

## Arbitrage d'urgence et procédure judiciaire de référé : la cour d'appel de Paris approuve la compétence partagée (Paris, pôle 1 - ch. 2, 31 oct. 2019, n° 19/05913)

Issu de Cahiers de l'arbitrage - n°1 - page 95

Date de parution : 01/01/2020

Id : CAPJIA2020-1-007

Réf : CAPJIA janv. 2020, p. 95

Auteurs :

Par Grégoire Bertrou, Hugo Piguet

Dans notre précédente étude consacrée aux interactions entre les procédures d'arbitrage d'urgence et les procédures judiciaires de référé, publiée dans ces mêmes Cahiers en 2017<sup>1</sup>, nous concluons à la complémentarité et, par là même, au possible recours cumulatif à ces deux modes d'action qui se recoupent par leur finalité<sup>2</sup> mais se distinguent par leur fondement (contractuel vs. légal) et leur portée.

C'est ainsi que, dans sa décision n° 19/05913 en date du 31 octobre 2019, dont l'attendu de principe est reproduit ci-après, la cour d'appel de Paris confirme la compétence du juge des référés en présence d'une clause compromissoire renvoyant à un règlement d'arbitrage qui organise, par ailleurs, comme c'est aujourd'hui la norme<sup>3</sup>, une procédure d'arbitrage d'urgence :

« *Le fait que les règles de l'American Arbitration Association prévoient une procédure applicable en cas d'urgence ne prive pas la société intimée de demander à son bénéfice l'application des dispositions de l'article 1449 du code de procédure civile* ».

L'article 1449 du Code de procédure civile<sup>4</sup>, consacrant une solution constante mais jusqu'alors simplement jurisprudentielle<sup>5</sup>, prévoit que, même en présence d'une clause compromissoire, le juge des référés demeure investi du pouvoir de prescrire – tant qu'un tribunal arbitral n'est pas constitué – des mesures d'instruction et, en cas d'urgence, des mesures provisoires ou conservatoires<sup>6</sup>.

L'utilité de cette disposition procédurale est manifeste : à défaut, les parties liées par une clause compromissoire se trouveraient, le temps qu'un tribunal arbitral soit constitué (à savoir, pendant plusieurs semaines ou mois)<sup>7</sup>, dans l'impossibilité de faire valoir leurs droits les plus urgents devant un juge.

Toutefois, dès lors que les principaux règlements d'arbitrage prévoient aujourd'hui une procédure d'arbitrage d'urgence, visant précisément à permettre aux parties l'accès à un juge (arbitre) dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral, l'objet même de l'article 1449, qui est d'offrir aux parties un recours effectif dans l'attente de cette constitution, tend à devenir caduque.

C'est dans ce contexte que la cour d'appel de Paris a été amenée à se prononcer sur la question du maintien des dispositions de l'article 1449, et donc de l'accès au juge des référés, au bénéfice des parties qui ont à leur disposition une procédure d'arbitrage d'urgence au titre, en l'espèce, du règlement d'arbitrage de l'AAA (*American Arbitration Association*).

Comme expliqué *supra*, la cour a tranché en faveur du cumul de l'arbitrage d'urgence et des procédures de référé, comme suit : « *Le fait que les règles de l'American Arbitration Association prévoient une procédure applicable en cas d'urgence ne prive pas la société intimée de demander à son bénéfice l'application des dispositions de l'article 1449 du code de procédure civile* ».

Dans un précédent arrêt en date du 30 avril 2018, cette fois-ci en lien avec le règlement d'arbitrage de la CCI, la cour d'appel de Toulouse s'était déjà prononcée dans le même sens<sup>8,9</sup>.

Cette solution appelle les commentaires suivants :

### 1. Cette solution est-elle spécifique à l'ordre juridique français ? (oui)

Comme déjà indiqué dans notre précédente étude<sup>10</sup>, il existe au moins un exemple de décision contraire au Royaume-Uni (*Gerald Metals SA v Timis* [2016] EWHC 2327 (Ch)).

Cette solution, qui demeure en tout état de cause sujette à confirmation, repose sur le texte même de l'*Arbitration Act* de 1996, qui prévoit en son article 44(5) que des mesures provisoires ou conservatoires ne peuvent être prononcées par le juge étatique 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* », ce qui inclurait donc, pour la *Commercial Court*, la procédure d'urgence du règlement d'arbitrage de la LCIA lorsque celle-ci est disponible.

Dans l'ordre juridique français, à l'inverse, l'article 1149 ne prévoit pas un tel « principe de subsidiarité » et dès lors, sauf à ce que cette condition soit ajoutée, *praeter legem*, par la jurisprudence, le droit positif autorise la compétence partagée de l'arbitre d'urgence et du juge des référés<sup>11</sup>.

### 2. Cette solution est-elle spécifique au règlement d'arbitrage de l'AAA ? (non)

Comme indiqué *supra*, la cour d'appel de Toulouse a déjà rendu une décision similaire en lien avec le règlement d'arbitrage de la CCI.

Surtout, les principaux règlements d'arbitrage prennent le soin de préciser que la procédure d'arbitrage d'urgence n'est pas exclusive du recours au juge des référés :

- Règlement d'arbitrage de la CCI (2017) : « *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* » (article 29(7));

- LCIA Arbitration Rules (2014) : « *Article 9B shall not prejudice any party's right to apply to a state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitration Tribunal; and it shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right* » (article 9B.12);

• AAA (ICDR) International Arbitration Rules (2014) : « *A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with this Article 6 or with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate* » (article 6 (7)) ; et

• HKIAC Administered Arbitration Rules (2018) : « *The Emergency Arbitrator Procedure is not intended to prevent any party from seeking urgent interim or conservatory measures from a competent authority at any time* » (schedule 4-20).

Ou, à tout le moins, que le recours au juge des référés n'est pas incompatible avec le règlement d'arbitrage, ce qui inclut, par construction, la procédure d'urgence :

• SIAC Arbitration Rules (2016) : « *A request for interim relief made by a party to a judicial authority prior to the constitution of the Tribunal, or in exceptional circumstances thereafter, is not incompatible with these Rules* » (article 30.3) ; et

• SCC Arbitration Rules (2017) : « *A request for interim measures made by a party to a judicial authority is not incompatible with the arbitration agreement or with these Rules* » (article 37.5).

Dès lors, la décision de la cour d'appel de Paris n'apparaît pas liée aux spécificités des dispositions relatives à la procédure d'urgence telle que prévue, au cas particulier, par le règlement d'arbitrage de l'AAA.

### **3. Le principe posé par l'article 1449 du Code de procédure civile est-il d'ordre public ? (non)**

Comme indiqué *supra*, les principaux règlements d'arbitrage autorisent le cumul de la saisine de l'arbitre d'urgence avec celle du juge des référés<sup>12</sup>.

Toutefois, dans les faits, un règlement d'arbitrage ou, en tout état de cause, les parties au moment de la rédaction de la clause compromissoire, demeurent libres d'écarter la compétence du juge des référés sur le fondement de l'article 1449, pour imposer le seul recours à l'arbitre d'urgence.

C'est la volonté des parties qui doit en principe primer ici : il est de la nature même de l'arbitrage de soustraire un différend de l'ordre judiciaire et cette faculté doit donc s'étendre, si c'est le choix des parties, aux contentieux de l'urgence.

La jurisprudence publiée permet de mieux appréhender les conditions d'une telle exclusion :

• Dans un arrêt en date du 29 novembre 2018, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rappelé la possibilité d'écarter « *expressément et conventionnellement* » la compétence du juge des référés sur le fondement de l'article 1449 du Code de procédure civile<sup>13</sup> ;

• Dans un arrêt en date du 16 février 2017, la cour d'appel de Douai a refusé de considérer une clause compromissoire rédigée comme suit : « *[t]oute partie au présent contrat aura le droit d'avoir recours à et sera liée par la procédure pré-arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale, conformément à son règlement* », comme exclusive de la compétence du juge des référés<sup>14</sup> ; et

• En revanche, dans un arrêt en date du 23 octobre 2012, la cour d'appel de Paris a conclu à l'exclusion expresse de cette compétence étatique dans le cas d'une clause compromissoire prévoyant simplement que « *l'arbitrage constituera le seul mode de règlement du conflit, du différend ou de la réclamation* »<sup>15</sup>.

Ainsi, si le simple fait d'acquiescer à la compétence de l'arbitre d'urgence au titre d'un règlement d'arbitrage ne semble pas suffisant pour exclure la saisine du juge des référés (Douai), en revanche, le fait de caractériser le recours à l'arbitrage comme le mode exclusif de règlement des différends entre les parties est susceptible d'emporter l'exclusion des procédures judiciaires de référé (Paris).

Si cette dernière décision de la cour d'appel de Paris a pu être critiquée en ce qu'elle entraînerait des « *conséquences [...] extrêmes [...] puisqu'elle interdit le recours au juge des référés en présence d'une simple clause "de style", selon laquelle l'arbitrage constituera le seul mode de règlement des conflits, et renvoie à un règlement d'arbitrage qui, comme la plupart des règlements d'arbitrage modernes, prévoit une procédure d'urgence* »<sup>16</sup>, il est probable que cette solution soit confirmée à l'avenir dès lors que, comme expliqué *supra*, l'apparition récente des procédures d'urgence dans les principaux règlements d'arbitrage permet d'assurer aux parties un accès au juge (arbitre) en toutes circonstances – en ce compris, donc, même en cas d'exclusion de la compétence du juge des référés.

En effet, dans un ordre juridique où l'arbitrage d'urgence n'existait pas encore, l'aversion naturelle à l'absence de recours effectif pouvait justifier que les magistrats considèrent, au moment de se prononcer sur la portée d'une clause dont l'interprétation fait débat, que les parties n'aient pas pu raisonnablement s'accorder sur le principe d'une absence de recours effectif<sup>17</sup> et, partant, n'ont pas exclu la compétence du juge des référés.

Désormais, cette réticence tend à devenir sans objet, ce qui pourrait encourager une interprétation souple des clauses d'exclusion.

En tout état de cause, la sécurité juridique passera – comme toujours – par le soin apporté par les parties et leurs conseils à la rédaction des clauses compromissoires.

### **4. Le principe posé par l'article 1449 du Code de procédure civile est-il remis en cause par l'avènement des procédures d'arbitrage d'urgence ? (non en l'état)**

Comme exposé dans notre précédente étude, l'arbitre d'urgence n'est, en l'état du droit et des pratiques, pas en mesure de suppléer le juge des référés dans l'ensemble de ses missions.

En effet, contrairement à une ordonnance de référé, la décision de l'arbitre d'urgence n'est pas susceptible d'exécution forcée sur le territoire français<sup>18</sup>. S'il apparaît en pratique que les décisions rendues par des arbitres d'urgence ont tendance à être exécutées spontanément, le demandeur ne bénéficie cependant ainsi d'aucune protection si le défendeur refuse de se conformer aux mesures ainsi prononcées.

En outre, contrairement à la procédure de référé, les principaux règlements d'arbitrage<sup>19</sup> imposent le dépôt, concomitant ou consécutif, d'une requête d'arbitrage pour être en droit de poursuivre la procédure d'urgence et/ou pour maintenir les effets de la décision rendue par l'arbitre d'urgence<sup>20</sup>.

Ainsi, la pratique judiciaire consistant à obtenir et faire aussitôt exécuter – de force – une ordonnance de référé afin de contraindre ou inciter la partie adverse à consentir à une issue négociée au litige, sans même avoir à porter l'affaire devant une juridiction du fond, est un avantage certain qui plaide en faveur du maintien de la compétence de principe du juge des référés.

Par ailleurs :

• L'obtention d'une mesure d'instruction, par exemple la saisie chez l'adversaire de documents dont le contenu est déterminant pour l'issue du litige (et dont la seule exécution peut parfois, en pratique, suffire pour aboutir à un accord amiable entre les parties), est soumise devant l'arbitre d'urgence, comme toutes les autres formes de mesures, à un critère « d'urgence » – qui n'a pas d'équivalent devant le juge des référés<sup>21</sup> ;

• Le « référé-provision »<sup>22</sup>, dont l'efficacité pratique n'est plus à démontrer (rappelons que ladite provision peut, le cas échéant, constituer la totalité du

montant de la créance demandée), et qui est d'ailleurs l'objet de la décision de la cour d'appel de Paris ici commentée, se heurte à diverses difficultés devant les arbitres d'urgence<sup>23</sup> ;

• La nature consensuelle de l'arbitrage s'oppose, en principe<sup>24</sup>, au prononcé de mesures *ex parte* ; et

• Aux termes de l'article 1468 du Code de procédure civile, les juridictions étatiques conservent une compétence exclusive pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires<sup>25</sup>.

Partant de ce constat, le maintien des procédures judiciaires de référé dans l'ordre juridique au titre de l'article 1449 (sauf exclusion conventionnelle) apparaît indispensable afin d'assurer l'effectivité de l'exercice par les parties de leurs droits sur le territoire français... dans l'attente des évolutions futures des procédures d'arbitrage d'urgence vers davantage d'effectivité ?

Pour ce faire, il nous semblerait nécessaire, d'une part, que les décisions de l'arbitre d'urgence soient, en tant que telles, susceptibles de reconnaissance et d'exécution en France et, d'autre part, que la pratique arbitrale d'urgence se rapproche davantage, le cas échéant via des ajouts aux principaux règlements d'arbitrage, des possibilités offertes aux parties devant le juge des référés (notamment : possibilité de recourir à l'arbitrage d'urgence, avant tout litige au fond, afin d'inciter les parties à se rapprocher pour mettre un terme immédiat et définitif à leur différend ; prononcé de « provisions » pouvant aller jusqu'à 100 % du montant la créance ; prononcé de mesures *ex parte*; voire suppression du critère d'urgence dans certaines hypothèses (obtention de documents dont dépend la solution du litige, obligation non sérieusement contestable, etc.)).

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

2 - 2. Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé : approche comparative, CAPJIA 2017, p. 857.

3 - 3. Prof. Thomas Clay, « La réactivité dans l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 19 juin 2019, n° 354e2, p. 51 : « L'arbitre d'urgence est à l'arbitrage ce que le juge des référés est à la justice étatique, un tiers qui statue provisoirement à l'occasion d'une situation urgente, à l'égard de laquelle le juge du fond peut revenir ensuite qu'il soit arbitre ou juge judiciaire » (se référant à notre précédente étude).

4 - 4. Cf. point 5 de notre précédente étude.

5 - 5. Issu du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage (article 2).

6 - 6. Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage : « L'article 1449 consacre quant à lui une jurisprudence établie, en vertu de laquelle les parties peuvent saisir le juge étatique sur le fondement de l'article 145 et, en cas d'urgence, le solliciter afin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires ». Voir, par exemple : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 déc. 1982, 81-15.746, Bull. civ. III, n° 260.

7 - 7. 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 judiciaire 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 ».

8 - 8. Une fois le tribunal arbitral constitué, c'est ce dernier qui se trouve alors investi du pouvoir de prescrire les mesures concernées, conformément à l'article 1468 du Code de procédure civile : « Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée ».

9 - 9. Toulouse, ch. 3, 30 avr. 2018, n° 17/03754 : « [La société appelante] fait valoir, par ailleurs, par ailleurs, qu'aux termes de l'article 29 du règlement d'arbitrage de la CCI en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2012 toute partie sollicitant des mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral peut déposer une requête à cette fin conformément aux règles relatives à l'arbitrage d'urgence de l'Appendice V; elle estime qu'afin de respecter la volonté des parties il appartient à l'intimée, si elle souhaite obtenir une provision, de saisir l'arbitre d'urgence, d'autant qu'il sera en mesure de rendre une décision très rapidement. [...] [La société intimée] rappelle que la saisine de l'arbitre en urgence comme l'autorise l'article 29 du règlement de la CCI n'est qu'une possibilité offerte aux parties et en aucun cas une obligation. [...] [Sur la compétence :] [...] Si l'article 29 des Règles d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale permet à la partie de saisir l'arbitre d'urgence pour solliciter une mesure conservatoire ou provisoire, cette voie n'était qu'une faculté ouverte à la société ASC qui restait libre de préférer la voie du référé judiciaire ».

10 - 10. Pour une précédente décision qui semblait aller dans un sens différent, voir : Tribunal de commerce d'Auch, 21 mars 2011, n° 2011000011 (« Attendu au surplus que le règlement de l'Association Française d'Arbitrage prévoit en son article 13 des mesures d'urgence; Attendu qu'en conséquence, le juge des référés du tribunal de commerce se déclarera incompétent et renverra les parties à saisir l'Association Française d'Arbitrage, arbitre désigné par leur convention »).

11 - 11. Cf. note 56 de notre précédente étude.

12 - 12. Pour une analyse du droit positif sur ce point dans d'autres juridictions, voir notamment, pour la Suisse : Christopher Boog, Chapter 18, Part III : Interim Measures in International Arbitration, in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland : The Practitioner's Guide, 2<sup>nd</sup> edition (Kluwer Law International 2018), pp. 2543 - 2566, § 66 (« In spite of the arbitral tribunal's broad authority to grant interim relief based on Art. 183(1) PILS and despite the fact that many institutional arbitration rules today provide for emergency relief by emergency arbitrators prior to the constitution of the arbitral tribunal proper, in some cases subject to arbitration there may still be a need for the parties to seek interim measures from the competent State courts. This applies particularly where the tribunal has not yet been constituted and there is no possibility to address an emergency arbitrator or similar instance, or where a measure must be directed against a third party or requires immediate enforcement in order to be effective »); et pour Singapour et les Pays-Bas : Philippe Cavalieros and Janet Kim, Emergency Arbitrators Versus the Courts : From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations, in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration (Kluwer Law International 2018, Volume 35 Issue 3), pp. 275-306, 286-287 (« While it remains to be seen whether courts would reach a similar decision in future cases, for the moment, parties that wish to preserve access to the English courts for urgent interim relief may be advised to opt out of emergency arbitrator provisions. It is worth noting that the national arbitration laws of Singapore and the Netherlands also have similar provisions according priority to arbitrators over courts. While these provisions have not been tested to the authors' knowledge, the same word of caution may be given to parties wishing to safeguard their rights to apply to Singaporean or Dutch courts for interim relief »).

13 - 13. Sur la possibilité de cumuler effectivement les deux procédures, voir les points 38 et s. de notre précédente étude.

14 - 14. Aix-en-Provence, ch. 2, 29 nov. 2018, n° 18/07834. Pour de précédentes décisions dans le même sens, voir notamment : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 nov. 1986, 85-11.324, Bull. civ. I, n° 269 (« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires, qui n'est pas écarté par la convention de Washington, ne pouvait l'être que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation, la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé »); Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 mars 1989, 87-20.180, Bull. civ. II, n° 84 (« Mais attendu qu'à défaut de stipulation expresse l'existence d'une clause compromissoire s'appliquant sans autre précision à tous les litiges ne saurait, tant que le tribunal arbitral n'est pas saisi, faire échec à la compétence du juge des référés pour accorder une provision au créancier d'une obligation non sérieusement contestable »); et Versailles, ch. 14, 27 oct. 2010, n° 09/08879 (« Considérant que le pouvoir du juge des référés d'ordonner, jusqu'à constitution du tribunal arbitral, des mesures conservatoires, lorsqu'il n'est pas expressément et conventionnellement écarté est soumis à la condition que l'urgence soit démontrée et caractérisée, condition cumulative à celle de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable »).

15 - 15. Douai, ch. 2 - sect. 1, 16 févr. 2017, n° 16/04767.

16 - 16. Paris, pôle 1 - ch. 3, 23 oct. 2012, n° 11/12066.

17 - 17. Denis Bensaude, « Compétence exclusive de l'arbitre et incompétence du juge des référés », *Gaz. Pal.* 8 janv. 2013, n° 113b8.

18 - 18. Sur ce point, voir notamment : Prof. Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international* (1<sup>re</sup> éd.), coll. Précis

Domat, Montchrestien, 2013, § 400 (Exclusion conventionnelle de l'intervention du juge).

19 – 19. Cf. points 31 et s. de notre précédente étude.

20 – 20. Règlement d'arbitrage de la CCI (2017), appendice V-1(6) ; LCIA Arbitration Rules (2014), article 9B.5 ; AAA (ICDR) International Arbitration Rules (2014), article 6(1) ; HKIAC Administered Arbitration Rules (2018), schedule 4-21 ; SIAC Arbitration Rules (2016), schedule 1-1 ; et SCC Arbitration Rules (2017), appendix II-9(4).

21 – 21. Cf. points 25 et s. de notre précédente étude.

22 – 22. Cf. points 50 et s. de notre précédente étude.

23 – 23. Qui, en présence d'une clause compromissoire, nécessite – de manière dérogatoire au droit commun – la caractérisation de l'urgence (cf. point 47 de notre précédente étude).

24 – 24. Cf. points 45 et s. de notre précédente étude.

25 – 25. Voir toutefois, par exemple, le Règlement suisse d'arbitrage international (2012) qui prévoit, en son article 26(3) le prononcé de mesures *ex parte* par le tribunal arbitral : « *In exceptional circumstances, the arbitral tribunal may rule on a request for interim measures by way of a preliminary order before the request has been communicated to any other party, provided that such communication is made at the latest together with the preliminary order and that the other parties are immediately granted an opportunity to be heard* ».

26 – 26. Cf. *supra*, note 8.