesures sont indispensables afin de préserver « l'effet de surprise » sont fréquentes<sup>162</sup> : le recours au juge étatique s'impose alors nécessairement.

### D. Les mesures d'instruction

50. S'agissant des mesures d'instruction, c'est-à-dire « [d]es investigations menées directement sous la direction du juge, soit à la demande des parties, soit spontanément par le juge ou à sa demande »<sup>163</sup>, le pouvoir des arbitres est généralement admis<sup>164</sup>, notamment afin d'éviter la disparition ou la destruction de preuves. À condition d'être qualifiée de « [mesure conservatoire urgente] » plutôt que de « [mesure provisoire urgente] »<sup>165</sup>, une mesure d'instruction peut entrer dans le champ de compétence de l'arbitre d'urgence<sup>166</sup>.

51. Cependant, en matière de mesures d'instruction d'urgence, le recours au juge étatique sera souvent plus efficace que l'arbitrage d'urgence. En effet, devant le juge étatique, (i) la demande peut être faite par voie de requête, c'est-à-dire *ex parte*, (ii) la caractérisation de l'urgence n'est souvent pas nécessaire (la justification d'un « motif légitime » suffit)<sup>167</sup> et (iii) le juge étatique a le pouvoir de mandater directement des auxiliaires de justice (huissier, expert, etc.) qui pourront alors, le cas échéant, solliciter l'appui de la force publique.

### E. Les mesures d'exécution

52. Au titre de l'article 1468, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile, « la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires ». Ce monopole étatique des voies d'exécution est un principe quasiment universel<sup>168</sup>.

L'arbitre d'urgence, qui n'a pas, par exemple, compétence pour décider de la saisie forcée d'un bien, s'incline ici nécessairement face au juge étatique.

### F. La nomination d'un mandataire provisoire

53. Définie en droit français comme une « mesure exceptionnelle » pouvant être demandée au juge des référés et « qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent »<sup>169</sup>, la désignation d'un administrateur provisoire d'une société est une mesure que des tribunaux arbitraux ont pu ordonner en désignant des mandataires, administrateurs, *receivers* ou autres *trustees* afin d'assurer momentanément la gestion d'une société dans un cadre précis, tout en dessaisissant les organes de direction à ce titre<sup>170</sup>. Il ne s'agit toutefois pas d'une pratique courante en matière arbitrale, et son caractère reste exceptionnel.

54. Rien ne semble s'opposer en principe à ce que l'arbitre d'urgence fasse de même. Néanmoins, le juge étatique, ayant une meilleure maîtrise des règles locales de gouvernance des entreprises, semble davantage indiqué pour prononcer une telle mesure, très intrusive et véhiculant d'importantes difficultés pratiques<sup>171</sup>.

En outre, la force contraignante d'une ordonnance de nomination d'un mandataire rendue par un juge étatique est un avantage conséquent. En effet, même si la partie adverse acceptait de se soumettre à une ordonnance équivalente rendue par un arbitre d'urgence, la situation pourrait en pratique très vite dégénérer : les décisions prises par le mandataire pourraient faire l'objet de vives contestations, y compris de la part de tiers à l'entreprise, et l'efficacité de la mesure pourrait s'en retrouver limitée.

55. Enfin, cette mesure étant attachée par nature au siège social de l'entreprise, le caractère universel des ordonnances rendues par l'arbitre d'urgence ne justifie pas le recours à ce dernier – qui, en tout état de cause, devrait suivre l'avis des juges étatiques qui en mesurent le caractère exceptionnel et ne l'accordent qu'avec parcimonie.

### G. Les *anti-suit* et *anti-arbitration injunctions*

56. En principe, une « *anti-suit injunction* » peut être demandée indifféremment au juge étatique et/ou à l'arbitre d'urgence. Mais les juges étatiques n'ayant parfois pas le pouvoir de prononcer de telles mesures<sup>172</sup>, le recours à l'arbitre d'urgence peut s'avérer opportun – quoiqu'il faille, devant l'arbitre d'urgence, justifier de l'urgence à prononcer une telle mesure avant la constitution du tribunal arbitral, ce qui peut être délicat.

57. Par ailleurs, en toute logique, une partie ne peut demander une « *anti-arbitration injunction* » à l'arbitre d'urgence, du moins si cette demande vise un arbitrage fondé sur la même clause compromissoire que la demande de mesure urgente. En effet, il serait nécessairement contradictoire d'introduire une demande d'arbitrage d'urgence pour contester la validité d'une clause compromissoire ou l'arbitrabilité d'un litige, alors même qu'une demande au fond précisément introduite sur ce fondement devra impérativement suivre dans les 10 jours.

Le juge étatique possède donc, dans ce cas, le monopole des « *anti-arbitration injunctions* ».

## H. Les contentieux impliquant des entités étatiques

58. Tout d'abord, notons que les parties à une procédure d'arbitrage d'investissement sous l'égide de la CCI, fondée sur un traité, ne devraient pas bénéficier des dispositions relatives à la procédure de l'arbitre d'urgence. En effet, en application de l'article 29(5) du Règlement CCI « *les Règles relatives à l'arbitre d'urgence (...) ne s'appliquent qu'aux parties qui sont signataires de la convention d'arbitrage visant le Règlement sur laquelle la requête est fondée* ».

La CCI a considéré dès la rédaction du Règlement<sup>173</sup> que les investisseurs et les États hôtes ne sont pas des parties signataires de la convention d'arbitrage, formée dans un tel cas *via* la faculté offerte par l'État à l'investisseur dans le traité bilatéral d'investissement – l'acceptation de ce dernier n'intervenant qu'*a posteriori*.

En toute logique, le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI devrait donc – sauf à reconsidérer la doctrine de la CCI sur ce point<sup>174</sup> – refuser d'accueillir toute requête aux fins de mesures d'urgence présentée par un investisseur en lien avec un traité bilatéral d'investissement<sup>175</sup>.

À l'inverse de la CCI, d'autres institutions permettent le recours au mécanisme de l'arbitre d'urgence entre investisseurs et États. C'est par exemple le cas de la SCC<sup>176</sup>.

59. En outre, dès lors qu'il est unanimement admis que l'acceptation d'une clause compromissoire par un État ou une organisation internationale (ou tout autre bénéficiaire de l'immunité de juridiction) vaut nécessairement renonciation par ces derniers à se prévaloir de l'immunité de juridiction devant le tribunal arbitral<sup>177</sup>, ainsi qu'à l'occasion des procédures connexes<sup>178</sup>, il semblerait que cela inclut également la procédure de l'arbitre d'urgence, dont la compétence repose sur le Règlement CCI expressément visé par la clause d'arbitrage.

En revanche, il n'est pas certain que l'effet de la renonciation à l'immunité de juridiction (et/ou d'exécution<sup>179</sup>) *via* la stipulation d'une clause compromissoire s'étende automatiquement aux procédures visant à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires devant le juge étatique dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral<sup>180</sup>.

En effet, le caractère accessoire/annexe à la procédure arbitrale de telles procédures pourrait être contesté par l'entité étatique devant le juge des référés dès lors que ces procédures demeurent formellement indépendantes et autonomes, et ne se rattachent donc pas, d'un point de vue strictement procédural, à une quelconque procédure arbitrale au fond (sur ce point, cf. *supra*, §27).

Un demandeur mal intentionné pourrait ainsi être tenté de détourner à son avantage l'existence d'une procédure arbitrale afin de contourner l'immunité de juridiction de son adversaire, et par ce biais d'obtenir du juge étatique des mesures dépassant le simple cadre de ce qui est nécessaire à l'arbitrage qui vient d'être initié.

Le juge des référés, saisi d'une telle demande, devra donc vérifier si le demandeur est de bonne foi, et si les mesures requises s'inscrivent effectivement dans le cadre strict d'une procédure d'arbitrage ayant donné lieu à une renonciation à son immunité de juridiction par l'entité étatique. À défaut, le juge pourra relever l'immunité de juridiction comme fin de non-recevoir<sup>181</sup>.

60. Si le recours à la procédure d'arbitrage d'urgence permet d'éviter cet écueil, il présente cependant un risque pour les États ou les entités étatiques, compte tenu de sa plus grande souplesse processuelle : par exemple, pour ceux d'entre eux ayant une certaine inertie dans le traitement de l'information (ou des périodes d'indisponibilité, notamment pendant les périodes de congés), il sera parfois préférable d'exclure l'application de l'arbitrage d'urgence au stade de la clause compromissoire, afin d'éviter les situations dans lesquelles les acteurs d'une procédure n'en seraient pas informés dans les délais imposés par la procédure d'arbitrage d'urgence (soit quelques jours) et éviter ainsi qu'une décision ne soit rendue par défaut.

## I. Les contentieux multipartites

61. Comme indiqué précédemment<sup>182</sup>, en application de l'article 29(5) du Règlement CCI, « *les Règles relatives à l'arbitre d'urgence (...) ne s'appliquent qu'aux parties qui sont signataires de la convention d'arbitrage visant le Règlement sur laquelle la requête est fondée ou leurs successeurs* ».

62. Ainsi, les règles de jonction d'arbitrage ou relatives aux contrats multiples<sup>183</sup>, ou encore la doctrine d'extension de la clause compromissoire à des parties non-signataires, applicables aux procédures d'arbitrage au fond, sont expressément écartées en matière d'arbitrage d'urgence.

Le recours au juge étatique présente donc ici l'avantage de permettre d'inclure à la procédure l'ensemble des parties concernées par le litige, qu'elles soient ou non signataires de la clause d'arbitrage, mais aussi, le cas échéant, de prononcer des mesures produisant leurs effets sur des tiers au contrat et/ou au litige, et notamment sur les biens que ces derniers pourraient détenir.

Le champ de compétence des juges étatiques est donc *de facto* plus large s'agissant des parties visées par les mesures d'urgence.

## J. L'astreinte, les garanties et la responsabilité du demandeur

63. Le droit français admet que les arbitres assortissent leurs ordonnances d'une astreinte<sup>184</sup>. L'arbitre d'urgence devrait donc, lorsque cela est admis par la *lex arbitri*, logiquement disposer du même pouvoir de coercition sur les défendeurs récalcitrants. Mais, encore une fois, toute mesure décidée par l'arbitre d'urgence reste soumise à des difficultés d'exécution<sup>185</sup>, et tout particulièrement en matière de liquidation d'astreinte, qui répond à des règles particulières<sup>186</sup>. En tout état de cause, le tribunal

arbitral par suite constitué devrait logiquement accepter de liquider l'astreinte ainsi prononcée, et condamner le débiteur défaillant à son paiement sur le fondement de l'article 29(4) du Règlement CCI.

64. Par ailleurs, tout comme en matière de mesures conservatoires ou provisoires prononcées par un tribunal arbitral<sup>187</sup>, l'arbitre d'urgence peut subordonner l'exécution d'une mesure à la constitution de garanties adéquates par le demandeur, ou toute autre condition qu'il juge appropriée<sup>188</sup>, et ce afin de répondre à des demandes de restitutions ou réparations postérieures par le défendeur.

Le juge français des référés dispose du même pouvoir en application de l'article 489 du Code de procédure civile.

65. Enfin, si l'absence d'autorité de la chose jugée au principal d'une ordonnance de référé<sup>189</sup> emporte clairement que son exécution est, en tout état de cause, faite aux risques et périls du demandeur – justifiant, le cas échéant, la réparation du dommage causé par l'exécution d'une ordonnance ultérieurement infirmée<sup>190</sup> – cette question n'est en revanche pas expressément tranchée, ni prévue en matière de mesures prononcées par un arbitre d'urgence.

Néanmoins, dès lors que le tribunal arbitral a le pouvoir d'infirmier l'ordonnance d'urgence, il nous semble que celui-ci pourrait décider, le cas échéant, d'appliquer le principe selon lequel l'exécution d'une décision de justice provisoire ne peut avoir lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit.

## Conclusion

66. Le tableau synoptique ci-après propose une synthèse des principaux facteurs à considérer dans le choix de l'arbitrage d'urgence ou du juge étatique pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires.

### Appendix: A Comparative Approach to Emergency Proceedings:

#### ICC Emergency Arbitrator vs. Summary Proceedings before National Courts

Emergency Arbitrator ("EA")		National Courts ("NC")	
Availability and potential impact <i>vis-à-vis</i> other proceedings	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Procedure solely available to signatories of the arbitration agreement (or their successors)</li> <li>- Does not prevent the claimant from seeking parallel/concurrent emergency measures before NC</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Local rules may limit and/or prevent the recourse to NC</li> <li>- Recourse to NC may prevent subsequent access to arbitration (unlikely in most jurisdictions)</li> </ul>	
Duration	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ICC: 15 days from the transmission of the request to the EA (11.5 days in average in 2014) (for purposes of comparison: in other arbitral institutions, EA shall generally render its order within 5 to 15 days from reception of the request)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Variable depending on each jurisdiction, from 1 day to several months</li> </ul>	
Main procedural features	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Filing fee: flat fee of USD 40,000 (subject to adjustment)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Limited filing fees (<i>e.g.</i>, EUR 48.74 in France, GBP 155 in the UK)</li> </ul>	
Costs		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Counsel fees</li> </ul>	

		- Arbitration counsel fees	- Local counsel(s) (including solicitors and/or barristers) fees
	Confidentiality	- Yes	- In principle no, subject to each jurisdiction
	Risk of parochialism (i.e., "home town" bias)	- No	- From low to high, depending on each case
	Expertise of the judge on the subject matter of the dispute	- Most likely	- Depending on each jurisdiction
	Use of modern communication tools	- Most likely	- Less likely, depending on each jurisdiction
	Right of appeal	- Not available (but the EA can always modify, terminate or annul its order, and the Arbitral Tribunal is not bound by it)	- In principle, an appeal mechanism is available
	Enforcement	- Impossible under New York Convention	- In principle, yes
	Interim Payment	- Available (however, in practice, should be limited to a portion of the amount at stake and, in any case, requires that arbitration proceedings be commenced on the merits)	- Available (up to 100 % of the amount at stake) and can be, in practice, decisive of the case
<b>Remedies</b>	<i>Ex parte</i> proceedings	- Not available	- Available
	Attachment of assets	- Not available	- Available

- Possible:

Appointment of a receiver	- No precedent	potentially more suitable
Penalty ( <i>astreinte</i> )	- Possible, subject to enforcement by NC	- Available
Litigation involving sovereigns	- Available	- May not be available, depending on the applicable rules of State immunity
<b>Specific situations</b>		- Multiple parallel local proceedings may be necessary
Litigation involving multiple parties and jurisdiction	- Allows a centralization of the proceedings	- Worldwide injunctions are only available in few jurisdictions

1-  
1. Les avis exprimés sont ceux des auteurs uniquement et ne reflètent pas nécessairement ceux du cabinet Willkie Farr & Gallagher LLP.

2-  
2. Sauf mention expressément faite à une autre institution d'arbitrage et/ou à une juridiction étrangère, le présent article se limite à la comparaison des procédures d'urgence menées (i) sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et (ii) devant le juge français des référés. Par souci de simplicité, les procédures étatiques d'urgence ou accélérées seront regroupées sous la terminologie « procédures judiciaires de référé ». Unless express reference is made to a specific arbitral institution and/or a foreign jurisdiction, this article exclusively focuses on summary proceedings conducted (i) under the auspices of the International Chamber of Commerce (ICC) and (ii) before French courts (*juge des référés*).

3-  
3. In comparison with the significant number of requests for arbitration filed with the ICC Court (*i.e.*, 791 in 2015), the number of applications for emergency measures is limited: 2 in 2012, 6 in 2013, 6 in 2014 and 10 in 2015 (ICC, *Introduction to ICC Arbitration – Statistics*).

4-  
4. Subject, however, to adjustment pursuant to Article 7(2) of Appendix V of the ICC Rules, which provides that: “[t]he President may, at any time during the emergency arbitrator proceedings, decide to increase the emergency arbitrator’s fees or the ICC administrative expenses taking into account, *inter alia*, the nature of the case and the nature and amount of work performed by the emergency arbitrator, the Court, the President and the Secretariat”.

5-  
5. Cf. note 3.

6-  
6. Ainsi, suite à la présentation du nouveau Règlement CCI, Michael Bühler, l'un des rédacteurs de celui-ci, a précisé que « [l]e nouveau règlement permettra à l'avenir dans bien des cas d'obtenir des mesures provisoires sans recourir au juge étatique, et donc de préserver l'esprit de l'arbitrage, qui justement est d'exclure les tribunaux étatiques dans le règlement des litiges commerciaux entre les parties à un contrat. Dans certains pays, il serait illusoire de vouloir saisir les tribunaux étatiques pour obtenir des mesures provisoires à l'encontre d'une société de ce pays. » (Droit et Patrimoine l'Hebdo, n° 846, Section Entretien, *Trois questions à Michael W. Bühler*, 3 octobre 2011).

- 7 –  
7. Cf. note 4.
- 8 –  
8. Ainsi, pour la CCI, le nombre de procédures d'arbitrage d'urgence reste limité : 2 en 2012, 6 en 2013, 6 en 2014 et 10 en 2015. Par comparaison, sur l'année 2015, 791 requêtes d'arbitrage ont été introduites (cf. note 3). Ces chiffres sont cependant à relativiser : la procédure de l'arbitre d'urgence ne s'applique en effet, par principe, qu'aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Le succès de cette procédure, encore embryonnaire, devra donc concrètement s'apprécier au vu de son utilisation au cours des prochaines années. S'agissant des autres institutions, en juin 2016, on dénombre un total cumulé de 67 demandes d'arbitrage d'urgence à l'*International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) de l'*American Arbitration Association*, 50 demandes au *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) et 6 demandes au *Hong Kong International Arbitration Center* (HKIAC) (Grando M., *The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop*, Kluwer Blog, 2016).
- 9 –  
9. Mission Magendie, *Célérité et qualité de la justice - la gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, 15 juin 2004, p. 11.
- 10 –  
10. « *L'apparition du référé dans le droit judiciaire français est d'origine prétorienne. Elle a été l'œuvre du lieutenant civil de la Seine de 1829 à 1856. Cette institution ancienne, imaginée en vue de désencombrer les rôles des juridictions, notamment ceux de la capitale, permettait déjà de remédier aux lenteurs de la justice civile. Le Code de procédure civile de 1806 a généralisé cette procédure parisienne (...) en réservant dès l'origine la connaissance du référé à tous les présidents des tribunaux civils de première instance (...) Mais, face à l'essor d'un contentieux issu de nouvelles disciplines telles que le droit commercial, le droit des groupements ou le droit social, le législateur contemporain a été contraint d'étendre le référé à ces matières (...) par une loi du 11 mars 1924 (DP 1924.4.142)* » (Bruschi M., *Référé commercial*, Rép. pr. civ., 2000).
- 11 –  
11. Jacques Normand, citant un avocat général parisien, in : *La Justice civile au vingt et unième siècle*, Mélanges Pierre Julien, Paris, 2003, n° 67, p. 324.
- 12 –  
12. L'on retrouve cependant l'ancêtre de l'arbitrage d'urgence dans la loi néerlandaise du 1<sup>er</sup> décembre 1986, laquelle régissait le droit de l'arbitrage et qui, en son article 1051, prévoyait une procédure de référé arbitral, alors considérée comme « révolutionnaire » (Meijer G. & Hoebeke B. R., *The new Dutch Arbitration Act and the new NAI Arbitration Rules*, Lexology, 15 janvier 2015).
- 13 –  
13. Par exemple, l'article 38(1) du Règlement CCI autorise expressément les parties à prévoir une procédure d'arbitrage dite "fast track", qui leur permet de convenir, sous certaines conditions, de la réduction des différents délais prévus par le Règlement (sur ce point, voir notamment : Portwood T. & Pinna A., *L'arbitrage dit fast-track*, La Semaine Juridique Édition Générale, n° 42, 12 oct. 2009, 340 ; Schwartz Eric A. & Derains Y., *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Second Edition (2005), p. 375 et s.).
- 14 –  
14. "The minimum time for constitution of a three-person tribunal under most institutional rules is likely to be in the order of 35 to 60 days, and more usually, between 60 and 90 days" (Gordon Smith, *The Emergence of Emergency Arbitrations*, August 12, 2016).
- 15 –  
15. Coïncidence ou causalité, alors même que le nombre d'affaires traitées par la CCI est resté constant, le nombre de récusations a lui augmenté de 50 % entre les deux années antérieures à la réforme du Règlement en 2012 (42 récusations en moyenne) et les deux premières années de sa mise en œuvre (63 récusations en moyenne) (Verbist H. *et al.*, *ICC arbitration in practice*, 2<sup>nd</sup> édition, Kluwer Law International, 2015, p. 277). Certains verraient dans une telle augmentation le résultat de la juridictionnalisation grandissante des procédures d'arbitrage, tandis que d'autres préféreront, au contraire, saluer un renforcement du contrôle de l'impartialité des arbitres et de la lutte contre les conflits d'intérêts.
- 16 –  
16. "There are many situations where this can arise, for example: - calling of an on-demand performance bond; - likelihood of a party expropriating intellectual property; - a state controlled entity requiring a party to abandon an investment; or - likelihood of a party dissipating important relevant evidence" (Smith G., *op. cit.*).

17 –

17. En dehors des institutions arbitrales, certains auteurs ont également évoqué la possibilité de recourir à une procédure d'arbitrage d'urgence *ad hoc* : *"Parties are free to ... agree for themselves a tailored emergency arbitrator procedure in their commercial agreements. Although all of the institutional rules are broadly similar, there are differences among the rules which drafters of arbitration clauses may wish to take into account, such as the timing of decisions, the content of applications, the substantive test to be applied by emergency arbitrators, and treatment of costs. Parties may also be tempted to confer upon the emergency arbitrator the status of a fully-fledged arbitral tribunal, albeit with limited authority to determine interim relief prior to constitution of the tribunal ... to enhance the potential for enforcement of the emergency's arbitrator decision. [However, i]n the author's view, there is a substantial risk that a court will construe the reference to relief granted by an 'arbitral tribunal' in provisions such as Article 17H of the 2006 Model Law as being a mandatory requirement, and therefore, not subject to amendment by the parties' agreement"* (Smith G., *op. cit.*).

18 –

18. Ainsi, depuis 1998, le Règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) prévoit, en complément de la procédure d'arbitrage d'urgence, la possibilité en cas d'« *urgence exceptionnelle* » de procéder à une « *constitution accélérée* » du tribunal arbitral (Art. 9A, "*Expedited Formation of Arbitral Tribunal*"). Un mécanisme similaire se retrouve, par exemple, dans les règlements de la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) ("*Rules for Expedited Arbitration*"), de l'Association des Chambres de commerce suisses pour l'arbitrage et la médiation (Règlement suisse d'arbitrage international, Art. 42, « *Procédure accélérée* »), de la *Mexico City Chamber of Commerce* (CANACO) (Art. 36, "*Expedited Arbitration*"), du *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) (Rules 16.1 et 16.2, "*Expedited Procedures*"), du *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) (Art. 41, "*Expedited Procedure*"), ou encore du *Dubai International Financial Centre* (DIFC-LCIA) (Art. 9A, "*Expedited Formation of Arbitral Tribunal*"), qui prévoient à la fois mécanisme de constitution accélérée du tribunal et procédure d'arbitrage d'urgence. En revanche, certains règlements ne permettent que la constitution accélérée du tribunal arbitral, sans prévoir de procédure d'arbitrage d'urgence *stricto sensu* : ainsi du *Dubai International Arbitration Centre* (DIAC) (Art. 12, "*Expedited Formation*").

19 –

19. Art. 13 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.

20 –

20. Comme précisé dans l'introduction au Règlement 2010 (§2.5) : *"In 1997, the Governing Board decided to make provision for summary arbitral proceedings. Consequently, a Section Four A was added and the previous Articles 37 and 38 on interim measures and security were extensively revised. Moreover, the inclusion of summary arbitral proceedings entailed the modification of several other provisions of the Arbitration Rules"*.

21 –

21. Art. 36 du Règlement 2015 actuellement en vigueur.

22 –

22. Art. 6 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.

23 –

23. Règle 14 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.

24 –

24. Art. 50 du Règlement 2008 actuellement en vigueur.

25 –

25. Appendice II du Règlement 2010 actuellement en vigueur.

26 –

26. Article 30.2 et Schedule 1 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.

27 –

27. Schedule 1 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.

28 –

28. Art. 26a et Annexe C du Règlement 2016 actuellement en vigueur.

29 –

29. Art. 43 du Règlement 2012 actuellement en vigueur.

30 –

30. Schedule 4 du Règlement 2013 actuellement en vigueur.

31 –

31. Art. 5 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.

32 –

32. Règle 2 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.

33 –

33. Art. 9B du Règlement 2014 actuellement en vigueur.

34 –

34. Art. 49 du Règlement 2014 actuellement en vigueur.

35 –

35. Art. 23 et Appendice III du Règlement 2015 actuellement en vigueur.

36 –

36. Art. 37 et Annexe II du Règlement 2015 actuellement en vigueur.

37 –

37. Appendice III du Règlement 2016 actuellement en vigueur.

38 –

38. Art. 14 du Règlement 2016 actuellement en vigueur.

39 –

39. Art. 9B du Règlement 2016 actuellement en vigueur.

40 –

40. En revanche, la procédure de l'arbitre d'urgence demeure absente des règles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (cependant, en matière d'urgence, voir art. 39(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI) ainsi que de celles de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

41 –

41. Non-intégré au Règlement d'arbitrage et toujours en vigueur.

42 –

42. Clause type : « *Toute partie au présent contrat peut recourir au Règlement de référé pré-arbitral de la CCI, les parties se déclarant liées par les dispositions dudit Règlement* ». En outre, il n'est pas nécessaire qu'une clause d'arbitrage soit prévue au contrat, le référé pré-arbitral – contrairement à l'arbitrage d'urgence (sur ce point, cf. *infra*, section II.B.3.) – pouvant ainsi se dérouler indépendamment de toute procédure d'arbitrage au fond.

43 –

43. Article 2.1 du Règlement de référé pré-arbitral de la CCI : « *Le tiers statuant en référé a pouvoir : (a) d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence, afin de prévenir soit un dommage imminent soit un préjudice irréparable et ainsi de sauvegarder tout droit ou bien d'une partie ; (b) d'ordonner à une partie d'effectuer à toute autre partie ou à un tiers tout paiement devant lui être fait ; (c) d'ordonner à une partie de prendre toute mesure qui devrait être prise en vertu du contrat liant les parties, y compris la signature ou la délivrance de tout document ou l'intervention d'une partie en vue de faire signer ou délivrer un document ; (d) d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement de preuves* ».

44 –

44. Le tiers statuant en référé n'a en revanche pas l'obligation d'établir un calendrier de procédure préalable.

45 –

45. Cf. *supra*, §5.

46 –

46. À l'article 29, complété par l'Appendice V.

47 –

47. Règlement CCI, Appendice V, article 2.1. En pratique, l'arbitre d'urgence pourra être nommé dans les 24 heures, en fonction des circonstances d'espèce.

48 –

48. Règlement CCI, article 29(2).

49 –

49. Règlement CCI, Appendice V, article 6(4).

50 –

50. Règlement CCI, article 29(1).

51 –

51. Par essence, une fois le tribunal constitué, la procédure de l'arbitre d'urgence devient indisponible, et le recours au juge étatique deviendra alors la seule alternative possible aux mesures conservatoires et provisoires prononcées directement par le tribunal arbitral – sous réserve que la saisine du juge étatique soit autorisée par la *lex arbitri* (ainsi, par exemple, les articles 1468 et 1506 du Code de procédure civile retirent au juge étatique le pouvoir de prononcer toute mesure conservatoire ou provisoire, au profit du seul tribunal arbitral, dès lors que ce dernier est constitué).

52 –

52. Règlement CCI, article 29(6)(b).

53 –

53. Règlement CCI, article 29(6)(c).

54 –

54. Règlement CCI, article 29(5).

55 –

55. Les délais de décision sont deux fois plus importants dans le cadre du référé pré-arbitral que dans celui de l'arbitrage d'urgence.

56 –

56. Article 29(7) du Règlement CCI : « *Les Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence n'empêchent pas les parties de solliciter l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires urgentes auprès de toute autorité judiciaire compétente à tout moment avant la soumission d'une requête à cette fin conformément au Règlement et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent. La saisine d'une autorité judiciaire compétente pour obtenir de telles mesures ne contrevient pas à la convention d'arbitrage et ne constitue pas une renonciation à celle-ci. Pareille requête, ainsi que toutes mesures prises par l'autorité judiciaire, sont portées sans délai à la connaissance du Secrétariat* », et [article 1449 du Code de procédure civile](#) : « *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'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage* ». Toutefois, au Royaume-Uni, la *Commercial Court* semble – à l'inverse – considérer que les parties signataires d'une convention d'arbitrage faisant référence à un règlement incluant un mécanisme d'arbitrage d'urgence (en l'espèce, le Règlement LCIA) ne peuvent pas recourir au juge étatique afin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, et ce dès lors que l'*Arbitration Act* de 1996 prévoit en son article 44(5) que de telles mesures ne peuvent être prononcées par les tribunaux étatiques que lorsque “*the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively*” (*Gerald Metals SA v. The Trustees of the Timis Trust & others* [2016] EWHC 2327). Il apparaît donc qu'en droit anglais, l'arbitrage d'urgence tend à rendre le juge étatique en grande partie indisponible.

57 –

57. Dans une étude publiée en 2015, réalisée auprès de près de 800 praticiens et professionnels de l'arbitrage par White & Case et la School of International Arbitration de la Queen Mary University of London (*2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 27-29), 46 % des interrogés ont indiqué préférer le recours aux juridictions étatiques afin d'obtenir des mesures conservatoires ou provisoires urgentes, contre 29 % en faveur de l'arbitre d'urgence (26 % demeurent indécis). Ce choix est avant tout dicté, pour 79 % des interrogés, par la possibilité de faire exécuter la décision rendue *in fine* (sur ce point, cf. *infra*, section II.C). Ces chiffres sont toutefois à relativiser dès lors que 66 % des interrogés n'ont encore jamais été confrontés à une procédure d'arbitrage d'urgence durant les 5 dernières années, et que seuls 4 % d'entre eux l'ont été à cinq reprises ou plus. En tout état de cause, 93 % des praticiens et professionnels sont favorables au mécanisme de l'arbitrage d'urgence.

58 –

58. Règlement CCI, article 29(1).

59 –

59. Règlement CCI, Appendice V, article 1(6).

60 –

60. “*In some places of arbitration (e.g., in Argentina, China, Greece, Italy and Quebec), the power to award interim relief is reserved to national courts*” (Grierson J. & van Hooft A., *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, p. 63).

61 –

61. L'arbitre d'urgence n'a en effet pas compétence pour connaître d'un litige impliquant une partie non-signataire de la clause compromissoire (Règlement CCI, article 29(5)).

62 –

62. Comme cela est actuellement prévu par le Règlement CCI (Appendice V, article 1(5)).

63 –

63. Règlement CCI, Appendice V, article 6(2).

64 –

64. Sur ce point, cf. *infra*, section II.B.3.

65 –

65. Ou tout autre juge d'urgence étatique qui serait compétent.

66 –

66. Article 11 : “*The existence of a written arbitration agreement shall eliminate the right of the parties to seek resolution of the dispute or difference of opinion contained in the agreement through the District Court*” ; *The International Comparative Legal Guide of International Arbitration 2012*, 9th edition, Global Legal Group, 2012, p. 92.

67 –

67. Par exemple, en droit thaïlandais, il existe une incertitude quant à la possibilité de recourir au juge local à l'appui d'une procédure d'arbitrage dont le siège est situé à l'étranger. L'*Arbitration Act B.E. 2545* est en effet silencieux sur ce sujet, et les auteurs ne semblent pas s'accorder sur la question.

68 –

68. *The International Comparative Legal Guide of International Arbitration 2012*, *op. cit.*, p. 145.

69 –

69. Cf. §10.

70 –

70. En raison de l'attitude adoptée tant (1) par le juge dont est requise l'exécution de mesures prononcées à l'étranger, qui s'interdit de donner effet à une mesure conservatoire ordonnée par un juge étranger, que (2) par le juge dont sont requises les mesures conservatoires, qui s'interdit fréquemment de prononcer des mesures visant des actifs situés à l'étranger. Cependant, à ce second égard, le Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 (dit « Bruxelles I bis »), pris en ses articles 39 et 40, organise l'exécution dans un État membre de mesures exécutoires (même provisoires, à l'instar des ordonnances de référé) rendues dans un autre État membre – poursuivant en cela la logique initiée par la CJUE dans son arrêt *Denilauler* du 21 mai 1980 (Aff. 125/79) ainsi que l'article 31 du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 (dit « Bruxelles I »), que la France a appliquée avec une précision croissante ([Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 30 juin 2004, n° 01-03248, Stolzenberg](#) ; [Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-13830, Bénéteau](#), JDI 2011, n° 3, p. 16). Comme le Règlement Bruxelles I, le Règlement Bruxelles I bis (en son article 35) précise en outre qu'une juridiction d'un État membre peut prononcer des mesures ayant vocation à s'appliquer hors de son territoire (et ce malgré la compétence de principe, en matière d'exécution, de l'État du lieu d'exécution – aux termes de l'article 24-5). Sur l'ensemble de ces questions, voir notamment : Cuniberti G., *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000.

71 –

71. Autrefois désignés “*worldwide Mareva injunctions*”.

72 –

72. Au fondement de la Section 37 du *Senior Courts Act 1981*.

73 –

73. *ICICI Bank UK Plc v Diminco NV* [2014] EWHC 3124 (Comm) (28 August 2014).

74 –

74. *Dadourian Group Int. Inc v Simms & Others* [2006] EWCA (Civ) 399.

75 –

75. Pour une étude détaillée du fonctionnement et des règles relatives à la procédure CCI de l'arbitre d'urgence, cf. : Carlevaris A. & Feris J. R., *Running the ICC Emergency Arbitrator Rules: the first ten cases*, ICC Bull., Vol. 25, 2014 ; Castineira E., *The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration*, Cah. Arb., 2012, p. 65 ; Baigel B., *The emergency arbitrator procedure under the 2012 ICC rules: a juridicial analysis*, Journ. of Int'l. Arb., Vol. 31, Issue 1, p. 8.

76 –

76. Règlement CCI, Appendice V, article 1(5).

77 –

77. Règlement CCI, Appendice V, article 5(1).

78 –

78. Règlement CCI, Appendice V, article 4(2).

79 –

79. Ce qui implique de démontrer que « *le cas requiert célérité* » ([Code de procédure civile, article 485](#), al. 2).

80 –

80. [Code de procédure civile, articles 683](#) et s.

81 –

81. Ainsi, par exemple, la force probatoire accordée aux preuves orales, dépositions et témoignages tend à être plus importante devant les juridictions de *common law*, ainsi que généralement devant les tribunaux arbitraux en matière internationale (sous réserve cependant des dispositions de la *lex arbitri*, de la loi du contrat et/ou du choix des parties relativement au droit de la preuve), que devant les juridictions françaises, où la preuve écrite reste la norme. Au surplus, les articles 213 et 214 du Code de procédure civile interdisent expressément la pratique – inévitable pour les praticiens de *common law* et très populaire en matière d'arbitrage international – de l'interrogatoire ("*direct examination*") et contre-interrogatoire ("*cross-examination*") de témoins. Dès lors, la nature des éléments probatoires à disposition de la partie demanderesse peut constituer un élément décisif dans son choix entre l'arbitre d'urgence et le juge étatique : une partie qui ne dispose que de peu de preuves écrites pourrait ainsi préférer recourir à l'arbitre d'urgence, plus réceptif aux preuves orales.

82 –

82. Règlement CCI, article 29(1) : « (...) *mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral* ». En France, les articles 145 (« *motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige* »), 872 (« *Dans tous les cas d'urgence (...) toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ») et 873 (« *dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, (...) les mesures (...) qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ») du Code de procédure civile.

83 –

83. Cf. note 8.

84 –

84. Cf. *supra*, §4.

85 –

85. Par exemple : risque (imminent) de dommage irréparable ; absence de nécessité de préjuger du fond de l'affaire afin d'ordonner la mesure ; preuve que la demande est, à première vue (*prima facie*), fondée et/ou sérieuse ; proportionnalité de la mesure demandée (balance des intérêts en jeu) ; etc.

86 –

86. Sur ce point, voir Carlevaris A. & Feris J. R., *op. cit.*, §4(D).

87 –

87. En 2014, par exemple, l'on recense 262.147 référés en matière civile et commerciale (Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2015*, p. 4).

88 –

88. [Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975](#) instituant le nouveau Code de procédure civile.

89 –

89. "*Standard of proof*" : notion d'inspiration anglo-saxonne, quasiment ignorée du droit français, et plus généralement des juridictions de droit continental (à ce titre, voir : Smith J. & Nadeau-Séguin S., *The Illusive Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, ICCA Congress Series No. 18, 2015, p. 137 et s.). Il s'agit du degré de conviction qu'il est nécessaire d'emporter dans l'esprit du juge afin d'obtenir une décision favorable. En droit américain, par exemple, différents standards cohabitent selon les procédures : "*preponderance of evidence*", "*clear and convincing evidence*", ou encore "*beyond a reasonable doubt*". En droit français, devant le juge des référés, au vu de la formule consacrée selon laquelle ce dernier est le « *juge de l'évidence* », il est incontestable que le "*standard of proof*" est élevé – à défaut d'être clairement défini.

90 –

90. « [S]i le juge étatique est limité dans les ordonnances qu'il peut rendre, l'arbitre d'urgence a, lui, une grande liberté dans les ordonnances provisoires et conservatoires qu'il peut rendre, lui permettant ainsi de rendre des décisions 'sur mesure'. Il peut ainsi statuer sur la confidentialité, un séquestre, une anti-suit injonction, une désignation d'expert ou encore l'exécution d'une obligation contractuelle. » (Duclercq C., *Arbitrage d'urgence, l'alternative aux tribunaux étatiques*, Le Cercle Les Échos, 11 septembre 2014).

91 –

91. Règlement CCI, Appendice V, article 1(6). Sur ce point, la question se pose de la possibilité pour un défendeur à un arbitrage/arbitrage d'urgence de demander lui-même l'octroi de mesures d'urgence. En effet, au vu de la lettre du Règlement CCI, il semble que l'arbitrage d'urgence soit réservé à une partie demanderesse. Or, dans certaines situations exceptionnelles, notamment lorsqu'un litige se déclare sur une très courte période, il ne serait pas impossible que les deux parties aient des demandes croisées. Dans un tel cas, il nous semble que rien n'interdit à la partie qui n'a pas « dégainé en premier », et qui se retrouve donc défenderesse à un premier arbitrage, d'introduire une requête d'arbitrage sur le fondement de ses propres demandes (ce qui donnera postérieurement lieu, en toute logique, à une jonction d'arbitrages en application de l'article 10 du Règlement CCI) et, sur ce fondement, de déposer une demande d'arbitrage d'urgence. Dans l'hypothèse de deux ou plusieurs demandes d'arbitrage d'urgence croisées, la question se pose du choix du (ou des) arbitre(s) d'urgence (nommé(s) par le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI) : faut-il un arbitre unique pour les deux procédures, afin d'éviter la reddition d'ordonnances contradictoires ? Et peut-on *de facto* joindre les deux procédures en une seule ? N'étant pas prévue par le Règlement CCI, cette dernière possibilité semble nécessiter, en tout état de cause, un accord exprès des parties.

92 –

92. Sauf à déposer une requête demandant expressément au tribunal arbitral de suspendre la procédure arbitrale ainsi commencée jusqu'à l'achèvement de la procédure amiable, dans le seul objectif de permettre le recours à la procédure de l'arbitre d'urgence. Une telle suspension est, par exemple, autorisée par les juridictions suisses (voir : Tribunal fédéral, 4A\_628/2015, 16 mars 2016).

93 –

93. Règlement CCI, Appendice V, article 1(6).

94 –

94. Règlement CCI, Appendice V, article 6(4).

95 –

95. Règlement CCI, Appendice V, article 2.1.

96 –

96. En application de l'article 6(4) de l'Appendice V du Règlement CCI, « [I]e Président peut prolonger ce délai sur demande motivée de l'arbitre d'urgence, ou d'office s'il l'estime nécessaire ». Une telle extension de délai n'est en pratique accordée que pour une courte durée.

97 –

97. En 2014, la durée moyenne fut de 11,5 jours (*2014 ICC Dispute Resolution Statistics*, ICC Dispute Resolution Bulletin 2015/No. 1). Notons qu'il est précisé que dans deux affaires une demande de récusation de l'arbitre d'urgence fut présentée, sans pour autant entraîner un allongement du délai.

98 –

98. Règlement CCI, Appendice V, article 6(8). Sur le pouvoir de modifier l'ordonnance, voir : *“Strictly speaking, it was not necessary to expressly provide for such right, which is analogous to a Tribunal's right to change procedural decisions taken in the course or arbitral proceedings. It was, however, necessary to expressly stipulate until what moment the Emergency Arbitrator holds the power to revisit or even vacate his or her Order. Once the Tribunal has received the file, the Emergency Arbitrator loses that power, which, in fact, is transferred from that moment on to the Tribunal[. ]Article 6(8) EAR does not expressly refer to the right to correct material errors, or to provide an interpretation, as is provided in ... the Rules for a Tribunal's award. There can be no doubt that the Emergency Arbitrator has such a right, but there was no need to state so in the Rules. First, the right to modify necessarily includes the right to correct any material error or to clarify the decision by providing an interpretation. Secondly, in light of the interim nature of the Order, which is not different from a procedural order of a Tribunal in any material way, there should be no doubt that the Emergency Arbitrator can make corrections or give an interpretation of the Order, if requested to do so”* (Webster T. H. & Buhler Dr M., *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 3<sup>rd</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2014, p. 466-67). Par ailleurs, s'agissant du juge des référés, en application du second alinéa de [l'article 488 du Code de procédure civile](#), celui-ci ne peut remettre en cause sa décision aussi longtemps qu'un fait nouveau n'a pas modifié les circonstances qui avaient été à l'origine de la mesure.

99 –

99. Dans le cadre de l'article 8 de l'Appendice V du Règlement CCI.

100 –

100. Par exemple au regard de la(des) première(s) ordonnance(s) rendue(s) dans le cadre de procédure(s) arbitrale(s) d'urgence antérieure(s).

101 –

101. Peyron M-A. & Seranne M., *Le référé d'heure à heure, un outil très efficace pour obtenir une ordonnance et débloquer des situations de crise très rapidement*, La Revue, Squire Patton Boggs, 14 décembre 2012. Par comparaison, à l'exclusion des espèces où le demandeur est autorisé à assigner d'heure à heure, le délai moyen de traitement d'une procédure de référé est de 1 à 2 mois (Rapport n° 178 (2001-2002) de M. Paul Girod, fait au nom de la commission des lois, déposé le 23 janvier 2002, p. 29 ; Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2015*, p. 11).

**102 –**

102. Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

**103 –**

103. Jarrosson C., « Réflexions sur l'imperium », in : *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 245 et s.

**104 –**

104. [Code de procédure civile, article 1487.](#)

**105 –**

105. À savoir, une ordonnance rendue conformément à l'article 29(2).

**106 –**

106. À l'instar des ordonnances provisoires rendues par les tribunaux arbitraux statuant au fond : *"An award may potentially be enforceable under the New York Convention whereas an order is generally considered to be not"* (Yesilirmak A., *Provisional Measures in international commercial arbitration*, Kluwer, 2005 p. 192).

**107 –**

107. Cela était déjà le cas de la procédure de référé pré-arbitral, dès lors que la cour d'appel de Paris avait jugé que l'ordonnance rendue par le tiers statuant en référé avait une nature purement contractuelle et ne pouvait pas être comparée à une sentence arbitrale (CA Paris, 29 avril 2003, Société nationale des pétroles du Congo c. Total Fina Elf E&P Congo, n° 2002/05147, note Jarrosson C. in *Rev. Arb.* 2003, p. 1299.).

**108 –**

108. Convention, article 1.

**109 –**

109. Convention, article 1, alinéa 2.

**110 –**

110. *"The drafters of the Convention did not consider, nor was it in their mandate, to create a mechanism under which arbitral provisional measures might too be enforceable"* (Yesilirmak A., *op. cit.*, p. 258).

**111 –**

111. *"It is noteworthy that there are only a few court decisions on the issue of whether an interim measure of protection is enforceable under the Convention and no clear pattern has emerged to set the standard of interpretation of the Convention in this regard"* (Yesilirmak A., *op. cit.*, p. 258).

**112 –**

112. Eu égard, notamment, à la nature, à tout le moins partiellement, extra-arbitrale de la procédure d'arbitrage d'urgence, (i) dont la demande n'est recevable que si elle est reçue par le Secrétariat de la CCI « *avant que le dossier ne soit remis au tribunal arbitral* » (Règlement CCI, article 29(1)) alors que la procédure arbitrale n'est réputée engagée qu'à compter de « *la date de réception de la Demande par le Secrétariat* » (Règlement CCI, article 4(2)), (ii) dont l'arbitre est désigné par le Président de la CCI et non par les parties, directement ou indirectement, et dont (iii) l'ordonnance ne lie en rien le tribunal arbitral (Règlement CCI, article 29(3)) alors même que, s'il est admis qu'un tribunal arbitral peut revenir sur ses propres décisions antérieures, aucun fondement ne permet de justifier qu'un tribunal arbitral puisse modifier les décisions d'un autre. Sur ce point, « *[l']existence d'une véritable procédure d'arbitrage exclut qu'en amont, il puisse y avoir un autre arbitrage ; on pourrait poser une règle d'interprétation ainsi libellée : "arbitrage sur arbitrage ne vaut". On citera à ce sujet le règlement de référé pré-arbitral de la CCI* » (Jarrosson C., *Les frontières de l'arbitrage*, *Rev. Arb.* 2001, p. 5).

**113 –**

113. Baigel B. : *"It is the author's contention that the provisions of the ICC EA procedure, taken as a whole, show that the EA is not to be treated as an arbitrator but as a sui generis contractual mechanism"* (Baigel B., *op. cit.*, p. 8) ; Voser N. : *"The main purpose of this denomination is to distinguish the decision of the emergency arbitrator from an award issued by an arbitral tribunal"* (Voser N., *Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules*, 29 ASA Bull. 783, 817).

**114 –**

114. D'autres interprétations invitent cependant à une lecture contraire, tendant à rendre exécutoires de telles ordonnances. Voir ainsi : *Sperry International Trade, Inc. v. Government of Israel*, 689 F2d 301 (2d Cir.1982) et Yesilirmak A., *op. cit.*, p. 264 : *"the 'pragmatic approach' taken by some U.S. courts should preferably be followed in interpretation of the New York Convention. It is also this author's view that such pragmatic approach should be taken because it is in line with the overall object and purpose of the Convention: enhancing effectiveness of arbitration through facilitating international enforcement of arbitral decisions"*.

**115 –**

115. *“In practice, the enforcement of emergency arbitrator decisions seems to be less of a problem. Indeed, there appears to be a high level of voluntary compliance Respondents tend to abide by emergency arbitrator decisions in particular in view of the subsequent arbitration proceedings”* (Ehle B., *Emergency Arbitration in Practice, in New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Shulthess, 2013). Ainsi, sur les dix premières demandes faites sous l'auspice du nouveau Règlement CCI, quatre ont été accordées et la moitié a été suivie (Carlevaris A. & Feris J. R., *op. cit.*, §4(C)). Au près de la SIAC, le taux de *compliance* avec les ordonnances rendues par les arbitres d'urgence est « *élevé* » (Giarretta B. & Weatherley M., *The emergence of emergency arbitration*, Ashurst Singapore, May 2014 ; SIAC, *The emergency arbitrator and expedited procedure in SIAC: a new direction for arbitration in Asia*, Special Report, Dispute Resolution, volume 12, Issue 10, 2015).

**116 –**

116. Règlement CCI, Appendice V, article 2(6).

**117 –**

117. *“The respondent is at least psychologically under pressure as the subsequent arbitral tribunal may disapprove of the failure to comply with the emergency arbitrator's decision and draw adverse inferences against the con-conforming party”* (Ehle B., *op. cit.*, p. 101).

**118 –**

118. Sur ce point, toutefois : *“one should not exaggerate an arbitral tribunal's 'informal' powers of encouraging compliance with provisional measures. Cynical as it may sound, [p]arties may well be willing to sacrifice some measure of their appearance as 'good citizens' if non-compliance with provisional measures brings them significant benefits'. For example, if a dispute concerns ownership of disputed property, which cannot easily be reclaimed once transferred to third parties, a recalcitrant party may choose to proceed with a forbidden transfer irrespective and in violation of an arbitrator-ordered interim measure. Some commentators therefore content that, in modern international arbitration, [p]arties are often reluctant to rely on the other parties' good will (voluntary compliance); and that [t]he traditional view that parties comply with the decisions of arbitrators who are appointed by them does not find general acceptance nowadays”* (Savola M., *Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings*, Presentation at the 23<sup>rd</sup> Croatian Arbitration Days: Access to Arbitral Justice, Part IV: Time Aspects of Access to Arbitral Justice, Zagreb, December 3 and 4, 2015, p. 17).

**119 –**

119. À cet égard, voir Fry J., Greenberg S. & Mazza F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC Publication 729 (Paris, 2012), §3-1081.

**120 –**

120. Dans une formulation similaire à celle de l'article 22(5), créant au demeurant un nouveau point de proximité entre arbitre d'urgence et arbitre statuant au fond. Dans le même sens, voir l'article 9.3 de l'Appendice II du Règlement SCC et l'article 9 du Schedule 1 du Règlement SIAC.

**121 –**

121. À cet égard, voir Fry J., Greenberg S. & Mazza F., *op. cit.*, §3-1086 et §3-824.

**122 –**

122. Nous soulignons.

**123 –**

123. C'est ainsi que Jason Fry, Simon Greenberg et Francesca Mazza précisent que : *“the breach of emergency arbitrator's order ... could in some cases be a ground for claiming contractual damages, depending on the applicable law and the circumstances”* (Fry J., Greenberg S. & Mazza F., *op. cit.*, §3-1086).

**124 –**

124. *“Under most institutions' rules [reference being made to art. 29(2) of the 2012 ICC rules, art. 9(3) of Appendix II of the SCC rules and Schedule 1(9) of the SIAC rules], non-compliance with emergency arbitrator decisions amounts to a breach of contract, allowing the claimant to seek reimbursement of costs and damages from the subsequent arbitral tribunal.”* (Ehle B., *op. cit.*, p. 101) ; en ce sens, voir l'article 29(4) du Règlement CCI.

**125 –**

125. En ce sens, le professeur Eric Loquin rappelle qu'en 2003, lorsque la cour d'appel de Paris avait jugé que la procédure du référé pré-arbitral était de nature contractuelle (cf. note 106), celle-ci avait pris le soin de préciser que « *l'ordonnance, rendue d'après un mécanisme contractuel qui repose sur la coopération des parties, a une nature conventionnelle et n'a d'autorité que celle de la chose convenue* » et qu'ainsi : « *l'ordonnance de l'arbitre d'urgence est un contrat, qui, en théorie, pourrait faire l'objet d'une action en exécution forcée devant le juge de droit commun* » (Loquin E., *Arbitrage Commercial International – Notion*, J.-Cl. Droit international (Fasc. 720), 2015). Sur ce dernier point, notons que les nouveaux articles 1221 et 1222 du Code civil clarifient, en droit français, le régime de l'exécution forcée en nature des contrats.

**126 –**

126. Sauf à en faire un contrat innommé ou *sui generis*, comme Baruch Baigel le soutient avec cohérence (cf. Baigel B., *op. cit.*, p. 8).

**127 –**

127. Et s'étant ainsi mutuellement liées par les obligations que ses dispositions font naître – en l'occurrence, l'article 29, dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas choisi de s'en défaire.

**128 –**

128. « [La] nature juridictionnelle [de l'arbitrage] n'est plus contestée, même si son origine reste contractuelle » (Oppetit B., *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998) ; « [L]e juge dispose d'un domaine dont il est l'unique titulaire et qui est la *juridictio*. En effet, le juge est le seul à pouvoir dire le droit (...) Une exception partielle est cependant admise au profit d'une personne privée : l'arbitre » (Jarrosson C., « Réflexions sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 264).

**129 –**

129. Crainte toute relative, dans la mesure où la partie violant l'ordonnance de l'arbitre d'urgence peut être en mesure, ce faisant, de mettre en échec l'ensemble de la procédure arbitrale subséquente – et où, partant, une telle manœuvre peut constituer une réelle « stratégie » d'une partie atraite à une procédure d'arbitrage d'urgence.

**130 –**

130. Et le cas échéant implicite (cf. Ehle B., *op. cit.*, p. 101).

**131 –**

131. Pour une piste de réflexion proposée par Gordon Smith, voir : “*In addition to direct enforcement, courts may also be willing to indirectly enforce an emergency arbitrator's decision by ordering interim relief identical in effect to the decision of the emergency arbitrator. This was the mechanism by which the Bombay High Court in HSBC PI Holdings (Mauritius) Limited v Avitel Post Studioz Limited [2014 ARB1062.12] ordered interim relief equivalent to the decision of an emergency arbitrator under the SIAC Rules to restrain the respondents from withdrawing amounts of US\$60m from specified bank accounts*” (Smith G., *op. cit.*).

**132 –**

132. Basées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

**133 –**

133. Articles 2(1) de l'*International Arbitration Act*: “*‘arbitral tribunal’ means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or a permanent arbitral institution, and includes an emergency arbitrator*”. À compter du 1<sup>er</sup> mars 2017, l'*Arbitration Act* néo-zélandais intègre une provision similaire. Par ailleurs, en Inde, un tel amendement fut proposé en août 2014 (voir : The Law Commission's 246th Report, August 5, 2014), mais celui-ci n'a finalement pas été retenu.

**134 –**

134. Peu important que ce dernier siège à Hong Kong ou à l'étranger (Article 22B(1) de l'*Arbitration Ordinance*) (le nouvel *Arbitration Act* néo-zélandais retient une solution similaire, cf. note 132). En revanche, la question reste entière de savoir si l'*International Arbitration Act* de Singapour permet également l'exécution des ordonnances d'un arbitre d'urgence siégeant à l'étranger, même si logiquement cela devrait être le cas (Ziyaeva D., *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, International Law Institute, 2015, p. 283).

**135 –**

135. Article 22B de l'*Arbitration Ordinance*.

**136 –**

136. Aux États-Unis, certains tribunaux fédéraux ont déjà pu adopter une telle position (voir, par exemple : *Yahoo! v Microsoft*, 983 F.Supp. 2d 310 (S.D.N.Y. 2013) ; *Blue Cross Blue Shield of Michigan v. Medimpact Healthcare Systems*, 24.2010 WL 2595340 (E.D. Mich. June 24, 2010)). De même, en Ukraine, voir : Cour Suprême d'Ukraine, 24 février 2016, n° 6-3057915, Jkx Oil & Gas, et al. (arrêt rendu en matière d'arbitrage d'investissement, cf. note 175). Pour une décision contraire, voir par exemple : *Chinmax Medical Sys. Inc. v. Alere San Diego, Inc.*, 2011 WL 2135350 No. 10-CV-2467-WQH(NLS) (S.D. Cal. May 27, 2011).

**137 –**

137. CA Paris, 29 avril 2003, cf. note 106.

**138 –**

138. Cf. *supra*, §5.

**139 –**

139. Règlement CCI, article 29. L'arbitre d'urgence se trouve en outre soumis à des conditions d'impartialité et d'indépendance (article 2(4)(5)(6) de l'Appendice V du Règlement CCI.).

**140 –**

140. Règlement CCI, Appendice V, article 1(6) : « *Le Président met fin à la procédure de l'arbitre d'urgence si dans un délai de dix jours à compter de la réception de la Requête par le Secrétariat (...) le requérant n'a pas soumis de Demande d'arbitrage* ».

**141 –**

141. Règlement CCI, article 29(3).

**142 –**

142. Sur la nature singulière de l'arbitre d'urgence, notamment par comparaison avec l'arbitre statuant au fond, voir Baigel B., *op. cit.*, p. 8-14.

**143 –**

143. Règlement CCI, Appendice V, article 6(8).

**144 –**

144. Règlement CCI, Appendice V, article 7. Pour une justification de ce coût (outre les honoraires des arbitres) : « *afin de limiter les demandes dilatoires de mesures provisoires et conservatoires, la CCI a fixé un coût forfaitaire de USD 40.000 dont le règlement doit se faire lors du dépôt de la requête* » (Duclercq C., *op. cit.*).

**145 –**

145. Sur ce point : “*Depending on the national courts in questions, court fees may be cheaper than the fees required by the ICC under the Emergency Arbitrator Provisions. [This is, however, not necessarily the case, as in some jurisdictions court fees are calculated on an ad valorem basis.] However, the fees required by a national court or the ICC are generally insignificant compared with lawyers’ fees, which may be much greater in the case of certain national court proceedings (e.g., in England) than before an emergency arbitrator* » (Grierson J. & van Hooft A., *op. cit.*, p. 64).

**146 –**

146. Règlement CCI, Appendice V, article 7(3). Sur ce point, voir également l'article 29(4) du Règlement CCI : « *Le tribunal arbitral tranche toute demande d'une partie relative à la procédure de l'arbitre d'urgence, y compris sur le partage des frais (...)* ».

**147 –**

147. Ou, le cas échéant, la composition.

**148 –**

148. Règlement CCI, article 29(1).

**149 –**

149. Par opposition, suivant l'exemple de la procédure civile française, les mesures judiciaires à la disposition d'une partie sont diverses et proviennent de plusieurs lois et/ou articles distincts.

**150 –**

150. En principe, une ordonnance de référé peut être frappée d'appel ([Code de procédure civile, article 490](#)). En tout état de cause, notons que « *[l]e tribunal arbitral n'est pas lié par l'ordonnance de l'arbitre d'urgence quant aux points, questions ou différends qui y sont tranchés. Le tribunal arbitral peut modifier ou rapporter l'ordonnance ou toute modification apportée à celle-ci par l'arbitre d'urgence ou lever les mesures ordonnées* » (article 29(3) du Règlement CCI). De même, en application de l'article 488, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile, le juge du fond, et donc, le cas échéant, le tribunal arbitral, ne sont pas liés par le dispositif d'une ordonnance de référé.

**151 –**

151. Par principe, le champ des mesures qui peuvent être demandées à l'arbitre d'urgence est très vaste, car non expressément limité par le Règlement CCI : « *Les mesures éventuellement ordonnées - de la nomination d'un administrateur provisoire dans un conseil d'administration bloqué, au paiement immédiat d'une somme d'argent, en passant par l'interdiction de céder les parts d'une société tierce ou la mise sous séquestre d'une somme litigieuse - recouvrent un spectre si large qu'il n'aurait pour limite que l'imagination des plaideurs* » (Cavalieros P., *L'Arbitrage d'urgence, ou le retour à l'essence même de l'arbitrage*, Le Cercle Les Échos, 2 avril 2015).

**152 –**

152. Comme, par exemple, l'interdiction de transférer des actifs, de résilier un contrat, interdire à une partie de faire certaines déclarations publiques, ou encore d'intervenir dans des relations contractuelles, etc.

**153 –**

153. Comme, par exemple, payer une provision (sur ce point en particulier, cf. *infra*, section III.B), exécuter, ou continuer d'exécuter, un contrat.

**154 –**

154. [Code de procédure civile, article 873](#), al. 2 : « *Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ».

**155 –**

155. [Code de procédure civile, article 488](#), al. 2.

**156 –**

156. Carlevaris A. & Feris J. R., *op. cit.*, §4(B)(iv) : “*an Application requesting the emergency arbitrator to order the responding party to make an immediate payment, subject to its right to seek reimbursement following the arbitration*”.

157 –

157. Règlement CCI, Appendice V, article 6(6)(d).

158 –

158. Voir notamment : [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, n° 86-17204](#) ; [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1990, n° 88-16369](#) ; [Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 2 avr. 1997, n° 94-14223](#) ; [Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 octobre 2001, n° 00-13721](#) ; [Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 13 juin 2002, n° 00-20077](#).

159 –

159. [Code de procédure civile, article 493](#) : « *L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ».

160 –

160. Règlement CCI, Appendice V, article 1(5). *"If the President of the ICC Court is satisfied that the emergency arbitrator provisions apply, a copy of the application will be transmitted by the ICC Secretariat to the responding party. The respondent will therefore be on notice of the application, negating the possibility of an ex parte injunction"* (Wilford K., *The 2012 ICC Rules of Arbitration*, The international law Quarterly, Florida Bar International Law Section, Spring 2012).

161 –

161. Ainsi, l'article V(1)(b) de la Convention de New York (1958) prévoit que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peut être notamment refusée lorsque « *la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens* ». Ainsi : « *[s]'il est un principe bien ancré de l'arbitrage, c'est que l'arbitre doit s'abstenir de discuter de l'affaire qui lui est soumise avec une partie hors la présence de l'autre. La violation de cette règle peut conduire à la récusation de l'arbitre. Certains n'hésitent pas à appliquer cette règle aux relations entre l'arbitre pressenti et la partie qui souhaite le désigner et estime que ce contact préliminaire devrait exclure toute information quant au fond de l'affaire. Il est pour le moins paradoxal de vouloir éliminer cette règle dès qu'une partie souhaite que soit prononcée une mesure provisoire. La porte de l'arbitre lui serait alors ouverte et cette partie, qui ne pouvait l'entretenir librement de sa position auparavant pourrait alors lui expliquer son bien-fondé, les dangers que lui fait courir la mauvaise foi de son adversaire, son peu d'intégrité, tout cela à l'insu de ce dernier. Bien sûr, une fois que la mesure serait prononcée, la partie devant s'y soumettre serait informée de ces contacts avec l'autre partie, mais jamais de leur contenu exact, ce qui nourrirait une inquiétude légitime quant à l'indépendance de l'arbitre dont la liberté d'esprit a pu être polluée par des déclarations excessives et incontrôlées du demandeur* » (Derains Y., *L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte*, Gazette du Palais, 2003, p. 14) ; ou encore : *"Ex parte measures in international arbitration are contradictory to the consensual nature of arbitration"* (v. Fraraccio M., *Ex Parte Preliminary Orders in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 10 Vindobona J.Int'l Com. L. & Arb. 263, 271-72 (2006), citée par Caetano A., *Emergency arbitrator – is he or she a true arbitrator?*, Young Arbitration Review, Ed. 12, 2014). Cependant, notons que les règles suisses et le Règlement de Paris se démarquent avec la possibilité d'obtenir des mesures *ex parte* (Danis M. & Dupeyron C., *Les nouveaux règlements d'arbitrage : Évolutions récentes et convergences*, Flash, August & Debouzy, janvier 2014), et que quelques auteurs n'écartent pas par principe les mesures prises *ex parte* dans le cadre d'un arbitrage au fond : *"An order may be issued ex parte, whereas the grant of an ex parte award is troublesome because of due process considerations on national and international levels, particularly under Article V(1)(b) of the New York Convention"* (Yesilirmak A., *op. cit.*, p. 192) et *"In cases of urgency, the tribunal may initially issue an ex parte order (preliminary order or order without notice) and then, if necessary, incorporate it into an award or a (further) order following inter partes proceedings. The ex parte order may take the form of a temporary restraining order"* (Yesilirmak A., *Chapter 9: Provisional Measures*, in J. D. Lew and L. A. Mistelis (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration*, 2006).

162 –

162. Par exemple, pour collecter des preuves ou effectuer un constat auquel le défendeur, s'il en était informé, pourrait faire facilement échec.

163 –

163. Cour de cassation, Rapport annuel 2012, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 265.

164 –

164. Voir notamment, [Code de procédure civile, article 1467](#), al. 3 : « *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* ».

165 –

165. Une mesure d'instruction semblant en effet difficilement rétractable, comme se doit de l'être une mesure provisoire.

166 –

166. Règlement CCI, Article 29(1).

167 –

167. Par exemple, il ne semble généralement y avoir aucune urgence, mais certainement une légitimité, à faire pratiquer une expertise de gestion.

**168 –**

168. « *C'est un des principes les plus sûrs du droit international public que le pouvoir coercitif ne s'exerce que dans les limites du territoire* », Batiffol H. et Lagarde P., *Droit international privé*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd. 1983, n° 710 ; « *Certes les États organisent par des conventions internationales un système d'entraide judiciaire, mais il ne porte pas atteinte à la territorialité (...)* L'imperium est donc une prérogative essentielle de l'État, que celui-ci préserve jalousement » (Jarrosson C., *Réflexions sur l'imperium*, op. cit., p. 252-253) ; même dans le Règlement n° 1215/2012, voir l'article 24-5 (héritant des articles 22-5 du Règlement Bruxelles I et 16-5 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968).

**169 –**

169. [Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14838](#), F-D, Scetbun c/ Bectarte.

**170 –**

170. Hoellering M. F., *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, AAA's Experience*, AAA Dispute Resolution Journal, Dec. 1992.

**171 –**

171. Notamment dans la définition des limites du mandat de l'administrateur qui sera nommé. C'est ainsi que, par exemple, un tribunal américain, après avoir confirmé dans son principe la nomination d'un "receiver" par un tribunal arbitral, a décidé de renvoyer l'affaire à ce dernier afin que celui-ci précise le rôle, les pouvoirs et les modalités de supervision/contrôle des actes et décisions dudit administrateur (In re *Lepercq De Neuflyz & Co., Inc.*, No. 7651/92 (S. Ct. N.Y. County Apr. 23, 1992)).

**172 –**

172. Ainsi, par exemple, dans des arrêts dits *Turner* (CJCE, 27 avril 2004, C-159/02) puis *West Tankers* (CJCE 10 février 2009, C-185/07), la CJUE a décidé que les *anti-suit injunctions* étaient prohibées au sein de l'Union européenne lorsque prononcées entre États membres. À l'inverse, les *anti-suit injunctions* ne sont pas prohibées lorsque prononcées par un tribunal arbitral (CJUE, 13 mai 2015, C-536/13, Gazprom).

**173 –**

173. ICC, ICC Arbitration Commission Report on Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration, 862-1 ENG, 2015, p. 6-7.

**174 –**

174. La lettre de l'article 29(5) n'interdit, en effet, pas expressément le recours au mécanisme de l'arbitre d'urgence en matière d'arbitrage d'investissement.

**175 –**

175. La stipulation de clauses dites de "*fast track arbitration*" peut permettre de pallier partiellement l'indisponibilité du mécanisme de l'arbitre d'urgence en matière d'arbitrage d'investissement. C'est ainsi que, par exemple, en application du mécanisme de résolution des litiges prévu dans un contrat d'investissement, un investisseur a pu obtenir la constitution du tribunal arbitral en 10 jours, puis une mesure provisoire en 3 jours (*Bankers Petroleum Ltd. v. Albania*, ICC Arbitration, Nov. 23, 2015).

**176 –**

176. Voir : *TSIKinvest LLC v. Republic of Moldova*, SCC Emergency Arbitration No. EA (2014/053) ; *Griffin Group v. Poland*, SCC Emergency Arbitration No. EA (2014/183) ; *JKX Oil & Gas, et al. v. Ukraine*, SCC Emergency Arbitration No. EA (2015/002). Il est intéressant de noter que dans le premier de ces précédents, l'arbitre d'urgence (i) afin de se déclarer compétent, a vérifié si, *prima facie*, au sens du traité, le requérant était un « investisseur » et si l'opération envisagée était un « investissement » et, par ailleurs, (ii) a considéré que l'existence d'une "*cooling-off period*" (tentative préalable du règlement amiable du différend dans un délai déterminé) ne s'oppose pas au recours au mécanisme de l'arbitre d'urgence ("*The Emergency Arbitrator further concludes that the Cooling-Off Period of six months set forth in Article 10 of the Treaty does not prevent Claimant from making the present Application. One of the reasons for this conclusion is that it would be procedurally unfair to Claimant and contrary to the purpose of the Emergency Arbitrator procedure to apply the Cooling-Off Period to the appointment of an Emergency Arbitrator or to an emergency decision on interim measures to be made by the Emergency Arbitrator, not least since Claimant seems to be facing a serious of suffering irreparable harm before the expiry of the Cooling-Off Period if interim measures are not granted*" (§66) (voir également : *Evrobalt LLC v. Republic of Moldova*, SCC Emergency Arbitration No. EA (2016/082) et *Kompozit LLC (Russian Federation) v. Republic of Moldova*, SCC Emergency Arbitration No. EA (2016/095)). Cette dernière solution, rendue en matière d'arbitrage d'urgence SCC, où l'introduction d'une demande d'arbitrage au fond n'est pas une condition de validité de la requête aux fins de mesures d'urgence, est à rapprocher de la question des difficultés posées par la présence d'une clause de règlement amiable des différends en matière d'arbitrage d'urgence CCI (cf. *supra*, §26)).

**177 –**

177. Gaillard E., *Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales*, ASA Bulletin, Vol. 18, No. 3 (2000), p. 471-481, citant Pinguel-Lenuzza I., *Les immunités des États en droit international*, Bruyant, 1998 ; Cosnard M., *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*, Pedone, 1996.

**178 –**

178. Dupeyré R., *Les immunités de juridiction et d'exécution des États dans l'arbitrage international*, 2010 ; "With respect to immunity from jurisdiction, in most cases, the agreement to arbitrate constitutes a waiver of that immunity – both in relation to the arbitral proceedings themselves and any ancillary proceedings in the national courts. However, with respect to enforcement, often neither the arbitration agreement itself nor the New York and ICSID Convention constitute a waiver of the right to immunity from execution" (Chung L., *Recent Trends in State Immunity*, Kluwer Blog, 2013) ; Seraglini Ch., *Synthèse – Arbitrage international : convention arbitrale*, J.-Cl. Dr Int., 2015, §35 ; CA Paris, 19 juin 1998, n° 97-26549, Rev. arb. 1999, p. 343, note Jarrosson C. ; [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, n° 90-11282](#), JDI 1991, p. 1005, note Gaillard E. ; Rev. arb. 1991, p. 637, note Broches A.

**179 –**

179. [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2000, n° 98-19068](#) ; JDI 2000, p. 1054, note Pingel-Lenuzza I. ; Rev. arb. 2001, p. 114, note Leboulanger P. ; JCP G 2001, II, 10512, note Kaplan C. et Cuniberti G. ; Gaz. Pal. 2001, jurispr. p. 80, note Piedelièvre S. ; Moury A. J., *L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger* : D. 2001, chron. p. 2139.

**180 –**

180. Comme cela est autorisé par le 1<sup>er</sup> alinéa de l'[article 1449 du Code de procédure civile](#).

**181 –**

181. [Code de procédure civile, articles 122](#) et 125 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 avril 1986, rev. crit. DIP, 1986, p. 723, note Couchez.

**182 –**

182. Cf. *supra*, §58.

**183 –**

183. Règlement CCI, articles 9 et 10.

**184 –**

184. [Code de procédure civile, article 1468](#).

**185 –**

185. Cf. *supra*, section II.C.

**186 –**

186. Sur ce point, voir l'étude de Desdevises Y. : *Astreintes – Liquidation*, J.-Cl. Procédure civile (Fasc. 2140), 2014.

**187 –**

187. Règlement CCI, article 28(1).

**188 –**

188. Règlement CCI, Appendice V, article 6(7).

**189 –**

189. [Code de procédure civile, article 488](#), al. 1<sup>er</sup>.

**190 –**

190. [Cass. ass. plén., 24 février 2006, n° 05-12679](#).

Issu de Cahiers de l'arbitrage - 01/03/2017 - n° 4 - page 857

ID : CAPJA2017857

Permalien : [text.so/CAPJA2017857](https://text.so/CAPJA2017857)

**Auteur(s) :**

- Grégoire BERTRou
- Hugo PIGUET