

L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE DANS LE CADRE DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES EN PRESENCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE : ANALYSE DU DROIT BELGE

Auteur : Sabatini, Fiona

Promoteur(s) : Boularbah, Hakim

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2018-2019

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/6824>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE DANS LE
CADRE DES MESURES PROVISOIRES OU
CONSERVATOIRES EN PRESENCE D'UNE
CONVENTION D'ARBITRAGE : ANALYSE DU DROIT BELGE**

Fiona SABATINI

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens
et internationaux)

Année académique 2018-2019

Recherche menée sous la direction de:

Monsieur Hakim BOULARBAH

Professeur

RÉSUMÉ

L'arbitrage, en tant que justice privée, s'entend comme un mode de règlement des différends tant alternatif qu'antagoniste de la justice étatique. Dépourvu d'*imperium*, l'arbitre peut nécessiter le soutien et la coopération du juge pour traiter une procédure arbitrale.

Divers droits contemporains de l'arbitrage envisagent explicitement le recours aux mesures provisoires et conservatoires lors d'un arbitrage interne ou international sans nécessairement apporter une définition de ces mesures.

En matière d'arbitrage, les mesures provisoires et conservatoires détiennent un rôle capital préalablement ou durant l'instance arbitrale. Elles permettent le maintien d'une preuve, d'une situation de fait ou de droit et garantissent ou préparent une exécution efficiente et rapide de la sentence.

La réunion dans le chef de l'arbitre de la compétence au fond et celle au provisoire peut être défavorable aux intérêts des parties, notamment lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi. Dès lors, prenant en considération les particularités de l'arbitrage et plus particulièrement du déroulement du procès arbitral, l'intervention du juge est indispensable pour résoudre temporairement une urgence sur le fondement de l'apparence d'un droit afin de conférer une force exécutoire aux décisions de l'arbitre. Le tribunal arbitral n'est pas seul à décerner ces mesures.

Il est subséquent légitime de se questionner sur la position du juge au sujet des mesures provisoires et conservatoires lors d'un arbitrage. Après analyse des diverses dispositions du Code de l'arbitrage, il résulte que le législateur met un point d'honneur à orchestrer la relation entre l'arbitre et le juge étatique. Pour ce faire, il opte pour une distribution de compétences entre le juge du provisoire et l'arbitre, une sorte de répartition qui implique un retrait de la compétence exclusive de l'arbitre en termes de mesures provisoires et conservatoires.

Aussi, délibérément choisi par les parties, l'arbitre prononce le droit, mais sa décision est dénuée d'*imperium*. C'est la raison pour laquelle le recours au juge étatique est indispensable afin de soutenir sa décision. En matière de mesures provisoires et conservatoires, la compétence du juge judiciaire est à la fois partagée avec l'arbitre, mais aussi exclusive.

REMERCIEMENTS

Un mémoire est l'aboutissement d'un travail de réflexion et de recherche, mais également une source d'enrichissement. Afin d'apporter un regard critique à ce travail, il convient de mesurer la théorie à la pratique. Ce passage ne peut se réaliser que par l'assistance de professionnels. C'est la raison pour laquelle je tiens à remercier Maître Hakim Boularbah pour son aide précieuse et le temps qu'il a m'a consacré dans le cadre de cet écrit.

Table des matières

INTRODUCTION	8
TITRE I LA NOTION DE JUGE D'APPUI	9
1. NOTION DE JUGE D'APPUI	9
2. UNE COMPÉTENCE GÉNÉRALE D'APPUI ?	10
TITRE 2 LE DROIT EN VIGUEUR.....	11
1. DÉFINITION DES MESURES PROVISOIRES	11
2. PRINCIPES APPLICABLES	12
3. CONDITIONS D'OCTROI.....	13
4. POUVOIR D'ASTREINTE DE L'ARBITRE	14
TITRE 3 LA COLLABORATION DE L'ARBITRE ET DU JUGE ÉTATIQUE QUANT AU PROVISOIRE	14
SECTION 1 UNE COLLABORATION RECONNUE PAR LA LOI	14
SECTION 2 UNE RÉPLIQUE AUX MANQUEMENTS DU RÉFÉRÉ ARBITRAL	15
TITRE 4 L'ARTICULATION DES COMPÉTENCES AU PROVISOIRE DE L'ARBITRE ET DU JUGE ÉTATIQUE	16
SECTION 1 SOURCES DE LA COMPLÉMENTARITÉ ENTRE LE JUGE D'APPUI ET L'ARBITRE.....	16
1. LES SOURCES INTERNATIONALES.....	16
2. LES RÈGLEMENTS D'ARBITRAGE ET LA CONTROVERSE SUR LA NATURE DE LA RELATION ENTRE LE JUGE D'APPUI ET L'ARBITRE:	17
3. LES SOURCES NATIONALES.....	17
4. LA THÈSE DE LA SUBSIDIARITÉ DE FACTO EN DROIT BELGE	18
SECTION 2 COMPÉTENCE AU PROVISOIRE DU JUGE ÉTATIQUE AVANT LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL	20
SECTION 3 COMPÉTENCE AU PROVISOIRE DU JUGE ÉTATIQUE APRÈS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL	21
SECTION 4 RESPONSABILITÉ DE LA PARTIE POURSUIVANT L'EXÉCUTION D'UNE MESURE PROVISOIRE	22
SECTION 5 LE SORT DE L'ASTREINTE ÉVENTUELLE DE LA MESURE PROVISOIRE	25
TITRE 5 L'EXCLUSION DU RECOURS AU JUGE OU À L'ARBITRE.....	27
SECTION 1 L'EXCLUSION DU POUVOIR ARBITRAL DE PRONONCER DES MESURES PROVISOIRES ...	27
SECTION 2 L'EXCLUSION DU RECOURS AU JUGE POUR ORDONNER DES MESURES PROVISOIRES ..	28
TITRE 6 LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES	30
TITRE 7 LES RAISONS DU REFUS DU JUGE DE LA RECONNAISSANCE OU DE L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES	31
TITRE 8 COMPARAISONS ENTRE LE SYSTÈME ADOPTÉ PAR LA LOI TYPE C.N.U.D.C.I ET LE DROIT BELGE.....	32
1. LA DÉFINITION D'UNE MESURE PROVISOIRE	32
2. COMPÉTENCE DE L'ARBITRE D'ORDONNER DES MESURES PROVISOIRES	33
3. LA CONCORDANCE DE LA SAISINE DU JUGE AVEC UNE CONVENTION D'ARBITRAGE	33
4. LES CONDITIONS D'OCTROI	35
5. LES MESURES PROVISOIRES UNILATÉRALES	35
6. LA RÉVISION DE LA DÉCISION ARBITRALE.....	37
7. LA NOTIFICATION D'UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES	37
8. LA RESPONSABILITÉ DU DEMANDEUR DE LA MESURE PROVISOIRE	37
CONCLUSION.....	38
BIBLIOGRAPHIE	39

INTRODUCTION

Le choix du sujet de ce travail se justifie, d'une part, par le fait que le droit belge de l'arbitrage a connu une profonde réforme et, d'autre part, par le fait que cette réforme concerne principalement le sujet des mesures provisoires prises dans le cadre d'un arbitrage. La loi du 24 juin 2013 modifie la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage¹. Désormais, le droit de l'arbitrage trouve son siège aux articles 1676 à 1723 du Code judiciaire.

Les mesures provisoires et conservatoires dont la diversité est grande préservent une situation de fait ou de droit afin de permettre l'instruction de l'affaire au fond et par la suite, l'exécution de la sentence. Une réelle collaboration naît donc entre l'arbitre et le juge étatique qui intervient en soutien de l'arbitrage d'où la consécration de l'expression de « juge d'appui » pour le juge étatique. Ces mesures ont pour vocation de stimuler la délibération dans le déroulement de l'instance arbitrale. Elles contribuent à fixer les limites de l'arbitrage et par conséquent, consacrent par là même le rôle du juge d'appui en cas de carence de l'arbitre.

Le caractère complémentaire ou subsidiaire de l'intervention du juge d'appui est mis en exergue dans le cadre de ce travail. L'existence d'une convention d'arbitrage n'est pas un obstacle pour les parties de recourir au juge étatique notamment lorsque l'urgence l'exige et que le tribunal arbitral, soit n'est pas constitué, soit ne peut opérer efficacement. En revanche, s'agissant d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, seul le juge étatique, doté de l'*imperium*, est apte à contraindre la partie récalcitrante à exécuter la mesure prise à son encontre.

Ce travail se compose de huit chapitres. Dans un chapitre premier, nous nous intéresserons au concept de juge d'appui. Ensuite, dans un second chapitre, nous examinerons la notion de mesures provisoires. Nous éluciderons la nécessité de la collaboration de l'arbitre et du juge étatique sur le terrain du provisoire dans le troisième chapitre. Le quatrième chapitre sera consacré à la manière dont les compétences au provisoire de l'arbitre et du juge étatique s'articulent. Nous traiterons de l'exclusion du recours au juge ou à l'arbitre dans le cinquième chapitre. Les sixième et septième chapitres porteront respectivement sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires et les motivations du refus du juge de la reconnaissance ou de l'exécution de ces mesures. Enfin, dans un dernier chapitre, une analyse comparative entre le système adopté par la loi type C.N.U.D.C.I et le droit belge sera réalisée.

¹ Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, M.B., 28 juin 2013.

1. Notion de juge d'appui

Il est judicieux, au préalable, de comprendre le concept qui sous-tend l'intégralité de ce travail. La fonction du juge étatique s'en remet à la procédure judiciaire, laquelle intervient en soutien à l'arbitrage. L'arbitre peut effectivement être exposé à des situations de blocage résultant de circonstances particulières ou résultant de l'absence de compétences analogues à celles du juge. Celui-ci joue désormais un rôle de soutien quant à la constitution et au fonctionnement du tribunal arbitral².

La loi du 24 juin 2013 sur l'arbitrage, entrée en vigueur le 1er septembre 2013³ réforme considérablement le droit belge. La modernisation de notre droit de l'arbitrage sur le fondement de la loi type de la CNUDCI est le souhait du législateur⁴. Cette législation traite notamment de l'articulation des compétences entre le juge judiciaire et l'arbitre. En vertu de l'article 55 par. 2 de la nouvelle loi, les procédures judiciaires sont réunies « au sein des cinq tribunaux de première instance du siège des cinq cours d'appel du pays »⁵. Une spécialisation et performance accrue des tribunaux de l'ordre judiciaire ressortent de cette construction, laquelle suscite un soutien optimal du juge. L'idée d'une concentration du contentieux ayant trait à l'arbitrage existe⁶.

En outre, des dispositions du Code judiciaire établissent une organisation légale des mesures provisoires et conservatoires, ce qui procure une vision limpide quant aux mesures pouvant être prises et selon quel formalisme⁷.

² G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : Quelle collaboration ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 2005, p. 17.

³ Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, M.B., 28 juin 2013, p. 41263.

⁴ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge » in *L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.190 ; Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985 avec les amendements adoptés en 2006), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

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

⁶ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p.787.

⁷ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p.786.

2. Une compétence générale d'appui ⁸ ?

Il résulte de la lecture de l'article 1680 de notre Code judiciaire que le juge d'appui dispose d'une compétence générale lors d'un blocage dans la procédure arbitrale⁹.

Le principe général de la compétence du juge d'appui est également consacré dans le droit français invitant le juge à trancher lorsque certaines difficultés ou situations de blocage surviennent¹⁰.

Il convient cependant de modérer cette assertion, car au niveau du droit français, cette compétence générale intervient seulement dans le cadre de la constitution du tribunal. En Belgique, comme en France, le législateur prévoit diverses hypothèses conduisant le juge à intervenir¹¹.

Conformément à l'article 1680 par. 4 du Code judiciaire : « Le président du tribunal de première instance statuant comme en référé prend toutes les mesures nécessaires en vue de l'obtention de la preuve ». Le rôle du juge d'appui est notable lors d'un arbitrage *ad hoc* où il intervient tant avant, que pendant l'instance arbitrale, les conventions d'arbitrage confiant la résolution de la plupart des éventuels incidents à l'institution¹².

Bien que le recours au juge d'appui soit indispensable dans certaines circonstances, les parties préfèrent coopérer et postuler des mesures provisoires auprès de l'arbitre.

⁸ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge » in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 195.

⁹ Article 1680 par. 5 C.J: « Sauf dans les cas visés aux par. 1^{er} à 4, le tribunal de première instance, est compétent. Il statue, sur citation, en premier et dernier ressort ».

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

¹¹ VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge » in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 195.

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

1. Définition des mesures provisoires

Avant d'examiner les règles afférentes aux mesures provisoires ou conservatoires, il convient de préciser sommairement ce que recouvrent lesdits termes. En l'absence de définition législative, les mesures provisoires sont définies par la doctrine¹³. Le vocable « mesures provisoires » vise à la fois les mesures provisoires et conservatoires¹⁴.

Les mesures provisoires permettent le règlement¹⁵, l'aménagement ou la poursuite¹⁶ de la situation des parties lors de la procédure arbitrale. Elles préservent un *statu quo*¹⁷.

Au titre de mesure de stabilisation ou d'aménagement équitable de la situation des parties, citons le séquestre d'actions litigieuses. Ces mesures sont usuellement prises pour la durée de la procédure arbitrale « afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision »¹⁸ et sont utilisées par l'arbitre sous forme d'une sentence définitive, décision sur le fond rendue par l'arbitre qui tranche en définitive le différend ou un aspect du litige qui est l'objet de la convention d'arbitrage¹⁹.

La sentence définitive n'a pas de force exécutoire, l'exequatur du juge étatique est par conséquent essentiel. La sentence définitive a autorité de chose jugée au principal ce qui engendre le dessaisissement de l'arbitre du litige ou du point du litige qui a été tranché.

¹³ Remarquons que la loi type CNUDCI, en son article 17, paragraphe 2 définit en quoi consiste les mesures provisoires si elles sont saisies dans le cadre du référé arbitral : « Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie : a) de préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché ; b) de prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui — même ; c) de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure ; ou d) de sauvegarder les éléments de preuves qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend ».

Le législateur belge refuse la transposition en droit belge de l'arbitrage de cette définition des mesures provisoires prises dans le cadre du référé arbitral, car les limites fixées par cette définition « pourraient se révéler trop rigides et restreindre la souplesse actuelle, tout en compliquant le travail des arbitres » (Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2743/001, p. 24).

¹⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 165.

¹⁵ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 423.

¹⁶ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, p. 171.

¹⁷ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 165.

¹⁸ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, p. 171.

¹⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit international*, T. I — Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 427.

Outre les mesures de stabilisation ou d'aménagement égalitaire, il est question de mesures anticipatoires²⁰ dont la portée est similaire à celle que revêtirait la sentence définitive prise par l'arbitre²¹ et en principe, se fondent sur un droit évident ou suffisamment incontestable²². Comme mesure anticipatoire, le référé-provision conférant une somme d'argent à valoir sur la condamnation à intervenir²³.

Les mesures conservatoires quant à elles consistent en des mesures saisies « pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose »²⁴. Elles accordent à une partie à la procédure arbitrale « de prendre certaines précautions en vue de garantir l'effectivité »²⁵ de la sentence définitive qui est prononcée par l'arbitre ou « de se prémunir contre les conséquences défavorables de celle-ci ». Les saisies conservatoires sont des mesures conservatoires²⁶.

2. Principes applicables

La réforme de la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage vise notamment à expliciter les mesures provisoires ou conservatoires²⁷. En droit belge, le principe de base relatif à la matière de mesures provisoires ou conservatoires siège à l'article 1691 du Code judiciaire.

Conformément à cet article, à la réserve des saisies conservatoires, « le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires ». Diverses lois nationales renferment ce principe²⁸. Relevons que la restriction relative aux mesures conservatoires demeure également dans le droit français. En vertu de l'article 1468 du Code de procédure civile français, les juridictions étatiques sont exclusivement compétentes pour l'octroi desdites mesures.

Cet ample pouvoir reconnu à l'arbitre n'est pourtant pas approuvé par l'ensemble des législations nationales d'arbitrage. Mentionnons, à titre d'exemple, l'article 38.4 de l'Arbitration Act anglais de 1996 régissant strictement le pouvoir de l'arbitre ou encore le droit de l'arbitrage argentin, chinois ou québécois²⁹.

²⁰ J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », R.P.D.B., compl. T. VI, n° 102.

²¹ G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits, C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, p. 171.

²² G. KEUTGEN et G.-A. DAL, L'arbitrage en droit international, T. I - Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 345, n° 421.

²³ G. DE LEVAL et F. GEORGES, Droit judiciaire - Tome 1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 481.

²⁴ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », o. c., p. 423.

²⁵ Ibid.

²⁶ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », o. c., p. 424 ; Comme exemple de mesure conservatoire, citons : la remise d'un objet contesté à un tiers dans l'attente de la sentence définitive (voy. M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », o. c., p. 790).

²⁷ Doc. Parl., Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n° 53-2743/001, p.7.

²⁸ Art. 1468 du CPC français, Art. 183 de la LDIP suisse, Art. 1041 du CPC allemand, Art. 25 de la loi.

²⁹ A. REINER « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral » in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 98.

L'urgence dans le cadre des référés relève de la compétence du juge. Dès lors et selon Monsieur REINER, l'arbitre s'en rapporte au règlement d'arbitrage applicable et à la législation nationale si elle lui est plus favorable³⁰.

3. Conditions d'octroi

Hormis l'article 17 A CNUDCI³¹, règlements d'arbitrage et législations nationales d'arbitrage ne sont d'ordinaire pas explicites sur les conditions d'octroi des mesures provisoires. Bien que l'urgence ne consiste pas en une condition indispensable pour l'obtention de mesures provisoires au tribunal arbitral, comme tel est le cas en référé, la requête ne progresse pas si la mesure dépend de la décision sur le fond. D'ailleurs, les critères de nécessité et de proportionnalité requis des circonstances de l'espèce permettent à l'arbitre d'apprécier l'opportunité d'ordonner ces mesures³².

Soulignons le fait que la mesure doit être dirigée contre une partie à la procédure. L'arbitre est contraint de demeurer impartial et doit subséquemment apprécier le risque de la remise en cause de son impartialité lorsqu'il statue sur l'octroi d'une mesure provisoire. Notre droit prohibe les mesures *ex parte*, le principe du contradictoire étant un pilier du droit belge³³.

Lors de l'analyse comparative des mesures provisoires avec la loi type CNUDCI, nous précisons cet aspect.

Il ressort de l'article 1691 du Code judiciaire qu'une mesure provisoire se concrétise sur requête d'une partie contrairement aux mesures d'instruction pouvant être ordonnées d'office par l'arbitre³⁴. Il est néanmoins inconcevable qu'en termes de preuves, l'article 1708 du Code judiciaire institue la possibilité de saisir le juge sous réserve d'obtenir préalablement l'autorisation du tribunal arbitral.

L'article 1698 du Code judiciaire, attribuant au juge des référés la capacité d'ordonner des mesures provisoires le cas échéant, ne relève pas cette condition. Conséquemment, une partie désirant l'assistance du juge en matière de preuve doit obtenir l'agrément du tribunal arbitral alors que cette exigence est inexistante pour l'obtention d'une autre mesure provisoire auprès du juge. Aucune indication à ce propos ne subsiste dans les travaux parlementaires relatifs à la réforme de la sixième partie du Code judiciaire de 2013.

³⁰ Ibidem, p.103.

³¹ D. MATRAY et F. VIDTS, Bruylant, « introduction générale », in L'arbitre international et l'urgence, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.26.

³² HANOTIAU B., 'Belgium', in interim measures in international arbitration, Juris, New york, 2014, p. 79.

³³ O. MIGNOLET, o.c., pp. 174-180; Sent.Arb., 17 mai 2002, R.D.J.P, 2002, p.350 ; Sent. Arb. CEPANI, 23 Janvier 2002, R.D.J.P, 2000, p. 347.

³⁴ Art. 1700 par. 4, C.J.

4. Pouvoir d'astreinte de l'arbitre

L'arbitre dispose du pouvoir de dicter une mesure provisoire ou conservatoire sous peine d'astreinte. Bien que, de par leur expérience, certains auteurs éveillent la nature communément volontaire de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire par les parties, une astreinte peut être inéluctable afin de garantir la rapidité et l'efficacité de celle-ci³⁵.

Une condamnation pécuniaire accessoire assure l'exercice de pression sur le débiteur de l'exécution. Ainsi, le tribunal arbitral peut requérir d'une partie la délivrance d'un document à des fins probatoires sous peine d'astreinte³⁶. Celle-ci prend cours à défaut de soumission de la partie à la mesure d'instruction s'il est question d'une sentence avant dire droit revêtue de la formule exécutoire par le juge. Le désagrément réside dans l'éventuel recours en annulation devant la nature d'une telle décision³⁷.

TITRE 3 LA COLLABORATION DE L'ARBITRE ET DU JUGE ÉTATIQUE QUANT AU PROVISOIRE

Au cours de la procédure arbitrale, l'arbitre et le juge étatique collaborent sur le terrain du provisoire. Dans ce chapitre, intéressons-nous dans un premier temps au fondement juridique de cette collaboration (Section 1) et ultérieurement, à la raison pour laquelle cette collaboration est nécessaire (Section 2).

Section 1 Une collaboration reconnue par la loi ³⁸

L'article 1683 du Code judiciaire établit la compétence au provisoire du juge étatique et allègue qu'« une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci »³⁹.

L'article 1691 du Code judiciaire consacre quant à lui la compétence au provisoire de l'arbitre et stipule que « sans préjudice des pouvoirs reconnus aux cours et tribunaux en vertu de l'article 1683, et sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires. Le tribunal arbitral ne peut toutefois autoriser une saisie conservatoire »⁴⁰.

³⁵ A. REINER o. c, p. 110.

³⁶ Art 1700 par.4 C.J.

³⁷ J. VAN COMPERNOLLE, « Juge étatique et arbitre: collaboration ou confrontation? Questions choisies », in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 788.

³⁸ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge » in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 195 et s.

³⁹ C. jud., art. 1683.

⁴⁰ C. jud., art. 1691.

La doctrine interprète unanimement ces dispositions comme décernant une compétence au provisoire au juge étatique avant et pendant la procédure arbitrale ou, plus rigoureusement, avant l'établissement du tribunal arbitral et une compétence au provisoire partagée entre l'arbitre et le juge après la constitution du tribunal arbitral. La doctrine est en revanche désunie sur la façon dont cette compétence s'articule entre l'arbitre et le juge.

Les parties ont la liberté de renoncer conventionnellement au référé arbitral, mais pas au référé judiciaire. Seul le juge est apte à tolérer des saisies conservatoires avant et après l'établissement du tribunal arbitral.

Section 2 Une réplique aux manquements du référé arbitral

Pour quelles raisons le législateur souhaite-t-il la collaboration entre le juge et l'arbitre sur le terrain du provisoire alors que les parties recourent à l'arbitrage afin d'éluder toute intervention du juge étatique ?

Le référé arbitral est insuffisant dans sa substance. G. DE LEVAL le caractérise « d'infirmités congénitales » ne décernant pas aux parties, un accès continu aux mesures provisoires lors la procédure arbitrale⁴¹. L'intervention du juge étatique sur le terrain du provisoire supplée les faiblesses inhérentes du référé arbitral et partant, préserve une entrée effective aux mesures provisoires aux parties lors de la procédure arbitrale⁴².

Il est par ailleurs intéressant de relever que les manquements du référé arbitral⁴³ en droit belge de l'arbitrage sont analogues en droit français de l'arbitrage. D'abord, en l'absence d'établissement du tribunal arbitral, l'arbitre ne peut saisir de mesures provisoires. Ensuite, le tribunal arbitral constitué, l'arbitre peut s'avérer dans l'incapacité de prendre les mesures provisoires dans l'hypothèse où la situation requiert célérité, la constitution d'un tribunal arbitral le tribunal arbitral requérant un certain temps à la différence des juridictions étatiques qui sont, quant à elles, permanentes. Aussi, quand l'urgence oblige la partie demanderesse à recourir à des mesures provisoires telles la convocation de la partie adverse ou lorsque la surprise est requise pour préserver l'effectivité de la mesure provisoire, le caractère contradictoire de l'instance arbitrale décourage les parties de saisir unilatéralement l'arbitre. Dans le même sens, l'arbitre dénué d'*imperium*⁴⁴ est incapable de prendre des mesures provisoires contraignantes à l'égard des tiers.

⁴¹ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », o. c., p. 437.

Expression reprise et amplifiée par O. CAPRASSE (O. CAPRASSE, « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », b-Arbitra, 2013, p. 145, n° 42).

⁴² C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, Montchrestien, 2013, p. 199.

⁴³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi », in L'arbitre et le juge étatique, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 205-206.

⁴⁴ L'*imperium* consiste en la capacité de prendre des décisions contraignantes. L'absence d'*imperium* de l'arbitre se justifie par le caractère conventionnel de l'arbitrage.

Interrogeons-nous sur la manière dont l'arbitre et le juge étatique mettent en œuvre cette collaboration afin de permettre aux parties d'avoir accès aux mesures provisoires à tous les stades de la procédure arbitrale ? La réponse à cette problématique fait l'objet des chapitres qui succèdent.

TITRE 4 L'ARTICULATION DES COMPÉTENCES AU PROVISOIRE DE L'ARBITRE ET DU JUGE ÉTATIQUE

Section 1 Sources de la complémentarité entre le juge d'appui et l'arbitre

Avant d'étudier l'articulation existante entre l'arbitre et le juge d'appui, prenons du recul afin d'obtenir une vision complète de la matière.

1. Les sources internationales

Outre certains droits nationaux, des textes internationaux conçoivent la compétence parallèle entre le juge et l'arbitre. Il s'agit notamment de l'illustration de l'article 6 de la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1966 selon lequel la requête d'une partie auprès d'un juge étatique n'engendre pas la renonciation de cette dernière à la convention d'arbitre⁴⁵. La Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ne précise quant à elle rien sur les mesures provisoires ou conservatoires⁴⁶. D'abord, la jurisprudence américaine rejette toute demande de mesure provisoire ou conservatoire devant le juge⁴⁷.

Un revirement jurisprudentiel et doctrinal est cependant opéré. Il est établi que la Convention de New York n'empêche pas les parties de s'adresser au juge, vu la célérité, dans le cadre de mesures provisoires ou conservatoires, avant ou pendant l'instance arbitrale, et ce, nonobstant l'établissement d'une convention d'arbitrage permettant aux tribunaux américains de se conformer à ceux du reste du monde⁴⁸. Ce principe est pareillement reconnu en droit judiciaire européen. Dans l'arrêt Van Uden de 1998, la Cour de justice de l'Union européenne estime, que « dans la mesure où l'objet d'une demande de mesures provisoires porte, comme dans l'affaire au principal, sur une question relevant du champ d'application matériel de la convention, cette dernière s'applique et son article 24 est susceptible de fonder la compétence du juge des référés même si une procédure au fond a déjà été engagée ou peut l'être et même si cette procédure devait se dérouler devant des arbitres »⁴⁹. L'article 9 de la loi type CNUDCI confirme ce principe. Cette problématique sera approfondie dans le cadre de l'analyse comparative entre la loi type CNUDCI et le droit belge.

⁴⁵ A. REINER, o.c p. 147.

⁴⁶ D. MATRAY et F. VIDTS, o. c., p.20.

⁴⁷ *McCreary Tire & Rubber Co. v. Ceat S.p.A.*, 501 F.2d 1032 (3 d Cir. 1974); *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, SA*, 442 N.E.2d 1239 (N.Y. 1982).

⁴⁸ A. REINER, o.c, p. 148

⁴⁹ C.J.U.E, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime*, aff. C-391/95, p .7133.

Au surplus, notons que l'article 5 de la loi type instaure la faculté d'intervention des tribunaux et que, dès le départ, certains pays dont notamment le Royaume-Uni ont manifesté leur avis sur le projet de l'article 5 dans la version de 1985.

Ceux-ci ont, dès le début, exprimé leur enthousiasme relativement à cette complémentarité, vraisemblablement par souci de conserver une éventuelle mainmise sur la justice privée⁵⁰.

2. Les règlements d'arbitrage et la controverse sur la nature de la relation entre le juge d'appui et l'arbitre⁵¹.

Notamment le CEPANI⁵², le règlement de l'American Arbitration association⁵³ et le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale de 2012⁵⁴ traitent de la complémentarité entre le juge d'appui et l'arbitre. S'agissant du règlement de la CCI, le principe est identique, la saisine du juge n'emporte pas la renonciation à la convention d'arbitrage⁵⁵. Ce règlement prévoit néanmoins le loisir de saisir le juge étatique après la constitution du tribunal arbitral si les circonstances s'y prêtent. Il relève du tribunal étatique d'interpréter cette condition selon son droit local et de rejeter la demande si la condition n'est pas rencontrée. Usuellement, le juge accepte l'octroi d'une mesure provisoire en cas d'urgence ou d'impossibilité pour les arbitres de conférer une telle mesure.

Dès lors, il y a lieu de constater un principe de subsidiarité non existant dans le règlement CEPANI. Le règlement du Singapore International Arbitration Centre (SIAC) conditionne ce recours à des circonstances exceptionnelles. D'autres règlements tels que le Dubaï International Center ou le Hong Kong International Arbitration Centre n'exigent aucune condition.

3. Les sources nationales

Le système belge diverge du droit anglais. Effectivement, en vertu de la section 44 alinéa 5 de l'Arbitration Act, l'arbitre, dans l'impossibilité de prononcer ou rendre certaines mesures dans un délai permettant une efficacité optimale, le recours au juge s'effectue de manière subsidiaire⁵⁶.

⁵⁰ A/CN.9/263/Add. 2 - Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales concernant le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général, commission des Nations Unies pour le droit commercial international, dix-huitième session Vienne, 3-21 juin 1985.

⁵¹ E. SCHWARTZ et Y. DERAIS, *A guide to the ICC rules of Arbitration*, The Hague, Kluwer law international, p. 300.

⁵² Art. 27 CEPANI.

⁵³ Art. 21 l'American Arbitration Association.

⁵⁴ Art. 26 al 3 CNUDCI.

⁵⁵ JOLIVET E., « l'expérience de la Chambre de commerce internationale dans le cadre du règlement d'arbitrage », in *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : évolutions et innovations* (sous la dir. J-M JACQUET et E. JOLIVET), acte du colloque organisé par le jour du droit international en partenariat avec la Chambre de commerce international, Paris, p.39.

⁵⁶ A. REINER, o.c, p. 150.

En droit français, une fois le tribunal arbitral établi, des auteurs allèguent la subsidiarité en cas d'urgence, péril ou risque de déni de justice⁵⁷. *Prima facie*, le principe de subsidiarité est inexistant dans notre droit national.

Selon l'article 1683 du Code judiciaire, « une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatible avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci »⁵⁸. Cette disposition semble mettre en exergue la partie octroyée au juge étatique sollicité alternativement à l'arbitre pour saisir des mesures provisoires, et ce, non pas de manière subsidiaire comme l'instaure explicitement le droit anglais.

La recevabilité de la demande de saisine du juge des référés est conditionnée à l'hypothèse « d'extrême urgence et d'impossibilité de réunir les arbitres en temps utile »⁵⁹.

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

En ce sens, il est possible de discerner un principe de subsidiarité. La célérité et l'impossibilité de réunir les arbitres à temps et efficacement sont des conditions dont le non-respect engendre le refus du juge des référés de prendre des mesures provisoires et dès lors le transfert des parties devant le tribunal arbitral. Il ne s'agit donc pas d'une condition absolue établissant la compétence du juge des référés, car l'appréciation du juge diverge en fonction du cas d'espèce.

Le fait qu'une sentence arbitrale avant dire droit doive faire l'objet d'exequatur dans un certain délai, hormis le cas où la partie adverse s'exécute immédiatement, l'incompétence de l'arbitre à prendre certaines mesures requérant un certain *imperium* ou encore l'impossibilité des arbitres à se réunir dans la période brève qu'exige la situation d'urgence sont des circonstances prises en considération⁶⁰. Sous cet aspect, il paraît difficile de contester l'idée qu'une subsidiarité entre l'arbitre et le juge des référés existe *de facto*.

Rallions-nous à la conception de Monsieur REINER, également soutenue par Monsieur VAN DROOGHENBROECK, selon laquelle il n'y pas de subsidiarité légalement instituée au sein de notre droit en ce sens que les parties sont tenues de s'adresser initialement au tribunal arbitral saisi du litige et en l'absence de succès, de se tourner *a posteriori* au président du tribunal de première instance⁶¹.

⁵⁷ G. PLUYETTE, « Une vue française », in Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international, Chambre de Commerce internationale, Paris, 1993, p.91.

⁵⁸ Art. 1683 C.J; E. JOLIVET, o.c, p.39.

⁵⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Procédure arbitrale », in droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire, Bruxelles, Larcier, 2010, p.32.

⁶⁰ Interview, Marc Dal, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du Cepani, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

⁶¹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Procédure arbitrale », in droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 32.

Si des auteurs soutiennent que l'arbitre et le juge étatique sont indifféremment saisis selon le choix procédural des parties⁶², il faut comprendre que cette assertion semble se substituer à la thèse de subsidiarité *de facto*, soutenue en jurisprudence⁶³.

La possibilité des parties à s'adresser au juge se justifie par le fait que les prérogatives du tribunal arbitral ne sont pas analogues à celles du juge et ne peuvent dès lors être aussi efficaces⁶⁴. À titre d'exemple et comme préalablement évoqué, l'arbitre ne peut prendre des mesures contraignantes concernant des tiers ou ordonner une saisie conservatoire⁶⁵.

L'absence d'*imperium* dans le chef de l'arbitre⁶⁶ et le fait qu'une demande de saisie conservatoire se réalise uniquement par requête unilatérale devant le juge alors que l'arbitre doit respecter le principe du contradictoire justifient cette incompétence⁶⁷.

La nécessité de « mettre devant le fait accompli » contraint la partie à émettre une requête unilatérale au juge des référés pour l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires⁶⁸. Le droit belge de l'arbitrage n'admet pas une procédure unilatérale devant l'arbitre. Tel n'est en revanche pas la situation prévue conformément à la loi type CNUDCI qui légitimise une requête unilatérale *ex parte* devant l'arbitre suivant l'article 17 B.

Différentes raisons justifient l'intervention du juge. Le lecteur peut se questionner sur la manière d'obtenir la certitude que le juge n'oppose pas une fin de non-recevoir à la demande d'une mesure provisoire, qui selon lui, pourrait être ordonnée par un arbitre, et que dès lors la partie demanderesse ne satisferait pas aux conditions pour solliciter l'aide du juge ? Il va sans dire qu'une intervention législative à ce propos constituerait un palliatif judicieux permettant d'obtenir plus de sécurité juridique et d'efficacité de l'arbitrage. La position de Monsieur VAN DROOGHENBROECK semble très intéressante et novatrice. Elle consiste à consacrer la possibilité pour les parties de questionner les arbitres sur leur aptitude à rendre une mesure provisoire dans le délai imparti ou à défaut de leur donner une attestation démontrant, devant le juge des référés l'incapacité des arbitres à respecter cette mission d'urgence dans les temps impartis dans la convention d'arbitrage ou les règlements d'arbitrage.

⁶² H. VAN HOUTTE, " Voorlopige maatregelen bij arbitrage, R.W, 1989, p.534.

⁶³ Bruxelles, 6 octobre 1983, R.D.C, 1984, p.365 ; Civ Malines (réf), 16 avril 1985, Pas, 1985, III, p.50 ; Civ. Bruxelles (réf), 18 décembre 2009, J.L.M.B, 2010, p. 17 ; Comm Hasselt, 16 février 2004, R.D.C, 2005, p. 86 ; Comm Gent, 16 juin 1993, T.G.R, 1994, p. 10.

⁶⁴ J. VAN COMPERNOLLE, J-F VAN DROOGHENBROECK, A. SALETTI, « Avant-propos », in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, p. 12.

⁶⁵ H. BOULARBAH « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 756.

⁶⁶ L. DEMEYRE, « De wet van 19 mai 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage, R.W, 1999, p. 867.

⁶⁷ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in L'arbitre et le juge étatique, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.167.

⁶⁸ VAN DROOGHENBROECK J-F « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p 205.

Il se peut que l'arbitre, sur requête d'une partie, prononce des mesures provisoires et conservatoires. Ces mesures sont prises tant par le juge du fond en vertu de l'article 19 alinéa 2 du Code judiciaire que le juge des référés en vertu de l'article 584 du Code judiciaire⁶⁹.

Partant, apercevons la complémentarité/subsidiarité existante entre la possibilité de recourir au tribunal arbitral ou à la juridiction étatique. L'excellente connaissance du dossier des arbitres leur confère une meilleure position pour prendre des mesures provisoires et conservatoires⁷⁰.

Section 2 Compétence au provisoire du juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral⁷¹

Le juge ordonne des mesures provisoires si la partie demanderesse démontre l'urgence, l'incapacité d'attendre une décision finale de l'arbitre sur le fond et l'urgence insurmontable. La procédure ordinaire, à savoir l'instance arbitrale et plus particulièrement le référé arbitral, étant impuissante à résoudre le différend dans les temps.

Avant la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre, n'opérant pas encore, est matériellement incapable de saisir des mesures provisoires. Il est par suite légitime de considérer qu'il s'agit d'une urgence insurmontable. Cependant, comme l'allègue O. CAPRASSE, l'urgence insurmontable s'apprécie selon les circonstances de l'espèce. En d'autres termes, il convient de « voir si, dans les faits, il n'est pas possible de réunir le tribunal arbitral pour qu'il statue efficacement dans les temps voulus »⁷².

J.-F. VAN DROOGHENBROECK juge qu'il est impossible de contrôler cette exigence, car nul ne peut prévoir avec certitude le moment de l'établissement du tribunal arbitral⁷³. Il suggère par conséquent de qualifier l'urgence invoquée avant la constitution du tribunal arbitral d'une urgence insurmontable irréfragable.

Déduisons de la thèse d'O. CAPRASSE que si en pratique, la réunion du tribunal arbitral pour qu'il statue efficacement dans les temps est possible, il relève de la compétence de l'arbitre de dicter les mesures provisoires. Par contre, il résulte de la thèse de J.-F. VAN DROOGHENBROECK que l'urgence invoquée est irréfragablement insurmontable. Le juge étatique est dès lors compétent pour l'injonction des mesures provisoires avant la constitution du tribunal arbitral⁷⁴.

⁶⁹ Ibidem, p. 219.

⁷⁰ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », J.T, 2013, p.790.

⁷¹ O. CAPRASSE, Les sociétés et l'arbitrage, o. c. p. 490, n° 532.

⁷² O. CAPRASSE, « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », b-Arbitra, 2013, p. 145, n° 42.

⁷³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi », o. c, p. 220.

⁷⁴ Dans l'hypothèse où les conditions d'octroi d'une mesure provisoire dictée par l'arbitre soient respectées.

Section 3 Compétence au provisoire du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral ⁷⁵

Postérieurement à la constitution du tribunal arbitral, la compétence au provisoire est partagée entre l'arbitre et le juge étatique. La doctrine est désunie sur la modalité dont la compétence au provisoire partagée s'articule entre l'arbitre et le juge étatique. Unaniment, la doctrine estime que le juge étatique est à même d'ordonner des mesures provisoires pourvu que la partie demanderesse démontre l'urgence.

Cette exigence est rencontrée dans l'hypothèse où l'attente d'une décision finale sur le fond de l'arbitre est impossible et l'urgence alléguée est insurmontable en ce que l'instance arbitrale et spécifiquement le référé arbitral est inapte à délibérer sur le différend en temps voulu. Il est concevable que, ultérieurement à la constitution du tribunal arbitral, si un manquement du référé arbitral existe, l'urgence invoquée est insurmontable.

Néanmoins, J.-F. VAN DROOGHENBROECK⁷⁶ soutient que l'urgence insurmontable s'apprécie concrètement. Sont notamment prises en considération la nature de la mesure provisoire sollicitée, le délai nécessaire pour l'obtention de l'exequatur si la mesure provisoire est ordonnée par l'arbitre, la disponibilité de l'arbitre, l'éloignement du siège arbitral ou la complexité de la situation faisant grief⁷⁷.

L'urgence invoquée étant insurmontable, le juge est apte à prendre l'ordonnance des mesures provisoires⁷⁸. Lorsque l'urgence est surmontable, l'arbitre peut dicter les mesures provisoires. Aussi, la doctrine unanime considère, si l'urgence est insurmontable, que la partie demanderesse peut, sans entremise, s'adresser au juge étatique sans préalablement recourir à l'arbitre pour la constatation de l'urgence insurmontable et qu'il lui est par conséquent impossible d'y répondre⁷⁹.

À juste titre, J.-F. VAN DROOGHENBROECK relève qu'une partie s'adressant directement au juge étatique pour l'obtention d'une mesure provisoire risque de se voir débouter en l'absence d'urgence insurmontable⁸⁰. C'est la raison pour laquelle il lutte pour que l'arbitre « indique séance tenante aux parties, en une manière de mesure d'ordre, s'il se trouve *hic et nunc* en mesure de statuer au provisoire dans le délai évoqué par le demandeur »⁸¹. La partie demanderesse s'introduit dès lors paisiblement sur la voie du référé arbitral ou judiciaire.

⁷⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi », o.c., p. 217 et réf. citées ndbp n° 58.

⁷⁶ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi », o.c., p. 217 et réf. citées ndbp n° 58.

⁷⁷ Ibid., p. 218.

⁷⁸ Dans l'hypothèse où les conditions d'octroi d'une mesure provisoire dictée par l'arbitre sont respectées.

⁷⁹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi », o.c., pp. 214-218. Confirmation par la jurisprudence, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2009, J.L.M.B, 2010, p. 17, Comm. Hasselt, 16 février 2004, R.D.C., 2005, p. 86, Comm. Gent, 16 juin 1993, T.G.R., 1994, p. 10, Bruxelles, 6 octobre 1983, R.D.C., 1984, p. 365, Liège, 12 juin 1985, R.G. n° 4220/84, inédit et Civ. Malines (réf.), 16 avril 1985, Pas., 1985, III, p. 50.

⁸⁰ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé: nécessité fait loi », o.c., pp. 219.

⁸¹ Ibid.

En revanche, contrairement à la majorité de la doctrine soutenant le monopole de compétence de l'arbitre pour ordonner une mesure provisoire lorsque l'urgence n'est pas insurmontable, D. DE MEULEMEESTER estime que si l'urgence n'est pas insurmontable, la partie revendiquant la mesure provisoire a l'opportunité de s'adresser tant à l'arbitre qu'au juge étatique⁸².

Section 4 Responsabilité de la partie poursuivant l'exécution d'une mesure provisoire⁸³

L'article 1695 du Code judiciaire débute par « la partie qui poursuit l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une autre partie, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure... n'aurait pas dû être prononcée »⁸⁴.

À l'unanimité, la jurisprudence⁸⁵ en déduit que la partie poursuivant fautivement l'exécution d'une mesure provisoire dictée par l'arbitre⁸⁶ ou le juge étatique est responsable de l'intégralité des frais et dommages occasionnés par la mesure à une autre partie, dans l'hypothèse où l'arbitre considère ultérieurement⁸⁷ que la prononciation de la mesure provisoire n'est pas nécessaire⁸⁸.

La jurisprudence⁸⁹ considère que la responsabilité prévue à l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire consiste en une responsabilité fautive au sens de l'article 1382 du Code civil⁹⁰. L'unique exécution fautive de la mesure provisoire en lien causal avec le dommage subi par une autre partie engendre l'indemnisation. La seule contradiction entre la mesure provisoire dictée par l'arbitre ou le juge étatique et l'arbitre au fond ne permet pas l'établissement de la faute⁹¹.

Outre cela, la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution de la mesure ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique ne trouve son fondement dans l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire que lorsque l'arbitre contrarie la mesure rendue au fond.

⁸² DE MEULEMEESTER D., « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », in De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking, Anvers, Intersentia, 2014, pp.71.

⁸³ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., pp. 115-117.

⁸⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, L'arbitrage en droit international, T. I - Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 428-429.

⁸⁵ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., p. 115.

⁸⁶ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., pp. 105-106.

⁸⁷ Ibid., p. 115.

⁸⁸ Ibid., p. 112.

⁸⁹ Suivant DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », o. c., p. 79, l'unique mesure provisoire dictée par l'arbitre ou le juge étatique ultérieurement démentie par l'arbitre au fond au motif qu'elle n'est justifiée peut rendre responsable la partie qui en poursuivi l'exécution sur fondement de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire. Donc, la mesure provisoire ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique ensuite contestée par l'arbitre au fond pour d'autres raisons n'est apte à engager la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution sur le fondement de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire.

⁹⁰ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., p. 89. Ibid., p. 115.

⁹¹ Ibid. p. 115.

En conséquence, la modification, la suspension ou la rétractation par l'arbitre de la mesure provisoire commandée par l'arbitre ou le juge étatique, suite à des circonstances nouvelles, ne peuvent en vertu de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire engager la responsabilité de la partie poursuivant fautivement l'exécution.

Autre est la problématique de l'exécution d'une mesure provisoire dictée par le juge étatique et réformée ultérieurement en appel, sur tierce opposition ou opposition par le juge étatique lui-même.

Unanime, la jurisprudence⁹² soutient qu'il ne s'agit pas du contexte de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire, mais de celui de l'article 1398, alinéa 1er du Code judiciaire. Il résulte de cet article que l'exécution du jugement comprenant la mesure provisoire ordonnée par le juge étatique « n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit »⁹³.

Cela traduit le fait que lors de la réformation en appel sur tierce opposition ou opposition du jugement contenant la mesure provisoire dictée par le juge étatique, la partie l'exécutant est de plein droit responsable du dommage résultant de cette exécution, bien qu'elle n'ait pas commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil lors de la concrétisation de cette exécution⁹⁴. En l'espèce, il est question d'une responsabilité objective et non fautive contrairement à l'article 1695 du Code judiciaire.

Ce précepte est confirmé par la Cour de cassation affirmant que lorsqu'une mesure provisoire ordonnée par le juge étatique est réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition, la partie qui en a poursuivi l'exécution doit « indemniser le dommage né de la seule exécution, sans qu'il ne soit requis qu'il y ait eu... faute au sens de l'article 1382 du Code civil »⁹⁵.

En outre, la responsabilité objective ne s'applique que si l'exécution de la mesure provisoire ordonnée par le juge étatique est forcée. Cela suppose « au moins un commandement, ou une signification qui fasse courir une astreinte »⁹⁶.

La responsabilité objective ne s'applique donc pas si l'exécution de la mesure provisoire dictée par le juge étatique est volontairement mise en œuvre par la partie contre laquelle cette exécution est dirigée⁹⁷. La responsabilité objective ne s'applique, en outre, qu'en cas de réformation en appel, sur tierce opposition ou sur opposition du jugement contenant la mesure provisoire ordonnée par le juge étatique⁹⁸.

Désormais, la modification, la suspension ou la rétractation par le juge étatique en raison de circonstances nouvelles de la mesure provisoire ordonnée par ce même juge ne peuvent sur fondement de l'article 1398 alinéa 1^{er} du Code judiciaire, engager la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution⁹⁹.

⁹² Ibid.

⁹³ C. jud., art. 1398, al. 1er.

⁹⁴ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., p. 112.

⁹⁵ Cass., 24 octobre 2003, Pas., 2003, p. 1702.

⁹⁶ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., p. 101.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid., p. 100.

⁹⁹ Ibid., p. 101.

La responsabilité de la partie poursuivant l'exécution de la mesure provisoire étant engagée sur fondement de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire ou sur l'article 1398, alinéa 1er du Code judiciaire, Y. HERINCKX soutient que la seconde phrase de l'article 1695 du Code judiciaire s'applique¹⁰⁰. Cette circonlocution spécifie que : « le tribunal arbitral peut accorder réparation pour les frais et dommages à tout moment pendant la procédure »¹⁰¹.

La circonstance selon laquelle la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution de la mesure provisoire dictée par l'arbitre ou le juge étatique ultérieurement contredite par l'arbitre au fond est engagée en vertu de la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire.

Elle est estimée comme discriminatoire par J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL¹⁰² en ce que la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution d'une mesure provisoire, commandée par l'arbitre puis réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique ou dictée par le juge étatique puis réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même, est engagée en vertu de l'article 1398, alinéa 1^{er} du Code judiciaire qui est une responsabilité objective.

Effectivement, au mépris de la responsabilité objective provenant de l'exécution, non fautive, la responsabilité pour faute est plus astreignante en ce qu'elle exige la démonstration d'une exécution fautive. De ce fait, J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL¹⁰³, ralliés par Y. HERINCKX, plaident pour que la responsabilité prévue à la première phrase de l'article 1695 du Code judiciaire soit transformée en une responsabilité objective.

Partant, la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution d'une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique subséquentement contredite par l'arbitre au fond peut apparaître de la simple exécution de la mesure, fût-elle non fautive¹⁰⁴.

Il est légitime de considérer que dans les autres hypothèses où la responsabilité de la partie poursuivant l'exécution de la « mesure provisoire » ne peut être engagée en vertu de l'article 1695, première phrase, du Code judiciaire ou sur base de l'article 1398, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, la responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution d'une mesure provisoire est engagée devant les juridictions civiles sur base de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil¹⁰⁵. Par suite, l'unique exécution fautive de la mesure provisoire en lien causal avec le dommage enduré par une partie seconde est indemnisée.

¹⁰⁰ Ibid., p. 112.

¹⁰¹ C. jud., art. 1695, deuxième phrase.

¹⁰² VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou "qui perd gagne" », J.T., 2014, p. 537.

¹⁰³ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou "qui perd gagne" », o. c., p. 537.

¹⁰⁴ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., pp. 115-117.

¹⁰⁵ C. civ., art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Toutefois, la source de l'arbitrage étant conventionnelle, il est judicieux de s'interroger sur la responsabilité contractuelle de la partie qui poursuit l'exécution de la mesure provisoire.

Section 5 Le sort de l'astreinte éventuelle de la mesure provisoire¹⁰⁶

Lorsque la mesure provisoire ordonnée s'assortit d'une astreinte, le sort de celle-ci diffère selon divers scénarios à savoir selon que :

- la mesure provisoire est dictée par l'arbitre ou le juge étatique ultérieurement contredite par l'arbitre au fond ou ;
- que la mesure en cause est sommée par l'arbitre et, ensuite réformée en appel par l'arbitre d'appel, annulée par le juge étatique ou ;
- que la mesure provisoire est ordonnée par le juge étatique puis réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même.

Si la mesure provisoire dictée par l'arbitre ou le juge étatique est démentie par l'arbitre au fond, sont seulement impactés ses effets pour l'avenir et non ceux du passé qui restent maintenus. En conséquence, l'astreinte entérinant le non-respect de la mesure provisoire ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique, la mesure provisoire contredite par l'arbitre reste due¹⁰⁷. En revanche, si la mesure provisoire ordonnée par l'arbitre est réformée en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique ou lorsque la mesure provisoire ordonnée par le juge étatique est réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même, ses effets sont effacés rétroactivement. Partant, l'astreinte ayant sanctionné le non-respect de la mesure provisoire ordonnée par l'arbitre jusqu'à ce que la mesure provisoire soit réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même, les effets sont effacés et doivent être rétrocedés¹⁰⁸.

La circonstance que l'astreinte d'une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique et par la suite contredite par un autre arbitre ne fasse pas l'objet d'une suppression rétroactivement est estimée comme discriminatoire par J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL¹⁰⁹ en ce que l'astreinte d'une mesure provisoire lorsqu'elle est commandée par l'arbitre et réformée par la suite en appel par un autre arbitre ou annulée par le juge étatique ou lorsqu'elle est ordonnée par le juge étatique puis réformée en appel, sur tierce opposition ou sur opposition par le juge étatique lui-même sera supprimée rétroactivement.

De cette manière, J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, à nouveau ralliés par Y. HERINCKX se battent pour que l'astreinte d'une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond soit également effacée rétroactivement.

¹⁰⁶ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., p. 115.

¹⁰⁷ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge », o. c., p. 194.

¹⁰⁸ Y. HERINCKX, « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », o. c., p. 115.

¹⁰⁹ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou "qui perd gagne" », o. c., p. 537.

Assurément, ces auteurs considèrent que le fait que l'astreinte d'une mesure provisoire organisée par l'arbitre ou le juge étatique puis contredite par l'arbitre au fond ne soit pas effacée rétroactivement s'oppose au provisoire en ce que cette astreinte, dans ses effets, détient autorité de chose jugée au principal¹¹⁰.

Quand une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique est modifiée ou suspendue par un autre arbitre ou le juge étatique suite à des circonstances nouvelles, ses effets seuls pour l'avenir seront impactés, ses effets passés restant maintenus.

L'astreinte éventuelle n'est partant pas supprimée rétroactivement et une solution similaire à celle suggérée par J. VAN COMPERNOLLE, G. DE LEVAL et Y. HERINCKX devrait être envisagée pour la suppression rétroactive de cette astreinte et donc pour contourner le fait que cette astreinte, dans ses effets, ait autorité de chose jugée au principal. Au contraire, si une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre ou le juge étatique est désavouée par un autre arbitre ou le juge étatique en raison de circonstances nouvelles, ses effets sont anéantis rétroactivement. Par conséquent, l'éventuelle astreinte est abolie rétroactivement et doit être reversée.

¹¹⁰ Ibid., pp. 115-117.

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

Le caractère conventionnel de l'arbitrage permet de modéliser les règles de procédure de la procédure d'arbitrage et partant de rejeter ou de compléter des dispositions du Code judiciaire, dont les mesures provisoires. Il s'agit de l'illustration de la renonciation a priori des parties à revendiquer des mesures provisoires au tribunal arbitral¹¹¹. Effectivement, les parties conviennent d'exclure la faculté de solliciter l'arbitre pour saisir des mesures provisoires ou conservatoires et partant s'adressent essentiellement au juge des référés. Ce choix peut se justifier par l'exigence de rendre exécutoire la mesure provisoire saisie par le tribunal arbitral. Pour l'obtention de la force exécutoire, cette décision doit toujours acquérir l'exequatur du juge judiciaire. *Prima facie*, il y a atteinte à l'efficacité de la mesure provisoire arbitrale¹¹². Le juge des référés prend les mesures provisoires ou conservatoires en prenant en considération le particularisme propre à l'arbitrage¹¹³.

En outre, il relève de la pratique qu'à défaut de modélisation formelle de la procédure d'arbitrage par les parties, il revient à l'arbitre d'en constituer le déroulement, et ce, dans le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire¹¹⁴.

En tout état de cause, la pratique atteste que de telles clauses empêchant le tribunal arbitral de la capacité d'ordonner des mesures provisoires sont rarissimes et n'existent d'ailleurs pas dans les règlements d'arbitrage¹¹⁵.

Si une certaine doctrine estime que dans cette circonstance l'arbitre peut saisir le juge des référés pour la prise de telles mesures¹¹⁶, d'autres considèrent que cela enfreint le principe dispositif, et que l'exemple de ce que nous révélions préalablement, concernant la production de document, l'arbitre peut, au plus, convier les parties à saisir le juge étatique¹¹⁷. Il semble que le législateur souhaite, et plus encore avec la loi du 24 juin 2013, établir une collaboration entre le juge d'appui et l'arbitre. De ce fait, on peut concevoir qu'un arbitre qui connaît les tenants et aboutissants du différend peut saisir le juge dans un tel cas et donc probablement éviter une argumentation plus subjective lors de requête par une partie.

Il est judicieux d'inclure une clause alléguant que l'arbitre peut, en cas de nécessité, saisir le juge pour ordonner des mesures provisoires, car la clause de renonciation concernera la renonciation à la compétence de l'arbitre d'ordonner de telles mesures et non à celle de la faculté de l'arbitre de demander lui-même lesdites mesures auprès du juge¹¹⁸.

¹¹¹ G.KEUTGEN et A. GOESSENS, o.c, p.828.

¹¹² M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », J.T, 2013, p.789.

¹¹³ Art. 1698 C.J.

¹¹⁴ O. MIGNOLET, o.c., p.163.

¹¹⁵ J-F VAN DROOGHENBROECK, o. c , p.226.

¹¹⁶ KEUTGEN et G-A DAL, o. c, p.344.

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

¹¹⁸ J-F VAN DROOGHENBROECK, o.c, p. 227 qui reconnaît un tel atout au principe.

Il est intéressant de se poser la question de savoir pourquoi ne pas établir une clause tolérante dans toutes hypothèses que l'arbitre, dès qu'il l'estime nécessaire, puisse requérir lui-même directement le juge d'appui.

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

De manière identique, les parties peuvent s'accorder pour exclure le recours au président du tribunal de première instance pour l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires.

Implicitement, les parties se soustraient à toute intervention du juge d'appui si elles se réfèrent à un règlement d'arbitrage pour trancher leur litige, le règlement écartant la compétence du juge étatique après la constitution du tribunal arbitral¹¹⁹. Ce choix est compréhensif au motif que les arbitres ont une connaissance préférable du litige et cela permet à l'arbitre de saisir la mesure la plus adaptée selon la circonstance¹²⁰.

Selon la jurisprudence néerlandophone, les parties peuvent exclure la possibilité de s'adresser au juge des référés si le tribunal arbitral est établi¹²¹. L'exclusion est néanmoins contestable si le tribunal arbitral n'était pas encore constitué.

Le principe de bonne administration de la justice étant primordial et cette exclusion prive une partie de la faculté de requérir une mesure auprès du juge des référés concernant, à titre d'exemple, la conservation d'une preuve¹²². En cas d'urgence, pour préserver une partie du préjudice, le juge des référés doit toujours intervenir¹²³.

A maintes reprises, la jurisprudence belge se prononce sur des affaires au profit d'un tel raisonnement notamment parce que le juge des référés est bien placé pour intervenir en cas d'urgence¹²⁴. Gardons en mémoire l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrant le droit à l'accès à la justice.

¹¹⁹ D. MATRAY et F. VIDTS, o.c p. 31.

¹²⁰ G. CLOSSET - MARCHAL, « Procédure arbitrale », in droit judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 32.

¹²¹ Prés., réf., Comm Hasselt, 16 février 2004, R.D.C/T.B.H, 2005, p.86, note J. DECOKER, « Kort geding en arbitrage in drie stappen ».

¹²² KEUTGEN G. et DAL G.-A., L'arbitrage en droit international, T. I - Le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 828.

¹²³ M. STORME, « Grongbeginselen bij de toetsandkoming van de overeenkomst tot arbitrage », actes du colloque du Cepani du 7 mars 1973, n° 4 ; H. BOULARBAH, « juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », in hommage à Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 763 ; H. BOULARBAH, « Le juge étatique, bon samaritain de l'arbitrage, brèves variations autour des pouvoirs d'assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l'efficacité et la qualité de la procédure arbitrale », in X., Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.763.

¹²⁴ Comm. Liège (réf.), 10 mai 1994, J.T, 1994, p.638 ; Civ. Namur (réf.), 16 juillet 2007, J.L.M.B, 2007, p. 1515 ; Bruxelles, 23 juin 1987, Ann.dr. Liège, 1990, p. 242.

Il s'agit d'une illustration attestant le fait qu'une clause de renonciation est illicite si elle prive une partie de s'adresser à la justice quand l'arbitre est incapable de prendre les mesures nécessaires exigées par la situation d'urgence¹²⁵. La doctrine française accentue ce refus de justice¹²⁶.

Un article semble mettre en cause la licéité de la clause. L'article 1676 par.8 du Code judiciaire stipule que « par dérogation au par. 7, les dispositions des articles 1682, 1683, 1696 à 1698, 1708 et 1719 à 1722 s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire ». Toutefois, l'article 1683 formule le principe de compatibilité entre la saisine d'un juge et la convention d'arbitrage.

Comme l'allègue Monsieur VAN DROOGHENBROECK¹²⁷, lorsqu'aucune convention opposée n'est autorisée, il semble complexe d'admettre la licéité d'une telle clause. Escomptons un éclaircissement législatif formulé sur cette problématique permettant dénouement de toute controverse sur le sujet.

¹²⁵ G. DE LEVAL, éléments de procédure civile, Bruxelles, Larcier, 2005, p.16.

¹²⁶ SERAGLINI C. et ORTSCHIEDT J., Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, Montchrestien, 2013, p. 200.

¹²⁷ J-F VAN DROOGHENBROECK, o.c, p .235.

TITRE 6 LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

Il est question d'un rôle perceptible du juge d'appui visant à revêtir une décision arbitrale de la force exécutoire permettant ainsi, de contraindre le destinataire de la mesure à obtempérer.

Conformément au droit national en question, deux modalités concernant l'exécution forcée des mesures provisoires et conservatoires existent. Ces mesures peuvent effectivement être nommées sentence et être comprises dans le régime général de l'exécution des sentences arbitrales selon le droit national. Il existe aussi une seconde modalité selon laquelle les mesures provisoires ou conservatoires lors d'une procédure arbitrale font l'objet d'un régime particulier d'exécution¹²⁸.

Cette seconde piste est adoptée par le législateur belge via l'article 1696 du Code judiciaire. L'exposé des motifs des travaux parlementaires autorise « *la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales sur les mesures provisoires ou conservatoires sans distinguer selon que cette décision a été adoptée sous la forme d'une sentence arbitrale ou sous une autre forme* »¹²⁹.

Une doctrine¹³⁰ considère qu'une ordonnance de procédure, dénuée de formalisation, ne peut être revêtue de la formule exécutoire, l'arbitre basant l'espérance de l'exécution de sa mesure sur une puissance morale qu'il détient et sur la conscience des parties qu'un refus de s'exécuter porte postérieurement atteinte lors de la sentence finale¹³¹. En revanche, une sentence délivrée par le tribunal arbitral a force obligatoire, mais n'obtient force exécutoire que suite à l'interposition du tribunal de première instance¹³² qui est apte à exiger une garantie dans le chef du demandeur, mais exclusivement si l'arbitre ne l'a pas déjà sollicitée en vertu de l'article 1696 par.3 du Code judiciaire.

Donc, il est pertinent que la forme de la décision arbitrale consiste en une sentence avant dire droit évitant tout débat sur l'*exequatur*¹³³. Par ailleurs, en vertu de l'article 1697 par.2 du Code judiciaire, le juge étatique ne se prononcera pas sur la justesse de la mesure provisoire ou conservatoire lors de son examen de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire de ladite mesure.

¹²⁸ A. REINER, o.c , p. 136.

¹²⁹ Doc. Parl., Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n° 53-2743/001, p.26.

¹³⁰ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge » in l'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia (sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.193.

¹³¹ J.F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.75.

¹³² Art 1696 C.J.

¹³³ Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015.

Remarquons que la pratique allemande est similaire au droit belge à propos de l'absence de vérification du bien-fondé de la décision¹³⁴.

La problématique de l'exécution des mesures provisoires est aussi discutée en droit français. La réforme via le décret de 2011 apportant certaines modifications sur l'arbitrage, le droit français de l'arbitrage est muet sur la nature de la décision arbitrale ce qui est une source d'incertitudes. Pour le moins, il résulte que l'arbitre nomme sa mesure provisoire d'ordonnance de procédure qui ne fait pas l'objet d'exequatur ou de sentence pouvant faire l'objet d'exequatur. Le législateur français semble souhaiter soustraire de nouvelles procédures à la justice déjà chargée¹³⁵. La différence consiste donc en l'exequatur de la mesure provisoire.

Dans notre droit, le qualificatif d'ordonnance et sentence n'implique pas de conséquences diverses. D'après les travaux parlementaires, dans les deux hypothèses, la mesure provisoire fait l'objet d'exequatur devant le juge étatique¹³⁶. À l'encontre, conformément à une certaine doctrine mentionnée au préalable¹³⁷, la distinction persiste à exister afin que la différence entre le droit belge et français soit minime.

TITRE 7 LES RAISONS DU REFUS DU JUGE DE LA RECONNAISSANCE OU DE L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

Le législateur dénombre diverses hypothèses selon lesquelles l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire peut faire l'objet de refus¹³⁸. Tel est notamment le cas si l'établissement de la garantie sollicitée par le tribunal arbitral n'est pas honoré ou si la mesure provisoire ou conservatoire est désavouée ou suspendue par le tribunal arbitral. Le tribunal de première instance est apte à opérer un refus similaire si la proclamation exécutoire d'une telle mesure s'oppose à l'ordre public ou elle ne relève en pratique pas d'un litige arbitrable¹³⁹.

Ces mesures semblant contraignantes confèrent le privilège de procurer de la sécurité juridique et par conséquent de rendre efficaces les décisions rendues par le tribunal arbitral. Le juge étatique a pareillement un rôle de barrière en regard de la justice privée¹⁴⁰.

¹³⁴ Décision 565 : LTA 17, Allemagne Oberlandesgericht Frankfurt, 24 Sch 1/01, 5 avril 2001, publiée en allemand : [2001] Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport 1078.

¹³⁵ CHAINAIS C., « Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage », in *L'arbitre et le juge étatique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp.310-314.

¹³⁶ O. MIGNOLET, *o.c.*, p 183.

¹³⁷ J. VAN COMPERNOLLE, « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge » in *L'arbitre et le juge étatique, études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. De A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J-F VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2014, p.193.

¹³⁸ Art 1721 C.J.

¹³⁹ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p.790.

¹⁴⁰ A. REINER, *o.c.*, p.137.

TITRE 8 COMPARAISONS ENTRE LE SYSTÈME ADOPTÉ PAR LA LOI TYPE C.N.U.D.C.I ET LE DROIT BELGE

Comme préalablement évoqué, la loi du 24 juin 2013 portant réforme de notre sixième partie du Code judiciaire se réfère particulièrement la loi type CNUDCI¹⁴¹. Le dessein de la loi type est l'uniformisation de la pratique internationale¹⁴². Il est donc judicieux d'analyser les ressemblances entre ces deux institutions ainsi que certaines nuances susceptibles d'avoir une incidence au niveau de l'assistance du juge d'appui. Insistons sur le fait que contrairement à la loi type CNUDCI qui prend place dans l'environnement de l'arbitrage commercial international, les dispositions de droit belge s'appliquent à tous genres d'arbitrages¹⁴³.

1. La définition d'une mesure provisoire

Il y a absence de définition précise de la notion de mesure provisoire ou conservatoire dans la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage¹⁴⁴. Au plus, le législateur spécifie le pouvoir du juge d'appui à ce sujet de façon comparable à ce qu'institue l'article 17 J de la loi type CNUDCI. Le droit belge établit que « le juge des référés dispose, pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non lieu sur le territoire belge, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités de l'arbitrage »¹⁴⁵.

Constatons également que la loi type de 1985 ne comporte pas de définition du concept. Les travaux préparatoires mettent toutefois en évidence la large nature de ce type de mesure et procurent des exemples tels que la mesure visant à garantir le secret d'affaires¹⁴⁶. Par la suite de la version de 2006, la loi type embrasse en son article 17, une définition limpide.

Le législateur belge ne se conforme pas à cet avancement, ce qui semble inconcevable compte tenu de son désir d'imiter largement la loi type CNUDCI et du fait que la justesse des notions juridiques est source de sécurité juridique. Les travaux parlementaires motivent cette sélection par le désir de conserver une souplesse dans le chef de l'arbitre¹⁴⁷.

¹⁴¹ M. PIERS, " De nieuw arbitragewet 2013: essentiële bepalingen en hun praktische werking", Intersentia, Antwerpen, 2013, ten geleide, p.V.

¹⁴² M. DAL, "L'arbitrage en pratique : questions choisies", r.p.d.i, 2014, p. 55.

¹⁴³ M. DAL, "La nouvelle loi sur l'arbitrage", J.T, 2013, p.786.

¹⁴⁴ D. MATRAY et F. VIDTS, o.c, p.19 ; Interview, Marc Dal, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du Cepani, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

¹⁴⁵ Art. 1698 C.J.

¹⁴⁶ Official records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17), Annex I, para. 96.

¹⁴⁷ Doc. Parl., Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n° 53-2743/001, p.24.

Une interrogation vient à l'esprit : la justesse du concept et par conséquent de la sécurité juridique procurée, sont-elles inévitablement contradictoires avec la souplesse espérée par le législateur ? L'arbitre ayant une connaissance aigüe des mesures qu'il prend ne favorise-t-il pas l'efficacité et la célérité ?

Bien évidemment l'argument inverse peut être allégué, mais la question est digne d'être posée. M. DAL exprime l'argument inverse. Selon lui, il est impératif de garder en mémoire que derrière ces définitions et dispositions juridiques, il existe toujours une réalité. L'arbitre détermine concrètement l'étendue des mesures provisoires et apprécie la mesure propice dans chacune des situations¹⁴⁸. Donc, une portée plus souple ou plus large des mesures provisoires dictées par l'arbitre permet une diminution de la nécessité de recourir au juge d'appui.

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

À la requête des parties, l'article 17 CNUDCI ne confère la compétence à l'arbitre de commander des mesures provisoires « que en ce qui concerne l'objet du différend ». Cet article se comprend de façon restrictive comme ne conférant pas de pouvoir indicatif à l'arbitre sur l'attribution de mesures provisoires¹⁴⁹.

La loi type CNUDCI telle qu'amendée en 2006 élimine cette précision décernant un pouvoir large à l'arbitre¹⁵⁰. Il s'agit aussi du choix adopté par le législateur belge prévu à l'article 1691 du Code judiciaire. On remarque que plus la compétence de l'arbitre est large, moins le besoin de recourir au juge d'appui existe.

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

L'article 9 de la loi type CNUDCI institue la faculté de saisir le juge pour solliciter une mesure provisoire en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage. Dès 2006, l'interprétation de cette disposition ne cesse d'évoluer.

Avant l'adoption des divers amendements à la loi type, il est établi que la disposition ne concède pas au juge la compétence d'ordonner des mesures provisoires. La disposition constituant le pouvoir du juge de commander des mesures provisoires est dans les droits nationaux¹⁵¹. Les travaux préparatoires portant sur l'article 9 de la loi type CNUDCI de 1985 l'accentuent¹⁵².

¹⁴⁸ Interview, Marc Dal, avocat chez Dal & Valdekens, administrateur du Cepani, arbitre régulièrement désigné par la Cour d'arbitrage de la C.C.I à Paris et par le CEPANI, le centre belge d'arbitrage et de médiation, avril 2015.

¹⁴⁹ Case No. 565 Oberlandesgericht Frankfurt a. M., Germany, 24 Sch 01/01, 5 April 2001.

¹⁵⁰ UNCITRAL, o. c., p.86.

¹⁵¹ Ibidem, p. 52.

¹⁵² Official records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17), Annex I, para. 96.

La Cour d'appel de Singapour le souligne également lors d'une question posée sur la compétence de la Cour d'ordonner une mesure ne permettant pas au défendeur d'organiser ses actifs lorsqu'une clause d'arbitrage existe. La Cour rappelle que l'article 9 de la loi type est strictement interprété, établissant la concordance entre la saisine d'un juge pour l'obtention d'une mesure provisoire et l'existence d'une convention d'arbitrage¹⁵³.

Cet article n'est d'ailleurs pas rectifié lors des amendements de la loi type en 2006. Pourtant, si l'article 9 n'est pas modifié, à la suite des amendements de 2006, l'article 17J de la loi type CNUDCI a une incidence sur l'interprétation de l'article 9¹⁵⁴.

L'article 17J soutient qu'« un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international¹⁵⁵ ». Dès lors, une source de droit confère au juge la compétence d'adopter des mesures provisoires. Cette attestation fait cependant l'objet de nuances soutenues à l'article 17J précisant que « du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire et il exercera ce pouvoir conformément à ses propres procédures ». Le droit national maintient donc sa primauté selon une jurisprudence régissant le recours au juge visé l'article 17 J de la loi type¹⁵⁶. Le tribunal de première instance à Hong Kong saisit l'occasion d'affirmer que ce recours se réalise minutieusement et exclusivement en cas de nécessité¹⁵⁷. Une Cour indienne épouse une interprétation restrictive similaire¹⁵⁸ en ce sens qu'une partie requérant une mesure provisoire auprès de l'arbitre n'est pas contrainte parallèlement d'accomplir une requête de nature semblable devant le juge étatique afin de se soustraire à une multiplication de procédures qui entravent la procédure arbitrale. Aussi, une juridiction de la Nouvelle-Zélande¹⁵⁹ spécifie le caractère complémentaire et d'appui du juge et que la finalité n'est, par conséquent, pas de procéder à la substitution du juge à l'arbitre. Faisons un lien avec l'article 28 du règlement CCI explicitant que le recours au juge pour la sollicitation des mesures provisoires, après la constitution du tribunal arbitral a lieu si « les circonstances s'y prêtent ». Notons en outre que cette concordance est maintenue dans un lieu d'arbitrage situé dans une juridiction étrangère¹⁶⁰.

¹⁵³ CLOUT case No. 741, *Swift-Fortune Ltd. v. Magnifica Marine SA*, Court of Appeal, Singapore, 1 December 2006.

¹⁵⁴ Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 4 décembre 2006, sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/61/453), soixante et unième session, A/RES/61/33.

¹⁵⁵ Art. 17 J loi type CNUDCI.

¹⁵⁶ UNCITRAL, o.c., p. 53.

¹⁵⁷ *Leviathan Shipping Co. v. Sky Sailing Overseas Co.*, Court of First Instance, Hong Kong, 18 August 1998, [1998] 4 HKC 347, disponible sur internet à: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1998/549.html>.

¹⁵⁸ *Sri Kirshan v. Anad*, Delhi High Court, India, 18 August 2009, OMP No. 597/2008.

¹⁵⁹ *Sensation Yachts Ltd. v. Darby Maritime Ltd.*, Auckland High Court, New Zealand, 16 May 2005.

¹⁶⁰ CLOUT case No. 393 [*Frontier International Shipping Corp. v. Tavros (The)*], Federal Court — Trial Division, Canada, 23 December 1999, [2000] 2 FC 445; UNCITRAL, o.c., p.53.

Concernant le rapprochement avec le droit belge, l'article 1683 du Code judiciaire établit une compatibilité similaire : « Une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci ».

4. Les conditions d'octroi

Il résulte des travaux parlementaires¹⁶¹ que le législateur belge ne souhaite pas admettre dans la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage les conditions d'octroi des mesures provisoires ou conservatoires comprises dans la loi type CNUDCI¹⁶². Cette option se justifie par l'ambition du législateur de maintenir la rapidité et l'efficacité de l'arbitrage. Dès lors, ce dernier désire ne pas contraindre l'arbitre à respecter une liste de conditions d'octroi de telles mesures et préfère accorder un pouvoir d'appréciation à l'arbitre sur l'opportunité de mesures provisoires¹⁶³. Il est cependant réel que la loi type permet une large flexibilité concernant les mesures pour la préservation de certaines preuves primordiales à la résolution du différend, car elles ne doivent pas rencontrer les conditions cumulatives fixées à l'article 17 A selon l'appréciation de l'arbitre¹⁶⁴. Comme souvent, il y a un contraste entre la théorie et la pratique. Monsieur BESSON soutient que les critères déterminés ne sont pas exhaustifs, la pratique arbitrale se réfère à un critère d'urgence non cité dans la disposition théorique¹⁶⁵. La souplesse permise, en n'instituant pas exactement les conditions d'octroi des mesures provisoires, mène les parties à s'adresser en priorité à l'arbitre et non au juge.

5. Les mesures provisoires unilatérales

Relevons une seconde différence. L'article 17 B et C de la loi type CNUDCI autorise l'arbitre à saisir des mesures unilatérales nommées ordonnances préliminaires, ce qui d'ailleurs est critiqué par une certaine doctrine¹⁶⁶. Il est question de conférer à une partie l'occasion de solliciter unilatéralement l'octroi de mesures provisoires à l'arbitre, en d'autres termes, sans préalablement en informer la partie adverse et par conséquent, en allant à l'encontre du principe du contradictoire¹⁶⁷.

¹⁶¹ CAPRASSE O., « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », actualité en droit judiciaire, p.417.

¹⁶² L'article 17 A de loi type CNUDCI stipule : « Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée ; et b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du différend. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque ».

¹⁶³ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », J.T., 2013, p.790/

¹⁶⁴ D. MATRAY et F. VIDTS, o.c., p.26.

¹⁶⁵ S.BESSON, o.c., p. 45.

¹⁶⁶ H. VAN HOUTTE, « Ten reasons against a proposal for interim measures of protection in arbitration », Arbitration international, 2004, pp.85 et s.

¹⁶⁷ O. MIGNOLET, o.c., p. 176.

En vertu de l'article 17 B, tel est le cas si « la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure ». Sans auditionner la partie adverse, l'arbitre délivre une ordonnance préliminaire.

Si ceci risque de percuter le caractère du contradictoire en matière d'arbitrage, la procédure concrétisée suscite le fait que la partie à l'encontre de qui la mesure est demandée peut promptement par la suite, présenter ses arguments pour l'obtention d'une décision modificatrice du tribunal arbitral¹⁶⁸.

Sans doute, cette procédure cause une rupture de la confiance établie entre la partie à l'égard de qui la mesure est dédiée et l'arbitre¹⁶⁹. En sus, l'ordonnance risque de ne pas être entièrement efficace. Assurément, le juge ne rend pas l'ordonnance préliminaire exécutoire¹⁷⁰. En outre, l'ordonnance est valide durant maximum vingt jours et n'est pas une sentence¹⁷¹. Dès lors, la nature unilatérale de la mesure est compensée par son caractère limité. L'objectif est d'obtenir un effet de surprise, ce qui n'est pas concevable en raison du caractère contradictoire de la procédure. Rien n'interdit cependant l'arbitre de modifier l'ordonnance postérieurement¹⁷². Cette option n'est pourtant pas adoptée en droit belge. Selon les travaux parlementaires¹⁷³, faire appel au juge est plus profitable.

Au surplus, une mesure unilatéralement dictée est susceptible de mettre en péril l'impartialité de l'arbitre qui se prononce par la suite sur le fond. Il est traditionnellement accepté que l'arbitre soit apte à ordonner une mesure provisoire unilatérale si la loi d'arbitrage d'application le permet ou en cas de consentement des parties hormis l'hypothèse où cet accord contredit la loi d'arbitrage¹⁷⁴. En vertu de cette conception, une interrogation vient à l'esprit : Devons-nous, donc, admettre que si la clause d'arbitrage renferme le consentement des parties de dicter une mesure provisoire unilatérale, l'arbitre peut ordonner cette mesure ? S'il est incontestable que les travaux parlementaires soient contre, rien ne l'interdit dans la loi d'arbitrage belge. Monsieur CALLENS¹⁷⁵ allègue qu'il est probable que le juge soulève l'argument de la contradiction à l'ordre public.

¹⁶⁸ S.BESSON, o.c, p.57.

¹⁶⁹ A. REINER, « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral » in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.115.

¹⁷⁰ Art. 17 C, 5° CNUDCI ; A. REINER, « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.115.

¹⁷¹ D. MATRAY et F. VIDTS, o. c , p.25 ; UNCITRAL, o. c., p.89.

¹⁷² D. MATRAY et F. VIDTS, o.c, p.25.

¹⁷³ Doc. Parl., Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n° 53-2743/001, p.24.

¹⁷⁴ A. REINER, « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral » in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014 p.118.

¹⁷⁵ Interview, Steve Callens, avocat chez Loyens & Loeff, membre du CEPANI 40, avril 2015.

6. La révision de la décision arbitrale

Avec une différence, la modification, la suspension ou la rétraction des mesures provisoires ou conservatoires est similaire dans les deux sources de droit. Si notre droit ne permet pas à l'arbitre de concrétiser ces diverses actions de sa propre initiative¹⁷⁶, l'article 17D de la loi type CNUDCI ou l'article 26 du règlement CNUDCI confèrent à l'arbitre la possibilité d'entreprendre ces actions d'initiative « dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties »¹⁷⁷. D'après le règlement CNUDCI, la révision n'est envisageable qu'au cas où les circonstances évoluent depuis la délivrance de la mesure¹⁷⁸.

Cette discordance se justifie par le souhait du législateur de ne pas enfreindre le principe dispositif étant un pilier fondamental du droit belge comme le témoignent les travaux parlementaires belges relatifs au projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage¹⁷⁹.

Il est permis à l'arbitre de revenir sur une décision du juge ordinaire relativement à des mesures provisoires qui revêtent le caractère provisoire¹⁸⁰. Ceci outrepassé donc le contenu de la loi type. Nous apercevons que bien que le juge d'appui consiste en une aide considérable, l'arbitre, ayant un savoir vraisemblablement plus approfondi détient dans certaines circonstances, davantage un pouvoir de modifier une mesure provisoire délivrée par le juge d'appui.

7. La notification d'un changement de circonstances

Observons seulement que l'article 1694 du Code judiciaire et l'article 17 F CNUDCI sont analogues concernant la communication par les parties des variations de circonstances établissant la décision de mesures provisoires ou conservatoires¹⁸¹.

8. La responsabilité du demandeur de la mesure provisoire

Une ultime ressemblance siège à l'article 1695 du Code judiciaire et à l'article 17 G CNUDCI selon lesquels la partie qui demande l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire est responsable des incidences de celle-ci si le tribunal arbitral estime ultérieurement que la mesure n'a pas à être prononcée en réalité¹⁸².

¹⁷⁶ Art. 1692 C.J.

¹⁷⁷ Art. 17 D CNUDCI.

¹⁷⁸ S.BESSON, o.c., p.57.

¹⁷⁹ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n° 53-2743/001, p.25.

¹⁸⁰ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord., 2012-2013, Doc n° 53-2743/001, p.25.

¹⁸¹ M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p.790.

¹⁸² M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p.790.

CONCLUSION

Ce travail permet de prendre conscience de l'utilité de la collaboration entre l'arbitre et le juge étatique sur le terrain du provisoire afin de préserver aux parties un accès effectif aux mesures provisoires lors de la procédure arbitrale. La question de la complémentarité ou de la subsidiarité est soulevée en comparant diverses thèses et en mettant en évidence celle qui semble la plus propice, la subsidiarité *de facto*. Le choix de la problématique des mesures provisoires se justifie par l'importance considérable de ces mesures préalablement et lors de l'instance arbitrale.

En sus, une analyse du droit belge de l'arbitrage à la lumière de la loi type CNUDCI est réalisée. Le droit belge se fondant amplement sur celle-ci, il est judicieux d'établir les similitudes et discordances entre ces deux sources juridiques.

Au sujet des mesures provisoires, le droit belge de l'arbitrage est avant-gardiste par rapport au droit français de l'arbitrage, car il permet un accès à toutes les mesures provisoires aux parties tant avant qu'après l'établissement du tribunal arbitral.

La question suivante a le mérite être posée : Étant donné que les parties se tournent vers l'arbitrage dans l'optique d'éluder toute intervention du juge étatique, le législateur ne songerait-il pas à instaurer un arbitre d'urgence muni de l'*imperium* suscitant un bannissement de l'intervention au provisoire du juge étatique au sujet d'arbitrage tout en conférant aux parties, à tout moment de la procédure arbitrale, l'accès à toutes les mesures provisoires ?

Section 1. Législation

1. Législation internationale

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

2. Législation belge

A. Code

C. jud., art. 19, al. 3.

C. jud., art. 573 et 584.

C. jud., art. 1025 à 1034.

C. jud., art. 1035 à 1041.

C. jud., art. 1039.

C. jud., art. 1395.

C. jud., art. 1385bis à 1385 octies.

C. jud., art. 1395.

C. jud., art. 1398, al. 1er.

C. jud., art. 1414.

C. jud., art. 1676 à 1723.

B. Loi

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

C. Travaux parlementaires

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

Section 2. Doctrine

BOULARBAH H. et TATON X., « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, pp. 14 et 81.

BOULARBAH H., « Le juge étatique “bon samaritain de l'arbitrage”. Brèves variations autour des pouvoirs d'assistance et de contrôle du juge étatique pour assurer l'efficacité et la qualité de la procédure arbitrale », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 762-763.

CAPRASSE O. et DE MEULEMEESTER D., « De Arbitrale Uitspraak », in *De Arbitrale Uitspraak – La sentence arbitrale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 43.

CAPRASSE O., « Arbitrage et médiation », in *La jurisprudence du Code judiciaire*, Bruges, La Chartre, 2010, pp. 29 et s.

CAPRASSE O., « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », in *Actualités en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 401-426.

CAPRASSE O., « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, p. 145, n° 42.

CAPRASSE O., *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 470 et s.

CHAINAIS C. et JARROSSON C., « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 61-92.

CLOSSET-MARCHAL G., « le juge étatique et l'instance arbitrale », J.T., 2010, pp. 245 — 252.

CLOSSET-MARCHAL G., La compétence en droit judiciaire privé, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 13, n° 7.

DE LEVAL G. et GEORGES F., Droit judiciaire — Tome 1 : Institutions Judiciaires et éléments de compétence, Bruxelles, Larcier, 2014, 518 p.

DE LEVAL G., « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », R.D.I.D.C., 2005, pp. 6-20.

DE LEVAL G., « Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires », in Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 423-445.

DE LEVAL G., « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage », in Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits, C.U.P., Liège, déc. 2002, vol. 59, pp. 168-190.

DE MEULEMEESTER D., « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », in De nieuwe arbitragewet 2013. Essentiële bepalingen en hun praktische werking, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 65 et s.

DEMEYERE L., « De wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het gerechtelijk wetboek betreffende de arbitrage », R.W. 1999, pp. 867-868.

HERINCKX Y., « Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur », b- Arbitra, 2015, pp. 89-121.

HORSMANS G. et DE CORDT Y., « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », in Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 565.

KEUTGEN G., « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », R.D.I.C., 2014, pp. 65-112.

MIGNOLET O., « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », in L'arbitre et le juge étatique, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 161-188.

PIERS M. et DE MEULEMEESTER D., « Nieuwe Arbitragewet », NjW, 2013, pp. 726 et s.

PIERS M. et DE MEULEMEESTER D., « The New Belgian Arbitration Law », ASA Bull., 3/2013, pp. 145 et s.

SALETTI A, Van COMPERNOLLE, j., VAN DROOGENBROECK J.F., L'arbitre et le juge étatique Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia, Bruylant : Bruxelles 2014, p. 203-240.

SIMONT L., « Voorlopige en bewarende maatregelen en korte debatten in het kader van de arbitrageprocedure », in Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 215 et 223.

STORME M. et Taelman P., « Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven », in Procederen in nieuw België en bijkomend Europa, Kluwer, Anvers, 1991, n° 21 et s.

VAN COMPERNOLLE J. « Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge », in L'arbitre et le juge étatique, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 189-201.

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

VAN COMPERNOLLE J. et DE LEVAL G., « L'astreinte », Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2013, n° 36 et les réf. citées.

Section 3. Jurisprudence

Jurisprudence belge

Anvers, 3 mars 2010, R.G. n° 2009/RK/309, inédit.

Bruxelles, 12 février 2002, R.W., 2001-2002, p. 1575.

Bruxelles, 19 mai 2005, J.T., 2005, p. 774.

Bruxelles, 25 octobre 2007, J.T., 2008, p. 10.

Bruxelles, 27 janvier 2000, J.T., 2001, p. 28.

Bruxelles, 27 juin 2012, J.L.M.B., 2013, p. 694.

Bruxelles, 28 novembre 1979, J.T., 1980, p. 511.

Bruxelles, 30 avril 2009, R.D.C., 2010, p. 525.

Bruxelles, 4 mai 2000, D.A.O.R., 2000, p. 237.

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

Liège, 12 juin 1985, R.G. n° 4220/84, inédit.

C.T. Liège, 7 mai 2012, J.T.T., 2012, p. 265.

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

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

Cass., 13 septembre 1990, Pas., 1991, I, p. 14.

Cass., 19 septembre 2002, Pas., 2002, p. 1697.

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

Cass., 23 novembre 2011, Pas., 2011, p. 2031.

Civ. Liège, 15 juin 1978, J.L., 1978-1979, p. 52.

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

Civ. Liège (réf.), 6 juillet 1989, Pas., 1990, III, p. 18.

Civ. Bruxelles, 30 avril 1993, J.L.M.B., 1994, p. 254.

Civ. Bruxelles (réf.), 6 juin 2002, J.T., 2002, p. 637.

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

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

Comm. Namur (réf.), 6 avril 1979, Rev. rég. dr., 1980, p. 53.

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

Comm. Charleroi (réf.), 11 décembre 2002, Bull. ass., 2003, p. 383.

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

J. P. Zottegem-Herzele, 23 juin 2010, R.W., 2011-2012, p. 378.

Liège, 12 juin 1985, R.G. n° 4220/84, inédit.

Jurisprudence européenne

CJUE, 17 novembre 1998, Van Uden Maritime, aff. C—391/95, p. 7133.

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