

Les progrès de l'arbitrage Patrick Wautelet (ULg)

La procédure devant les juridictions arbitrales n'est pas régie par les règles du Code judiciaire.¹ Tout en réservant l'application des principes fondamentaux de la procédure,² l'article 1693 para. 1 du Code judiciaire prévoit qu'il appartient aux parties de déterminer dans la convention d'arbitrage les règles de procédure applicables. Ces mêmes parties peuvent choisir de s'entendre ultérieurement sur ces règles.³

L'arbitrage étant une solution conventionnelle, l'on peut se demander s'il n'est pas opportun que les parties saisissent l'occasion qui leur est donnée par la rédaction de la clause d'arbitrage ou de l'acte de mission,⁴ pour s'accorder sur les modalités de la procédure arbitrale. Y-a-t-il en d'autres termes des questions de procédure qu'une clause d'arbitrage ou un acte de mission se doit ou peut opportunément aborder?

Comme l'écrivent MM. Keutgen et Dal, "Les parties ont toute latitude pour déterminer le contenu de la convention d'arbitrage".⁵ L'option la plus simple pour les parties consiste bien entendu à se référer, lors de la conclusion du contrat, à un cadre existant pour régler les questions de procédure. A ce titre, la référence à un règlement d'arbitrage, dont on sait qu'ils font l'objet de fréquentes ré-évaluations pour tenir compte de l'expérience acquise,⁶ permettra de s'assurer de l'existence d'un cadre procédural bien pensé. Si l'on consulte le règlement Cepani, l'on s'aperçoit qu'il prévoit en effet de nombreuses règles encadrant la procédure, notamment :

- une règle relative au dépôt et à la communication des documents (art. 6);
- une règle relative aux notifications et communications entre parties et à l'égard du tribunal arbitral (art. 7);
- une règle relative à la transmission du dossier aux arbitres (art. 13);
- une règle relative à la langue de la procédure (art. 14);
- une règle relative au siège de l'arbitrage et au lieu des audiences (art. 15)
- une règle relative à l'acte de mission (art. 16);
- une longue disposition relative à l'instruction de la cause (art. 17);
- et enfin une disposition qui permet aux arbitres sous certaines conditions d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (art. 18).

1 L'article 1464 du Code de procédure civile français prévoit en ce sens que les arbitres règlent la procédure arbitrale « sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». Réserve est toutefois faite au bénéfice des "principes directeurs du procès" (art. 4 à 10 du Code) ainsi que pour les principes de célérité et loyauté dans la conduite de la procédure. La même disposition évoque enfin le "principe de confidentialité" qui doit s'imposer pendant la procédure arbitrale.

2 Enumérés à l'article 1694 du Code judiciaire. Voy. les explications de G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, 2006, 308-311, n° 374 e.s.

3 A défaut pour les parties de s'entendre sur le cadre procédural dans lequel l'arbitrage évoluera, il appartient aux arbitres de déterminer les règles de procédure pertinentes. S'agissant d'arbitrage international, l'approche autonome semble recueillir les faveurs, qui évite de déterminer une loi nationale pertinente, pour préférer le recours à des principes généraux (sur ce point, voy. D. HASCHER, "Principes et pratiques de procédure dans l'arbitration commercial international", *Rec. cours.*, 1999, vol. 279, (59), 74-82).

4 Ce dernier supposant bien entendu la collaboration active des arbitres.

5 G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, 143, n° 146.

6 La dernière version du Règlement Cepani est entrée en application au 1er janvier 2005.

Force est cependant de constater que ces dispositions empruntent plus à des principes généraux qu'aux règles détaillées que l'on trouve dans de nombreuses législations.⁷ Sans doute ceci participe-t-il de la nature de l'arbitrage, qui s'accommode mal de règles techniques trop précises.

Ce faisant, des questions de procédure demeurent ouvertes.⁸ *A fortiori* en va-t-il de même lorsque les parties optent pour un arbitrage *ad hoc*.⁹ Il peut dès lors être opportun de s'interroger sur la possibilité de préciser plus avant les règles de procédure, les règles du jeu, dès l'entame des relations entre parties. La circonstance que les principes directeurs du procès civil, tels qu'ils peuvent être déduits notamment de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, sont également pertinents pour la procédure arbitrale,¹⁰ n'est pas de nature à combler ce vide. Ces principes se prêtent en effet mieux à une application *a posteriori* qu'à un exercice visant à établir un cadre juridique applicable *a priori*.

L'on constate que sur cette question, les ouvrages classiques sont assez peu diserts.¹¹ De même, les clauses modèles proposées par les institutions ne prévoient que fort peu de modalités – la seule précision dans la clause type du Cepani invite les parties à préciser “la langue de la procédure”.¹² Il est permis de se demander si une évolution n'est pas souhaitable.

7 A propos du Règlement CCI, M. Hascher faisait observer dans le même sens que “les disposition du règlement d'arbitrage de la CCI dans le domaine de la preuve ne vont guère au-delà du devoir de l'arbitre de rechercher la vérité en coopération avec les parties...” (D. HASCHER, *op. cit.*, 78).

8 Comme le fait remarquer M. Tossens : s'exprimant à propos de l'administration de la preuve, Me Tossens explique que tant le Code judiciaire que les règlements d'arbitrage “ne contiennent pas de règles détaillées pour l'administration de la preuve et laissent une large part à l'autonomie des parties et au tribunal arbitral” (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*, Cepani/Bruylant, 2009, 57).

9 La clause modèle proposée par l'IBA pour l'arbitrage *ad hoc* contient notamment la précision suivante : “*Les règles applicables à la procédure arbitrale sont établies par les parties d'un commun accord ou, à défaut, déterminées par le tribunal arbitral après consultation des parties*” (‘Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international’).

10 L'on sait que la Cour européenne des droits de l'homme accepte, depuis son arrêt *Deweer*, la possibilité pour les justiciables de renoncer à la saisine d'une juridiction judiciaire au profit d'une instance arbitrale (Ct. Eur. d.h., 27 fév. 1980, *Deweer c. Belgique*, req. 6930/75, § 49 – la Cour note que “‘Élément du droit à un procès équitable, le ‘droit à un tribunal’ n’est pas plus absolu en matière pénale qu’en matière civile. Il se prête à des limitations implicites ... Dans le système juridique interne des États contractants pareille renonciation se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d’arbitrage Présentant pour les intéressés comme pour l’administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention...”). Cependant, la Cour veille à ce que la procédure conduite devant les arbitres ne s'éloigne pas sensiblement des garanties offertes par l'article 6 (voy. par ex. Ct. Eur. d.h., 3 avril 2008, *Regent Company c. Ukraine*, req. 773/03, § 54 – à propos de l'exécution en Ukraine d'une sentence arbitrale prononcée contre une société appartenant à l'Etat Ukrainien); Ct. Eur. d.h., 28 oct. 2010, *Suda c. République Tchèque*, req. 1643/06 (la Cour esquisse au para. 49 une distinction entre arbitrage volontaire, qu'elle délaisse aux parties, et l'arbitrage forcé, dont elle estime qu'il se doit de respecter les garanties de l'article 6). En général, voy. les observations de J. VAN COMPERNOLLE, “L'application de l'article 6 CEDH à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable?”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2010, 386 -397.

11 Dans la dernière édition de leur précis, MM. Redfern et Hunter consacrent deux paragraphes à cette question (*Redfern & Hunter on International Arbitration*, par N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN et M. HUNTER, 5ème éd., OUP, 2009, p. 116, n° 2.87 et 2.88).

12 Il en va de même de la clause CCI. La CCI se contente de préciser que la clause d'arbitrage peut être complétives par des indications relatives au droit régissant le contrat, au nombre d'arbitres, au lieu de l'arbitrage et enfin à la langue de la procédure. Le Nederlands Arbitrageinstituut suggère une modalité particulière qui peut être ajoutée à la clause type, elle a trait à la possibilité qu'accorde l'art. 1046 du Code de procédure civile néerlandais de joindre deux instances arbitrales, possibilité que le NAI suggère d'exclure.

Celle-ci pourrait tenir compte du contexte général dans lequel s'inscrit l'arbitrage, qui évolue lui aussi. L'arbitrage n'est en effet pas à l'abri des critiques. Il est devenu classique de s'interroger sur la plus-value de cette méthode de résolution des litiges et de dénoncer certains travers qui l'affecteraient, dont la perte d'efficacité, le coût ou encore la longueur croissante des procédures.¹³ Comme le notait Born, “*It has long been said [...] that arbitration offers a cheaper, quicker means of dispute resolution than national courts proceedings. More recently, however, it has become fashionable to describe arbitration as a slower, costlier option. In reality, both international arbitration and international litigation can involve significant expense and delay, and it is unwise to generalize about which mechanism is quicker or cheaper*”.¹⁴

L'autonomie de la volonté des parties n'est bien entendu pas souveraine. Il est des questions qui échappent au libre arbitre des parties, soit parce qu'une loi nationale ne tolère pas le choix des parties,¹⁵ soit, plus rarement, parce que l'accord des parties contrevient à un principe fondamental propre à l'institution d'arbitrage dont ils ont retenu les services.¹⁶ Toujours est-il que la clause d'arbitrage et l'acte de mission peuvent être le lieu, avec d'autres éléments, de rencontrer les critiques et d'apporter des solutions aux difficultés qui affectent l'arbitrage.

L'ambition du présent rapport est dès lors de faire le point sur les questions de procédure qui peuvent être abordées dans la clause d'arbitrage et dans l'acte de mission, dans l'espoir d'anticiper sur les difficultés qui peuvent naître lors de l'instance arbitrale. L'examen de ces deux moments clés de la procédure arbitrale visera à suggérer des pistes de solution. Il est proposé d'analyser la question au travers de quelques principes généraux (Section 1), qui seront concrétisés dans quelques applications (Section 2).

13 Les contributions consacrées à une recherche d'une meilleure efficacité de l'arbitrage sont d'ailleurs fort nombreuses, voy. par ex. B. HANOTIAU, “Mieux maîtriser le temps et réduire les coûts dans l'arbitrage international”, *Liber amicorum Guy Keutgen*, Bruylant 2008, 377-390.

14 G.B. BORN, “Planning for International Dispute Resolution”, *J. Int'l Arb.*, 2000, vol. 17(3), (61-72), 66. On lira aussi et surtout les cinglantes observations de Pierre Lalive, qui a évoqué, malheureusement sans suggérer des pistes concrètes de solution, ce qu'il appelle les 'dérives arbitrales' : P. LALIVE, “Dérives arbitrales”, *ASA Bulletin*, 2005/4, 587-592 et 2006/1, 2-12.

15 M Pryles donne l'exemple d'un accord conclu entre deux parties, aux termes duquel seule l'une d'entre elles pourrait présenter son point de vue aux arbitres. M. Pryles y voit à juste titre une disposition susceptible d'être annulée dans la mesure où elle contrevient à la nécessaire égalité entre parties (M. PRYLES, “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, *J. Int'l. Arb.*, 2007, (327-339), 328).

16 L'on pense à l'institution de l'acte de mission, imposée par certaines institutions comme la CCI et le Cepani. L'on sait que l'obligation faite aux parties et aux arbitres de rédiger un tel acte, provoque des sentiments partagés. D'aucuns y voient un bon procédé. D'autres rejettent cette obligation comme trop contraignante et inutile. On a notamment attiré l'attention sur le fait que certains cas, la rédaction d'un acte de mission pouvait constituer une étape inutile, notamment lorsque l'enjeu du litige est réduit et les contours de la mission des arbitres ne soulèvent aucune difficulté. Toujours est-il qu'il s'agit d'une partie essentielle de l'arbitrage administré par le Cepani notamment. Pourrait-on néanmoins imaginer un arbitrage organisé sous les auspices du Cepani alors que les parties ont expressément exclu la rédaction d'un acte de mission? M. Schwartz, ancien secrétaire général de la CCI, a répondu par la négative à cette question à propos de la CCI. Selon M. Schwarz, la CCI “*would undoubtedly refuse to accept a case where the parties sought to circumvent the requirements of the rules regarding the Terms of Reference or the scrutiny of the awards by the ICC Court or otherwise to alter the performance by the ICC Court of its function*” (E. A. SCHWARTZ, “Choosing between Broad Clauses and Detailed Blueprints”, in *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, A.J. VAN DEN BERG (éd.), Kluwer, 1999, (105), 111). La même conclusion doit certainement valoir pour l'arbitrage Cepani.

Section 1. Principes généraux

Quels principes généraux retenir lorsque l'on s'interroge sur la possibilité de modaliser la procédure arbitrale dans la clause d'arbitrage et/ou dans l'acte de mission? Il faut tout d'abord retenir que la clause d'arbitrage n'appelle pas nécessairement le même traitement que l'acte de mission : alors que la première est rédigée à l'aube des relations entre parties, alors que les contours des éventuels litiges sont fort incertains, les parties ont pleinement conscience de l'enjeu et des particularités du litige lorsqu'elles s'accordent, avec l'aide des arbitres, sur l'acte de mission. Cette différence essentielle impose d'adopter une approche sensiblement plus réservée à l'égard de la clause arbitrale que de l'acte de mission.

Au-delà de la nécessaire distinction entre clause d'arbitrage et acte de mission, le premier principe auquel l'on fera appel est celui de la modération. Les questions de procédure doivent en effet, à notre estime, être abordées *a minima* par les parties. Ceci vaut bien évidemment d'abord et avant tout pour la clause d'arbitrage. Comme le souligne Gelinias, “*unless the parties have a very precise procedure in mind for their particular case, it is suggested that in general the rules warranted by a specific situation be left to be included in the terms of reference or in procedural orders or directions to be issued by the arbitral tribunal*”.¹⁷

Ce principe permet déjà d'éliminer une série de questions de procédure qui, certes, pourraient faire l'objet d'un accord entre parties, mais à propos desquelles un tel accord semble profondément inopportun lorsque la relation se noue entre parties. Ainsi l'on ne conçoit pas que les parties s'entendent déjà, à l'aube de leurs relations contractuelles, pour convenir de questions aussi précises que le calendrier applicable aux différentes phases de la procédure arbitrale ou encore la date de la clôture des débats. Il faut délaisser ces questions à une phase ultérieure, sous peine d'enfermer la procédure dans un carcan rigide qui pourrait à l'épreuve s'avérer un corset trop contraignant et mal adapté.

Ceci n'exclut pas toute forme de régulation de la procédure dans la clause d'arbitrage. Ainsi, l'on peut se demander s'il n'est pas opportun de prévoir dans cette clause un délai s'imposant aux arbitres pour rendre leur sentence. A condition que cette disposition soit clairement formulée,¹⁸ elle pourrait à notre sens être envisagée à ce stade initial.¹⁹ Elle permettrait d'insister auprès de l'ensemble des participants à la procédure sur l'impératif de célérité - sans d'ailleurs empêcher les arbitres, avec l'accord des parties, de proposer une modification du délai convenu initialement lorsque ceci s'avère nécessaire.

A l'égard de l'acte de mission ou de tout autre document qui marque le début de la procédure arbitrale, le principe de modération doit également jouer. Ce principe doit par exemple conduire à délaisser à la sagesse du tribunal arbitral la question de savoir dans quelles circonstances le tribunal peut réouvrir les débats. Un principe bien compris d'efficacité et

17 P.-A. GÉLINAS, “Arbitration Clauses : Achieving Effectiveness”, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, Kluwer, 1999, (47), 61.

18 Ce qui implique notamment que soit précisé le point de départ du délai.

19 Comme elle l'est d'ailleurs dans de nombreux règlements d'arbitrage. Voy. l'article 16(3) du Règlement Cepani, qui prévoit que lors de l'établissement de l'acte de mission le tribunal arbitral fixe un calendrier pour la conduite de la procédure. L'article 19 du même règlement invite le tribunal arbitral à rendre sa sentence dans un délai de quatre mois, à compter de la date de l'acte de mission.

d'économie impose aux parties de ne pas tenter de s'accorder sur des questions de ce type. Ce même esprit de modération conduira à n'aborder qu'avec prudence les questions fondamentales. Il en va ainsi de l'obligation pour les arbitres de motiver leur sentence. Cette obligation fait l'objet d'un consensus de principe.²⁰ Les modalités précises de cette obligation ne manquent cependant pas de retenir l'attention.²¹ L'on s'abstiendra dès lors de fixer avec plus de précision dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission les limites précises du devoir de motivation qui incombe aux arbitres.

S'il faut aborder les questions de procédure avec une certaine réserve, il n'en demeure pas moins que lorsque le litige est né, l'enjeu de celui-ci apparaîtra plus clairement. Se pose dès lors la question de l'intérêt et de l'opportunité d'aborder des questions de procédure qui pouvaient apparaître comme lointaines lorsque les relations entre parties se sont nouées et que les contours du litige apparaissent clairement. Lorsque le litige est déjà soumis au tribunal arbitral, les relations entre parties seront certes sans doute tendues, voire conflictuelles. Dans de nombreux cas, il demeurera cependant possible de s'accorder, avec l'aide des suggestions et encouragements que pourront faire les arbitres, sur les règles conduisant la procédure.

La question soulève l'opposition bien connue entre la sécurité juridique que peuvent garantir des accords – à condition qu'ils soient bien rédigés - et la nécessaire flexibilité. Sur ce point, au-delà d'un consensus général sur la confiance que méritent les arbitres, les opinions peuvent légitimement différer.²² Certains préféreront mettre l'accent sur le souci de ne pas trop lier les arbitres, afin de conserver la souplesse de l'instance arbitrale, qui est assurément un de ses principaux attraits.²³ La possibilité de retenir des solutions aménagées aux circonstances de l'espèce est en effet un avantage indéniable. D'autres suggéreront des aménagements ponctuels, fondés sur des principes généraux qui permettent de conserver autant que faire se peut les avantages d'une certaine dose de flexibilité en les combinant au confort, pour les parties, de règles adoptées *ex ante*.²⁴ Au total, il est sans doute impossible de se prononcer de manière générale. Il faudra observer dans chaque cas où se situe l'équilibre nécessaire entre

20 Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner les motifs d'annulation retenus tant par les législateurs nationaux (en Belgique l'art. 1704 § 2 lit. i du Code judiciaire) que par les instruments internationaux visant l'arbitrage (par ex. l'article 52, § 1 lit. e de la Convention CIRDI), pour constater que la motivation des sentences est considérée comme essentielle. L'on sait que la pratique de l'arbitrage interne aux Etats-Unis est établie en sens inverse, la motivation n'étant pas considérée comme une exigence essentielle de la décision des arbitres.

21 Comme l'a bien montré P. LALIVE, "On the reasoning of international arbitral awards", *J. Int'l Dispute Res.*, 2010, 55-65. Voy. sur la question de la contradiction de motifs comme défaut de motivation, Bruxelles, 6 déc. 2000, J.T., 2001, 572, obs. B. HANOTIAU.

22 Sans doute M. Lalive estimerait-il qu'il est dangereux de s'engager dans une démarche visant à figer les modalités de la procédure, lui qui dénonce les "dangers de dérives qui peuvent découler de la manie moderne de légiférer et de réglementer à tout va, manie qui affecte aussi bien des institutions (publiques et privées) ou associations" : P. LALIVE, "Dérives arbitrales", *ASA Bulletin*, 2006/1, (2), 5.

23 MM. Blackaby et Partasides écrivent à ce sujet que "the arbitral tribunal should be free to design the procedure according to its requirements; detailed procedures agreed by the parties needlessly tie the hands of the arbitral tribunal" (N. BLACKABY et C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, OUP, 2009, 437, n° 6.276). Voy. dans le même sens, P. A. KARRER, "Pros and Cons of Terms of Reference and Specific Procedural Agreements in Arbitration Clauses: torn in to Calm the Sea", in *Planning efficient arbitration proceedings : the law applicable in international arbitration*, A.J. VAN DEN BERG (éd.), Kluwer, 1996, 73-99.

24 Park suggère que cette combinaison peut trouver sa concrétisation dans les standards et principes généraux développés par des organisations comme l'IBA, qui permettent de concrétiser les principes généraux tel que celui de l'égalité des armes, tout en conservant la possibilité de s'écarter de ce qui ne constitue qu'un point de départ (W.W. PARK, "Procedural Evolution in Business Arbitration : Three Studies in Change", in *Arbitration of International Business Disputes : Studies in Law and Practice*, OUP, 2006, 43-64, spéc. pp. 63-64).

flexibilité et respect des attentes des parties. L'on aura l'occasion *infra* de se risquer à cet exercice à propos de trois thèmes récurrents de la procédure arbitrale.

La modération de principe doit se conjuguer à une attention soutenue aux particularités des relations entre parties. Il est en effet essentiel, et c'est là un deuxième principe dont nous proposons de nous inspirer, de mesurer l'opportunité de préciser dans la clause arbitrale les questions de procédure à l'aune du cas d'espèce.²⁵ Il semble évident qu'il n'est pas nécessaire d'entrer dans des considérations de procédure s'il est prévisible que le litige ne portera que sur un enjeu limité. La clause d'arbitrage doit, comme toute clause d'un contrat, être adaptée aux circonstances de l'espèce. De même, l'on procédera à une analyse de la situation par défaut pour déterminer s'il est nécessaire de compléter la clause par des précisions relatives à la procédure. Si la clause prévoit un arbitrage institutionnel, ceci implique une analyse fine du Règlement pertinent afin d'apprécier si celui-ci prévoit des règles de procédure suffisamment adaptées.

Il est enfin un troisième principe dont il nous semble qu'il pourrait utilement demeurer à l'esprit des rédacteurs. Il consiste à se méfier autant que faire se peut de l'attraction que peut exercer le modèle bien connu de la procédure devant les juridictions étatiques. Une référence à un droit national peut à première vue sembler une solution séduisante. Les droits nationaux prévoient des règles de procédure pour les tribunaux qu'ils mettent en place. Ces règles sont généralement plus détaillées que celles prévues par les règlements institutionnels.²⁶ Cependant, la procédure arbitrale connaît sa dynamique propre, elle ne peut se résumer à une copie de la procédure prévue devant un tribunal étatique.²⁷ Il est à ce titre illusoire de vouloir greffer la procédure arbitrale sur celle prévue pour une juridiction nationale,²⁸ même si c'est celle du siège de l'arbitrage.²⁹

Si inspiration il doit y avoir, l'on peut par préférence se tourner vers des modèles moins

25 Comme l'écrivent les auteurs de la dernière édition du traité de MM. Redfern et Hunter : "Procedures that are adopted in an arbitral proceedings should depend on the nature of the dispute" (N. BLACKABY et C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, OUP, 2009, 437, n° 6.276).

26 Park relève à cet égard la "paucity of fixed rules" que l'on peut trouver dans les législations nationales, conventions internationales et règlements d'arbitrage pour régler les questions précises que peut soulever la procédure arbitrale : *loc. cit.* in *Arbitration of International Business Disputes : Studies in Law and Practice*, OUP, 2006, 44. Selon M. Park, "Modern arbitration is either blessed or cursed (depending on the perspective) with a lack of fixed standards related to how arbitrators conduct proceedings".

27 L'histoire de l'arbitrage est d'ailleurs celle d'une émancipation progressive par les arbitres des règles de procédure de l'Etat du siège de l'arbitrage, comme l'a rappelé récemment E. GAILLARD in *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Nijhoff, 2008, 135-142. Ceci explique d'ailleurs que la procédure arbitrale constitue un bon laboratoire de droit comparé de la procédure, voy. par ex. O. CAPRASSE, "La procédure arbitrale internationale ou le droit comparé en pratique", *Rev. dr. intern. comp.* 2008, 349-364.

28 Comme l'a expliqué un tribunal arbitral siégeant sous les auspices de la CCI, "It stands to reason that many provisions in ... any national Code of Civil Procedure have been enacted for the sole purpose of judicial proceedings before State Courts and cannot therefore be transposed to the different domain of international arbitration, which has a specific character and different requirements, including that of flexibility" (sentence arbitrale CCI n° 5699, juillet 1987).

29 De la même manière, il faut sans doute accepter que la procédure arbitrale peut appeler, dans certains domaines particuliers, des aménagements substantiels destinés à faire droit aux spécificités des litiges concernés. L'on pense par exemple à l'arbitrage des différends relatifs à l'investissement. Sur le fait que ces arbitrages appellent par exemple un devoir de motivation particulier de la part des arbitres, voy. les explications de T. LANDAU, "Reasons for Reasons : the Tribunal's Duty in Investor-State Arbitration", in *50 Years of the New York Convention*, ICCA Congress Series No 14, A.J. VAN DEN BERG (éd.), Kluwer 2009, 187-205.

directement liés à une tradition nationale. L'on pense aux règles internationales de procédure développées par MM Hazard et Taruffo sous l'égide conjointe d'Unidroit et de l'ALI.³⁰ L'article 2.1.3 des règles prévoit d'ailleurs expressément qu'elles peuvent être applicables aux procédures arbitrales à condition que la clause arbitrale ait fait référence aux Règles.³¹ Le cas échéant, les principes directeurs développés par l'IBA peuvent également servir de source d'inspiration.³²

Section 2. Applications choisies

Les principes généraux proposés ci-avant peuvent servir de guide lorsqu'est examinée la question de la rédaction d'une clause d'arbitrage ou d'un acte de mission. Pour mieux apercevoir leur portée, il semble opportun de proposer quelques applications, choisies au détour de la pratique arbitrale.³³

§ 1. La confidentialité

A côté de la neutralité et d'autres aspects d'importance diverse, la confidentialité est souvent présentée comme l'un des avantages comparatifs de l'arbitrage. D'importants travaux récents ont cependant montré que la confidentialité pouvait dans certains contextes s'avérer une illusion.³⁴ La protection du caractère confidentiel de l'arbitrage n'est en réalité pas pleinement assurée.³⁵ C'est ce qui explique que certains auteurs évoquent au titre des avantages de l'arbitrage non pas la confidentialité, mais bien la "discretion".³⁶

Certes, depuis l'affaire *Esso*,³⁷ de nombreuses institutions arbitrales ont adapté leur règlement pour y adjoindre une règle relative à la confidentialité.³⁸ Le mouvement n'a toutefois pas

30 Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale (disponibles à l'adresse www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm).

31 Sur ce thème, voy. PH. FOUCHARD, "Une procédure civile transnationale. Quelle fin et quels moyens", *Rev. dr. uniforme*, 2001/4, 779-788.

32 L'on pense bien entendu aux principes développés par l'IBA en matière de preuve (1999) ainsi qu'en matière de conflit d'intérêt (2004) – ces documents sont disponibles à l'adresse www.ibanet.org. *Infra* sur l'incorporation de ces règles aux relations entre parties.

33 D'autres questions peuvent être évoquées : l'on pense à la possibilité de renoncer à un éventuel 'appel' de la sentence arbitrale, lorsque ceci s'avère possible selon le droit pertinent (par ex. en droit français, selon l'article 1484 NCPC, du moins dans la version de ce texte en vigueur entre le 14 mai 1981 et le 1er mai 2011).

34 Voy. l'étude d'ensemble de ILEANA M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2011, 240 pp.

35 Voy. les explications de G. KEUTGEN, "La motivation et la confidentialité de la sentence dans l'arbitrage commercial international", in *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Intersentia, 2008, 563-574.

36 P. ex. F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, 620, n° 131.13; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, Bruylant, 2006, 10, n° 13.

37 *Esso Australian Resources v. Plowman* [1995] 128 ALR 391 – dans cette affaire, la High Court australienne a estimé qu'aucun principe général de confidentialité ne permettait d'interdire la transmission de certains documents utilisés lors d'une procédure arbitrale à une agence gouvernementale. Cette décision a provoqué de nombreux commentaires. Voy. en général le rapport établi sur le sujet par le comité de l'ILA consacré à l'arbitrage ('*Report on Confidentiality in International Commercial Arbitration by the Committee on International Commercial Arbitration*') ainsi que la résolution No. 1/2010 adoptée en 2010 par l'ILA lors de sa conférence à La Haye.

38 Par ex. l'article 55 qui a été ajouté au Règlement de la NAI en 2010.

touché l'ensemble des institutions. Le Règlement Cepani ne prévoit par exemple pas de disposition particulière assurant la confidentialité des débats ou de la sentence.³⁹ En outre, cette protection est inefficace dans le cadre d'un arbitrage ad hoc.

A ce titre, les parties peuvent utilement s'interroger sur la protection qu'elles souhaitent accorder à leurs échanges lors de la procédure arbitrale et à la sentence qui en résultera.⁴⁰ Il ne semble pas que l'obligation de confidentialité à laquelle les parties souscrivent, doive revêtir un visage fondamentalement différent selon qu'elle apparaisse dans une clause d'arbitrage ou dans l'acte de mission ou du document qui en tient lieu.⁴¹

Les possibilités de rédaction sont nombreuses.⁴² Les parties peuvent opter pour une clause de type '*blanket coverage*' – qui recouvre l'ensemble de la procédure et des documents échangés d'un manteau de confidentialité. Elles peuvent aussi préférer une approche plus parcimonieuse et sélectionner les éléments de la procédure qu'elles entendent protéger du sceau de la confidentialité⁴³ – à commencer par la sentence arbitrale, élément auquel l'on peut ajouter l'existence du litige ainsi que l'existence d'une procédure arbitrale.⁴⁴ A côté de la portée de la clause de confidentialité, il est essentiel de préciser la nature de l'obligation de confidentialité – obligation de résultat ou de portée plus nuancée – ainsi que les conséquences d'une éventuelle violation par l'une des parties de l'obligation.⁴⁵

Il est enfin de bonne pratique d'assortir une clause de confidentialité de nuances et d'exceptions, qui permettent de briser l'obligation de confidentialité dans des circonstances précises.⁴⁶ Le texte suivant, proposé par M. Park, reflète cette pratique et propose quatre

39 La CCI a emboîté le pas à la tendance générale lors de la révision de son règlement en 2012. L'article 22(3) du nouveau règlement prévoit qu'à la demande d'une partie, "le tribunal arbitral peut rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure ou de toute autre question relative à l'arbitrage et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles". En général, voy. E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, 323 e.s.

40 Les parties peuvent également souhaiter éviter de donner à la procédure arbitrale une quelconque confidentialité. Comme le suggère utilement l'IBA, ceci doit faire l'objet d'une disposition expresse en ce sens. Le groupe de travail de l'IBA suggère la rédaction suivante : "Sauf disposition légale impérative en sens contraire, les parties ne sont soumises à aucune obligation de confidentialité en ce qui a trait à la procédure arbitrale".

41 L'on retiendra cependant que si la clause de confidentialité apparaît dans le contrat liant les parties, à la suite de l'accord visant à soumettre les litiges futurs à l'arbitrage, il importera de coordonner la rédaction d'une telle clause avec l'éventuelle obligation de confidentialité figurant dans le corps du contrat liant les parties. Ainsi, l'obligation de ne pas divulguer l'existence d'un litige peut déjà résulter de la clause de confidentialité générale figurant dans le contrat. Sur la rédaction des clauses de confidentialité en général, voy. M. FONTAINE et F. DE LY, *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*, Transnational Publishers, 2006, 231-297.

42 En général, voy. L. F. WYSS, "The Protection of Business Secrets in International Commercial Arbitration", in *Selected Papers on International Arbitration* (2011), pp. 1-39 et M. HWANG et K. CHUNG, "Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration", *J. Int'l. Arb.*, 2009, pp. 609-645.

43 La clause proposée par le groupe de travail de l'IBA évoque les éléments suivant que les parties et les membres du tribunal arbitral s'engagent à garder confidentiels : "l'existence, le contenu et toutes les décisions et sentences rendues dans le cadre de la procédure arbitrale" (Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international, oct. 2010, § 64).

44 La non publicité des audiences arbitrales se déduit le plus souvent de la loi ou à tout le moins du règlement d'arbitrage (voy. l'article 17(5) du Règlement Cepani qui prévoit que "Les audiences ne sont pas publiques").

45 L'on rencontre souvent une rédaction qui prévoit que la violation de l'obligation de confidentialité "engagera la responsabilité de la partie fautive sans que la preuve d'un préjudice soit nécessaire".

46 Comme le note le groupe de travail de l'IBA, "... les parties doivent cependant éviter de poser des exigences absolues, dans la mesure où la loi peut permettre la communication de certaines informations afin de protéger

nuances fort utiles à l'obligation de confidentialité :

“The arbitral proceedings and any rulings or award shall be kept confidential by the parties and members of the arbitral tribunal except : (i) as necessary for enforcement or recognition of the award; (ii) with the consent of all parties; (iii) as required by law; or (iv) as necessary to protect legitimate interest of a party or arbitrator”.⁴⁷

§ 2. Les règles de preuve

Il n'est pas de justice, qu'elle soit arbitrale ou non, sans une appréciation correcte des faits de la cause à l'aide des règles de preuve. Sur ce point les règlements institutionnels sont généralement laconiques. L'article 17 para. 1 du Règlement Cepani précise que “Le tribunal arbitral procède, dans les plus brefs délais, à l'instruction de la cause par tous les moyens appropriés. Il peut notamment recueillir des témoignages et désigner un ou plusieurs experts.”⁴⁸

A ce titre, les parties peuvent souhaiter anticiper sur un éventuel litige et prévoir des règles précises sur les questions de preuve. Comme on l'a fait observer,⁴⁹ certaines dispositions matérielles du contrat pourront déjà permettre de résoudre des questions liées à l'administration de la preuve. L'on pense par exemple à une clause dite de '*entire agreement*'. Une disposition de ce type ne vise cependant qu'une question ponctuelle, sans offrir de cadre général aux problèmes de preuve.

Contrairement à la question de la confidentialité, il semble bien qu'un sort différent doit être réservé à la clause d'arbitrage et à l'acte de mission. Les questions de preuve sont intimement liées aux prétentions que peuvent faire valoir les parties. Ces prétentions n'apparaîtront clairement qu'une fois le litige né. Il semble dès lors plus difficile de préciser avec force détails le régime d'administration de la preuve à l'entame des relations entre parties.⁵⁰ Au mieux pourrait-on au stade de la conclusion du contrat entre parties se contenter de règles générales – par exemple l'exclusion d'un mode de preuve particulier. Ceci explique sans doute pourquoi il est fort rarement fait référence, dans les conventions d'arbitrage, aux questions liées à l'administration de la preuve.⁵¹

ou d'exercer un droit, ou pour exécuter ou contester une sentence. Les parties doivent également prévoir que la préparation de leurs demandes, défenses et demandes reconventionnelles peut exiger la divulgation d'informations confidentielles à des témoins et experts qui sont tiers à la procédure” (Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international, oct. 2010, p. 23, § 61).

47 W. W. PARK, “The Arbitration Clause : Drafting Considerations”, in *Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice*, 2006, OUP, 388.

48 *Comp.* avec l'article 25 (2), (3), (4) et (5) du Règlement CCI (version 2012), l'article 14.2 des règles LCIA (disposition qui est complétée par les articles 20 à 22 du même Règlement) ainsi que l'article 18 des règles de la Cnucdi.

49 F. DE LY, “De overeenkomst tot arbitrage, de inleiding van de procedure en bewijslevering”, in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Cepani/Bruylant, 2009, 44.

50 M. de Ly écrit à ce propos que “... is het maar de vraag of partijen in het algemeen in de overeenkomst tot arbitrage wel bewijsafspraken moeten maken. Veel valt er voor te zeggen dit niet te doen en dit over te laten aan nadere afspraken tussen partijen in een latere fase van de procedure (bijvoorbeeld naar aanleiding van de akte van opdracht)...” (F. DE LY, *loc. cit.*, 54).

51 Constat que fait M. de Ly d'une étude empirique d'un grand nombre de clauses - F. DE LY, *loc. cit.*, 46. M. de Ly suggère que plusieurs facteurs peuvent expliquer l'indifférence relative des rédacteurs de contrat aux questions de preuve : il évoque notamment la confiance que ces rédacteurs peuvent placer dans les

Lorsque le litige est né, les parties pourront, avec les arbitres, envisager avec plus de fermeté et de précision le régime de l'administration de la preuve. Il demeure cependant difficile de construire dans l'acte de mission un système complet d'administration de la preuve. Une telle entreprise nécessiterait une quantité importante de travail, qui ne sera pas toujours proportionnelle à l'importance des règles de preuve pour l'enjeu du litige. Une solution consiste à se contenter, dans l'acte de mission, des règles essentielles en référant, pour les questions plus précises, aux ordonnances de procédure que les arbitres pourront adopter.

Si les parties entendent préciser plus avant le régime de la preuve sans attendre une ordonnance de procédure, il est une solution qui permet d'allier, en apparence du moins, facilité et rigueur des règles. Elle consiste à faire référence aux principes rédigés par l'IBA à propos de l'administration de la preuve.⁵²

Cette solution, souvent conseillée⁵³ et qu'envisagent d'ailleurs expressément les règles de l'IBA,⁵⁴ se recommande-t-elle ? L'on peut d'abord constater qu'il est rare qu'une clause d'arbitrage prévoit expressément une référence aux règles développées par l'IBA.⁵⁵ Que faut-il penser d'une telle solution ? Elle semble évidente, tant les règles de l'IBA ont acquis une réputation incontournable.

Ces règles n'en demeurent pas moins un compromis, dont la portée n'est pas toujours unanimement admise. On a aussi pu se demander si la visibilité accrue qu'accorderait les règles aux possibilités de solliciter de la partie adverse la production de pièces et documents, ne conduirait pas à une augmentation du nombre de demandes de ce type.⁵⁶ On a aussi pu s'interroger sur la rigidité qu'induirait la référence aux principes dégagés par l'IBA, ceux-ci limitant l'autonomie des arbitres, garante de la souplesse du mécanisme de résolution des différends.⁵⁷

Comme souvent, la réponse doit être nuancée. Les règles proposées par l'IBA offrent certainement une excellente base de départ pour façonner le régime de preuve approprié à un litige. Leur usage doit être considéré avec circonspection. Ainsi ces règles s'imposeront lorsque les parties au contrat, sont établies dans des pays aux traditions juridiques fort éloignées, ce qui rend difficile la tâche des arbitres chargés de proposer des principes qui conviennent à toutes les parties. Dès que l'une des parties est établie dans un pays de *common*

règlements d'arbitrage, qui contiennent des dispositions visant les questions de preuve, ainsi que la circonstance que la clause d'arbitrage demeure une disposition '*boiler plate*', qui fait rarement l'objet de négociations spécifiques.

52 Adoptées en 1999, ces règles ont fait l'objet d'une révision en 2010. Voy. les commentaires réunis in *Int'l. Arb. L. Rev.*, 2010, vol. 13/5.

53 Par ex. D. HASCHER, *op. cit.*, 78.

54 L'avant-propos des règles de l'IBA contient une clause modèle visant à permettre aux parties d'incorporer les règles de l'IBA à leur contrat : “[*In addition to the institutional, ad hoc or other rules chosen by the parties,*] [t]he parties agree that the arbitration shall be conducted according to the IBA Rules of Evidence as current on the date of [this agreement/the commencement of the arbitration].”

55 Comme le relève F. DE LY, *loc. cit.*, 47.

56 M. Scherer explique à ce propos que les règles de l'IBA ont sans doute conduit à une augmentation du nombre de requête visant à contraindre la partie adverse à produire des documents : M. SCHERER, “The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration : Document Production Based on Contractual or Statutory Rights”, *Int'l. Arb. L. Rev.*, 2010, (195-200), 195.

57 Voy. les réflexions nuancées de H. VAN HOUTTE, “Arbitration Guidelines : Straitjacket or Compass?”, *Between East and West : Essays in Honour of Ulf Franke*, K. HOBBER et al. (éds.), 2010, Juris Net, 515-528.

law, et singulièrement aux Etats-Unis, alors que l'autre est habitée par la tradition civile, le recours aux règles de l'IBA doit être considéré avec attention. Ces principes ont en effet l'indéniable avantage de dépasser les clivages qui opposent encore les traditions juridiques bien contrastées – l'on pense notamment à l'épineuse question de la communication et de la production de documents ainsi qu'à l'interrogatoire de témoins, parties ou tiers.⁵⁸ Il en ira autrement lorsque le litige concerne une relation contractuelle entièrement inscrite dans la tradition civile. Encore qu'il soit opportun, même dans ce cas, de réfléchir à l'utilisation de certaines parties des règles IBA.⁵⁹ En tout état de cause, il peut s'avérer utile de laisser aux arbitres une certaine marge de manoeuvre, par exemple en incorporant les principes de l'IBA au titre de règles de conduite dont les arbitres peuvent au besoin s'écarter.⁶⁰ Ce faisant, l'on parvient à un meilleur équilibre entre sécurité juridique et flexibilité.

Au-delà des modalités précises relatives à la production de document, la question du caractère confidentiel de certains documents peut également surgir lorsque les arbitres examinent les éléments de preuve déposés par les parties. Cette question concerne le plus généralement les obligations de confidentialité que certaines règles professionnelles, voire légales, imposent aux écrits des conseils et juristes d'entreprise. L'appréhension de cette question par voie contractuelle est difficile, compte tenu notamment des évolutions rapides sur le terrain. Si les parties estiment nécessaire d'anticiper sur la question, elles peuvent utilement s'inspirer de l'article 9 des principes proposés par l'IBA.⁶¹

§ 3. Les mesures provisoires et conservatoires

Malgré sa relative rapidité, l'arbitrage n'échappe pas à la question du temps. Les impératifs de célérité qui caractérisent le commerce international imposent parfois d'obtenir une décision à très court terme. En outre, les mesures provisoires s'imposent parfois en cours de procédure pour garantir l'efficacité de celle-ci, notamment lorsqu'il est nécessaire d'obtenir des éléments

58 Encore que les différences et certainement leur impact sur la pratique de l'arbitrage ne doivent pas être exagérées. Certes, le droit américain permet un recours fort large à la procédure de 'discovery', recours que pourraient sensiblement endiguer les règles de l'IBA, qui adoptent sur cette question une position intermédiaire. Ceci explique qu'on considère généralement ces règles comme protégeant les parties contre les coûts exorbitants et le retard engendré par une véritable procédure de 'discovery' (en ce sens, F. DE LY, *loc. cit.*, 54). Il n'en reste pas moins que la pratique arbitrale révèle que les arbitres n'ordonnent en général que des productions de pièces limitées, bien en retrait de ce que permettrait une conception extensive de la *discovery* (en ce sens, D. HASCHER, *op. cit.*, 90).

59 Par ex. en excluant l'article 3 relatif à la communication de documents.

60 Park propose la rédaction suivante : "Although not bound by the formal rules of evidence, the Tribunal shall be guided by the principles set forth in the [2010] IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration" (W. W. PARK, "The Arbitration Clause : Drafting Considerations", in *Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice*, 2006, OUP, p. 387). Le groupe de travail de l'IBA sur la rédaction des clauses d'arbitrage a également envisagé une incorporation 'douce' des règles de l'IBA, selon le modèle suivant : "[Outre les pouvoirs conférés au Tribunal arbitral par le [règlement d'arbitrage]], le tribunal arbitral aura le pouvoir d'ordonner la production de documents [en application des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international / en s'inspirant le cas échéant des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international] en vigueur à la date de [conclusion du contrat / introduction de l'instance arbitrale]" (Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international, oct. 2010, p. 21, § 58).

61 La rédaction suivante est proposée par le groupe de travail de l'IBA sur les clauses d'arbitrage : "Toute objection tenant à la confidentialité ou au caractère secret d'un document ou d'une information et au droit d'une partie d'en refuser la production, sera tranchée par le tribunal arbitral en application de l'Article 9 des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international".

de preuve d'une partie ou d'un tiers, ou encore de contraindre l'une des parties à collaborer pleinement à la poursuite de la procédure. La possibilité d'obtenir rapidement des mesures provisoires constitue dès lors une question importante qui peut retenir l'attention des parties lors de la rédaction de leur contrat ou de l'acte de mission.

Il ne semble pas nécessaire de préciser dans ces documents que les arbitres et/ou un tribunal judiciaire ont le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires. Comme l'a fait remarquer le groupe de travail de l'IBA qui s'est penché sur la rédaction des conventions d'arbitrage, "Il est rarement nécessaire d'énoncer dans la clause d'arbitrage que le tribunal arbitral, ou les juridictions étatiques, ou les deux de façon concurrente, auront le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires avant que la décision au fond ne soit rendue."⁶²

Il n'est en effet plus contesté aujourd'hui que les arbitres ont la possibilité d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires lorsque les circonstances l'exigent.⁶³ De nombreuses législations nationales ont été adaptées pour reconnaître aux arbitres ce pouvoir. En Belgique, c'est l'article 1696 para. 1 du Code judiciaire qui accorde aux arbitres cette possibilité.⁶⁴ Il est fait écho à cette disposition dans le règlement Cepani dont l'article 18 prévoit que "chacune des parties peut demander au tribunal arbitral dès sa nomination, d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, y compris la constitution de garanties ou l'allocation d'une provision".⁶⁵ Le silence de la convention d'arbitrage ou de l'acte de mission ne constituera dès lors pas un handicap limitant l'action du tribunal arbitral, qui pourra s'appuyer soit sur le règlement d'arbitrage auquel les parties ont choisi de se soumettre, soit sur la loi applicable à l'arbitrage.

De même, le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures découle de leur propres règles, sur lesquelles les parties n'ont d'ailleurs pas d'emprise.⁶⁶ Il ne semble d'ailleurs pas utile de préciser dans la clause quelle juridiction étatique les parties pourront solliciter afin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires. Une telle précision, qui ne semble pas satisfaire l'impératif de modération, pourrait d'ailleurs s'avérer dangereuse car trop contraignante.

Enfin, il est inutile d'étendre la compétence des arbitres pour prononcer certaines mesures qui, par leur nature, demeurent de la compétence exclusive des juridictions étatiques. Il en va ainsi

62 Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international, oct. 2010, p. 20, § 48.

63 En général, voy. les contributions rassemblées in *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : évolutions et innovations*, J.-M. JACQUET (éd.), LexisNexis, 2007, 144 p.

64 En France, voy. l'article 1449 du Code de procédure civile, tel que modifié par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. Selon cette disposition, "L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage." Voy. les commentaires de E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *D.*, 2011, Chron. 175, pp. 175-192, spéc. 179-180.

65 Voy. l'art. 28 du Règlement CCI, qui permet au tribunal, à la demande d'une des parties, d'ordonner "toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée".

66 La réserve qui figure dans certains règlements d'arbitrage, au terme de laquelle les parties peuvent demander des mesures provisoires ou conservatoires à toute autorité judiciaire (par ex. art. 28(2) du Règlement CCI) n'a donc qu'une valeur déclarative et non constitutive du pouvoir des juridictions étatiques.

des saisies conservatoires.⁶⁷

Quelle est dès lors l'utilité de l'autonomie de la volonté s'agissant des mesures provisoires ou conservatoires? Les parties peuvent tout d'abord s'entendre pour exclure radicalement toute intervention du tribunal arbitral sur ce plan.⁶⁸ Une telle exclusion doit être envisagée avec la plus grande précaution.

Les parties peuvent ensuite pouvoir souhaiter étendre les pouvoirs conférés aux arbitres par un règlement. Ceci sera notamment le cas lorsque le règlement limite l'intervention des arbitres aux seules mesures provisoires ou conservatoires portant sur l'objet du litige.⁶⁹ Une telle rédaction peut faire douter du titre que possèdent les arbitres à intervenir lorsque la mesure provisoire a trait au déroulement de la procédure – l'on pense à la nécessité d'ordonner à l'une des parties la constitution d'une garantie destinée à couvrir les frais de l'instance arbitrale ou encore au souhait d'une partie d'obtenir que les arbitres contraignent l'autre à abandonner une procédure engagée devant une juridiction étatique. Une telle extension du pouvoir des arbitres ne semble pas susciter de difficulté.⁷⁰

Dans la même veine, les parties peuvent souhaiter régler différemment la saisine concurrente du tribunal arbitral et des juridictions étatiques pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires. Pour ce faire, le contrat peut déroger aux règles que l'on trouve parfois, selon lesquelles les parties ne peuvent plus saisir les juridictions étatiques pour obtenir de telles mesures une fois le tribunal arbitral constitué. Le contrat peut à cette fin préciser que chaque partie pourra demander à toute juridiction compétente toute mesure provisoire ou conservatoire, y compris toute saisie ou injonction, que ce soit avant la constitution du tribunal arbitral ou après.⁷¹ Il est préférable dans ce cas d'introduire une règle de coordination, par exemple en stipulant que la partie qui saisit une juridiction étatique après la constitution du tribunal arbitral, doit en informer celui-ci. Même si ceci n'est pas strictement nécessaire,⁷² il est également souhaitable de préciser que la saisine d'une juridiction étatique n'emporte pas renonciation à l'arbitrage.⁷³

67 C'est ce que prévoit l'article 1696 § 1 *in fine* du Code judiciaire (voy. les observations de G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, 345, n° 421). Voy. aussi l'article 1468 al. 1 *in fine* du Code de procédure civile français qui prévoit que "la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires".

68 Comme l'envisage le Règlement CCI (art. 28(1)).

69 Ce qui n'est pas le cas du Règlement CCI, dont l'article 28 prévoit que le tribunal arbitral peut "ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée".

70 Le groupe de travail de l'IBA propose la rédaction suivante : "Sauf disposition spécifique du présent contrat en sens contraire, le tribunal arbitral aura le pouvoir d'ordonner toute mesure appropriée, que ce soit à titre provisoire ou définitif, y compris mais pas uniquement des mesures provisoires ou conservatoires." (Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international, oct. 2010, p. 20, § 51).

71 L'article 28(2) du Règlement CCI prévoit que la saisine des juridictions étatiques après la constitution du tribunal arbitral n'est possible que "si les circonstances s'y prêtent".

72 Dans la mesure où il est très généralement admis que le choix des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage, n'emporte pas renonciation à solliciter auprès d'une juridiction étatique des mesures provisoires ou conservatoires, ni, inversement, que le choix de solliciter un tribunal arbitral, ne prive pas les parties de la possibilité de saisir une juridiction étatique.

73 Par ex. : "La saisine d'une autorité judiciaire pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires ou pour faire exécuter de telles mesures ordonnées par un tribunal arbitral ne contrevient pas à la convention d'arbitrage, ne constitue pas une renonciation à celle-ci, et ne préjudicie pas à la compétence du tribunal arbitral".

Inversément, les parties peuvent limiter la possibilité de saisir les juridictions étatiques pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires après que le tribunal arbitral a été constitué. Il peut ainsi être précisé que "Chaque partie pourra demander à toute juridiction compétente toute mesure provisoire ou conservatoire, y compris toute saisie ou injonction devant être ordonnées avant l'engagement de la procédure arbitrale, et de telles demandes ne seront pas considérées comme étant incompatibles avec l'accord des parties de se soumettre à l'arbitrage ou impliquant une renonciation à l'arbitrage. Cependant, une fois le tribunal arbitral constitué, celui-ci sera seul compétent pour connaître de demandes de mesures provisoires ou conservatoires, et toutes mesures ainsi ordonnées par le tribunal arbitral pourront faire l'objet d'une demande d'exécution devant tout tribunal étatique compétent".⁷⁴

Si le règlement d'arbitrage ne contient pas d'indication sur ce plan,⁷⁵ il peut également être utile de préciser les modalités de l'intervention des arbitres. L'on peut ainsi s'accorder sur le fait que les mesures adoptées par les arbitres feront l'objet d'une sentence.⁷⁶ L'on peut également préciser que les arbitres pourront subordonner l'octroi des mesures provisoires, ou de certaines d'entre elles, à la constitution de garanties adéquates par le requérant.

Enfin, les parties pourraient souhaiter accorder au tribunal arbitral la possibilité d'ordonner des mesures provisoires sans débat contradictoire, à la demande d'une des parties. Une telle possibilité doit faire l'objet d'une stipulation expresse.⁷⁷ Il faudra cependant se souvenir que des telles mesures peuvent se heurter à certains obstacles au stade de l'exécution.

En guise de conclusion

Au terme de cette analyse, il convient de reconnaître que les mécanismes et dispositions que les parties peuvent prévoir ne permettent pas de garantir avec certitude un déroulement rapide et efficace de la procédure arbitrale. A côté de ces mécanismes, il faut en effet tenir compte d'autres circonstances. Comme le notent MM. Redfern et Hunter, "*Delay may be avoided more easily by wise choice of the composition of the arbitral tribunal rather than by inserting detailed procedural rules into the arbitration agreements*".⁷⁸ Il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas vain de réfléchir à un aménagement contractuel de la procédure. Combiné à un choix d'arbitres performant, ceci constitue la meilleure garantie pour une procédure rapide et respectueuse des attentes des parties.

* * *

74 Rédaction proposée par le groupe de travail de l'IBA (Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international, oct. 2010, p. 21, § 53).

75 L'article 28 (1) du Règlement CCI prévoit que "Les mesures envisagées dans le présent article sont prises sous forme d'ordonnance motivée ou sous forme d'une sentence, selon ce que le tribunal arbitral estime adéquat".

76 Il est parfois précisé que la sentence accordant des mesures provisoires est "exécutoire". Cette précision ne lie pas les juridictions étatiques, qui conservent un monopole dès lors qu'il s'agit de permettre l'exécution d'une sentence.

77 Par ex. : "... le tribunal arbitral aura le pouvoir d'ordonner toute mesure appropriée, que ce soit à titre provisoire (y compris ex parte) ou définitif..." (rédaction empruntée au groupe de travail de l'IBA).

78 N. BLACKABY et C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, OUP, 2009, 437, n° 6.276.