

L'arbitrage d'urgence

Dalal M. S. Al-Kenaimesh

Résumé

Les arbitres d'urgence ont été créés récemment et ont tendance à combler les lacunes sur les questions d'arbitrage. En fait, chaque tribunal arbitral doit d'abord être formé. Si les parties et leurs avocats ont aujourd'hui tendance à mieux élaborer cette procédure dans la clause compromissoire, la mise en place du tribunal arbitral peut prendre plusieurs mois. Cependant, pendant cette période, le litige et son environnement peuvent changer.

L'arbitrage d'urgence est la proposition la plus efficace qu'une institution d'arbitrage fait pour obtenir des mesures de précaution ou de protection sans passer par un juge des référés. Désormais, en insérant une clause compromissoire dans le contrat, l'entreprise peut saisir l'opportunité pour l'arbitre d'urgence de demander des mesures provisoires ou conservatoires avant la constitution du Tribunal arbitral.

L'objet de ce travail de recherche est de voir la portée de l'arbitrage d'urgence, son apport, mais aussi les conditions de son application.

Nous verrons tout d'abord que l'arbitrage d'urgence peut être une alternative aux tribunaux étatiques (I), puis nous étudierons le processus de l'arbitrage d'urgence (II).

Emergency Arbitration

Dalal M. S. Al-Kenaimesh

Abstract

Emergency arbitrators have been recently created and tend to fill gaps on arbitration issues. In fact each arbitral tribunal must first be formed. Although the parties and their lawyers tend today to better elaborate this procedure in the arbitration clause, the establishment of the arbitral tribunal can take several months. However, during this period, the litigation and its environment may change.

Emergency arbitration is the most effective proposal that an arbitration institution makes to obtain precautionary or protective measures without going through a judge of interim measures. Henceforth, by inserting an arbitration clause into the contract, the company may seize the opportunity for the emergency arbitrator to request provisional or protective measures before the constitution of the Arbitral Tribunal.

The purpose of this research is to see the scope of emergency arbitration, its contribution, but also the conditions of its application.

We will first discuss that emergency arbitration can be an alternative to state courts (I), then we will study the process of emergency arbitration (II).

Introduction

Comme le disait Jean-Claude Magendie, alors président du tribunal de grande instance de Paris, dans un rapport du même nom au Garde des Sceaux : « Notre société est propice au présent et impose l'urgence. La tyrannie est généralement lente. Depuis le début du XIXe siècle, la France (et même dans le monde) a adopté des règles de dérogation pour s'adapter aux soins d'urgence. Aujourd'hui, les médecins recourent à ces procédures tous les jours. Bien sûr, l'arbitrage aussi souhaite répondre à ce besoin constant de rationaliser le règlement des différends, quelle que soit sa forme.¹

Les arbitres d'urgence ont été créés récemment et ont tendance à combler les lacunes sur les questions d'arbitrage. En fait, contrairement aux tribunaux d'État (qui sont par nature constants et toujours disponibles), chaque tribunal arbitral doit d'abord être formé. Si les parties et leurs avocats ont aujourd'hui tendance à mieux élaborer cette procédure dans la clause compromissoire, la mise en place du tribunal arbitral peut prendre plusieurs mois. Cependant, pendant cette période, le litige et son environnement peuvent changer.²

¹ Mission Magendie, *Célérité et qualité de la justice – la gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, 15 juin 2004, p. 11.

² « L'apparition du référé dans le droit judiciaire français est d'origine prétorienne. Elle a été l'œuvre du lieutenant civil de la Seine de 1829 à 1856. Cette institution ancienne, imaginée en vue de désencombrer les rôles des juridictions, notamment ceux de la capitale, permettait déjà de remédier aux lenteurs de la justice civile. Le Code de procédure civile de 1806 a généralisé cette procédure parisienne (...) en réservant dès l'origine la connaissance du référé à tous les présidents des tribunaux civils de première instance (...) Mais, face à l'essor d'un contentieux issu de nouvelles disciplines telles que le droit commercial, le droit des groupements ou le droit social, le législateur contemporain a été contraint d'étendre le référé à ces matières (...) par une loi du 11 mars 1924 (DP 1924.4.142) » (Bruschi M., *Référé commercial*, Rép. pr. civ., 2000).

L'arbitrage peut être défini comme « les parties à un différend conviennent d'attribuer le pouvoir de décision à une ou plusieurs personnes sélectionnées sur la base de leur autorité morale ou technique ». Les magistrats ne peuvent pas être choisis comme arbitres. Par conséquent, cela signifie qu'une ou plusieurs personnes physiques ont le droit de résoudre les différends, et cette tâche est généralement accomplie par l'État exerçant l'un de ses privilèges souverains. Pour les tâches d'arbitres (ou de tribunaux d'arbitrage universitaires qui doivent être composés de nombres impairs), les parties entendent bien distinguer ces derniers des autres éventuels intervenants en ce qui concerne d'autres modes de controverse (conciliation, médiation, etc.), et n'en ont pas l'intention résoudre le différend. Mais ils ont tendance à rapprocher les deux parties en adoptant une position plus respectueuse pour résoudre les différends avec un système de recherche de solutions amiables).³

L'arbitrage d'urgence est la proposition la plus efficace qu'une institution d'arbitrage fait pour obtenir des mesures de précaution ou de protection sans passer par un juge des référés. Désormais, en insérant une clause compromissoire dans le contrat, l'entreprise peut saisir l'opportunité pour l'arbitre d'urgence de demander des mesures provisoires ou conservatoires avant la constitution du Tribunal arbitral.

Par exemple, depuis le 1er janvier 2012, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) permet la recherche d'arbitres d'urgence. Cette innovation importante permet aux parties de

³ L'on retrouve cependant l'ancêtre de l'arbitrage d'urgence dans la loi néerlandaise du 1^{er} décembre 1986, laquelle régissait le droit de l'arbitrage et qui, en son article 1051, prévoyait une procédure de référé arbitral, alors considérée comme « révolutionnaire » (Meijer G. & Hoebeke B. R., *The new Dutch Arbitration Act and the new NAI Arbitration Rules*, Lexology, 15 janvier 2015).

signer des clauses arbitraires pour profiter des véritables alternatives des tribunaux étatiques pour obtenir des mesures temporaires et protectrices dans les situations d'urgence. Cette innovation peut pleinement répondre à la demande croissante de l'entreprise pour une action rapide et efficace. Le succès de cette procédure d'urgence le prouve.

L'objet de ce travail de recherche est de voir la portée de l'arbitrage d'urgence, son apport, mais aussi les conditions de son application.

Nous verrons tout d'abord que l'arbitrage d'urgence peut être une alternative aux tribunaux étatiques (I), puis nous étudierons le processus de l'arbitrage d'urgence (II).

I) L'arbitrage d'urgence, une alternative aux tribunaux étatiques

Il est judicieux de penser que l'application de l'arbitrage d'urgence pourrait être un choix avantageux (A) mais aussi un choix conditionné (B).

A) L'arbitrage d'urgence, un choix avantageux

1) Un choix

L'arbitrage d'urgence provient du référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale. Bien que les règles arbitraires donnent généralement au tribunal arbitral le pouvoir de prendre des mesures temporaires ou conservatrices après la formation du tribunal arbitral, il peut être compliqué d'obtenir de telles mesures avant la formation du tribunal arbitral. Pour résoudre ce problème, les institutions internationales d'arbitrage ont proposé de nouvelles procédures.

La CCI (Chambre de commerce internationale) a proposé la première de ces procédures en 1990, introduisant le référé

pré-arbitral dans une disposition distincte du règlement d'arbitrage. Suivant cette procédure, « le tiers statuant en référé à pouvoir : (a) d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence, afin de prévenir soit un dommage imminent soit un préjudice irréparable et ainsi de sauvegarder tout droit ou bien d'une partie », mais aussi : « (d) d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement de preuves »⁴. Si cette procédure était très innovante, elle a été très peu utilisée du fait de la condition d'opt-in indispensable à l'application du référé pré-arbitral⁵.

De plus, la faculté de rendre exécutoire la décision du tiers statuant en référé a été contestée.

Dès lors, la cour d'appel de Paris a estimé que l'ordonnance du tiers de statuer en référé était de nature contractuelle⁶.

La conséquence de cette réserve est que la Convention de New York ne s'applique pas aux ordonnances de référé pré-arbitral parce qu'il ne s'agit pas de sentences arbitrales⁷. Par conséquent, l'accord ne peut pas être utilisé comme base légale pour l'exécution du tribunal compétent.

⁴ Article 2.1, Règlement de référé pré-arbitral de la CCI, en vigueur le 1 janvier 1990

⁵ J. Hosking, E. Valentine, et C. Lindsey, « Pre-arbitral emergency measures of protection : new tools for an old problem », *Op. cit.*, p.199 ; J. Fry, « The Emergency Arbitrator – Flawed Fashion or Sensible Solution? », *Dispute Resolution International*, 2013, p.182; I. Meredith, and M. Birch, « The ICC's pre-arbitral referee procedure – how valuable is it? », *Op. cit.*, pp. 49-5.

⁶ Cour d'appel de Paris (1^e ch.), 29 avril 2003, Société National des pétroles du Congo et République du Congo c. Total Fina Elf E & P.

⁷ J. Hosking, E. Valentine, and C. Lindsey, « Pre-arbitral emergency measures of protection : new tools for an old problem », *Op. cit.*, p.199 et s. ; B. BAIGEL, « The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis », *Journal of International Arbitration*, no. 31, 2014, pp. 1-18.

Depuis le 1er janvier 2012, la Chambre de Commerce Internationale est un centre d'arbitrage internationalement reconnu basé à Paris et a le droit de demander l'aide d'arbitres d'urgence. L'arbitrage d'urgence est la proposition la plus efficace faite par une institution d'arbitrage pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires sans passer par un juge des référés. Cette procédure d'arbitrage d'urgence ne remplacera pas le résumé pré-arbitrage de 1990, mais le complétera. Cette procédure a été mise à jour dans le règlement de 2017 et est traitée à l'article 29 et dans les dispositions de l'appendice V.

Cette innovation importante permet aux parties de signer des clauses arbitraires pour profiter des réelles alternatives des tribunaux étatiques pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires dans les situations d'urgence. Désormais, en incluant une clause d'arbitrage dans le contrat, les entreprises peuvent choisir de saisir des arbitres d'urgence ou des tribunaux d'État pour demander des mesures provisoires ou conservatoires. Par conséquent, l'une des caractéristiques de cette innovation est que le recours à des arbitres d'urgence n'est pas unique. En d'autres termes, selon le plan contractuel, l'arbitrage de la CCI sera utilisé en cas de litige, par conséquent, les parties qui peuvent amener l'arbitre d'urgence peuvent choisir de déposer le procès devant le tribunal d'État. Mesures temporaires ou de protection, ou arbitres d'urgence. Le manque d'exclusivité donne à l'entreprise une réelle liberté de choix en fonction des décisions qu'elle peut prendre.

Au sein de l'Union européenne, des procédures d'urgence ont été introduites dans le règlement de la Cour européenne d'arbitrage et de médiation de Paris et de Versailles-France. Par conséquent, la Cour européenne d'arbitrage et de médiation de Paris et le règlement d'arbitrage de Versailles-

Ile-de-France ont introduit des procédures d'arbitrage d'urgence innovantes qui sont menées dans les situations d'urgence fréquentes. La salle d'urgence propose trois types de procédures d'urgence pour l'entreprise :

- l'arbitrage assorti de mesures provisionnelles immédiates ;
- l'arbitrage à durée préfixée et bloquée (de quarante-cinq jours sauf convention contraire),
- l'arbitrage en «conclave».

En France, l'article 16⁸ du nouveau règlement d'arbitrage de l'AFA prévoit un arbitrage d'urgence. Cet article traite de la situation dans laquelle un tribunal arbitral a été établi et, quelle que soit la manière dont l'affaire est instruite, des mesures provisoires ou préventives (telles que des mesures prises par les parties) peuvent exiger d'urgence du juge qu'il statue sur des mesures conservatoires. Par exemple, pour éviter de perdre des preuves ou de trancher des questions à l'avance, sans plus tarder. Cependant, cet article couvre également les situations dans lesquelles il est souhaitable de créer immédiatement un tribunal arbitral chargé de l'affaire ou de désigner un arbitre dès que possible, compte tenu des mesures d'urgence imminentes. Faire face à la crise en traitant de la composition du tribunal arbitral déterminera permettra de trancher le fond du litige.

- Dans le cas où le tribunal arbitral est déjà constitué (article 16- §1)

Après la création du tribunal arbitral, il déterminera les mesures nécessaires sur la base de sa propre appréciation de la situation d'urgence et des procédures qu'il jugera appropriées.

⁸ L'arbitrage de l'urgence de l'article 16 vient remplacer les procédures d'urgence de l'ancien article 13 du Règlement.

Cependant, la nouvelle version a été légèrement modifiée. Dans le nouveau libellé, la situation mentionnée ne se limite pas aux "mesures d'urgence" (formule de l'ancien article 13) que toute partie peut exiger, mais renvoie à la demande de décision urgente prise par le tribunal : « Selon la Constitution, toute partie peut demander à un tribunal arbitral ou à un arbitre exclusif de prendre une décision urgente sur la base de votre demande. » Cette déclaration couvre également les situations où une décision de fond doit être prise de manière absolue, plutôt que de simples mesures temporaires ou conservatoires.

- Second cas, lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué (article 16- §2)

Si le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, le comité d'arbitrage procède immédiatement à sa composition, sans être lié par le délai spécifié ailleurs dans le règlement. Dans ce cas, une deuxième distinction est faite quant à savoir si les mesures demandées affectent le fond du différend, et la deuxième distinction a été conservée dans l'ancienne version.

La répartition des responsabilités est claire : si les mesures requises sont susceptibles d'influencer l'affaire, le groupe spécial d'arbitrage devrait évaluer les éléments de preuve *prima facies*, puis le tribunal arbitral cité décidera des mesures sollicitées selon sa propre appréciation de leur caractère d'urgence allégué.

Tout d'abord, lorsque la Commission d'arbitrage considère que des mesures urgentes peuvent avoir une incidence sur le fond du litige, elle constitue un tribunal arbitral et n'est pas soumise aux délais prévus par ailleurs par le Règlement, ce qui relève du tribunal arbitral. Gouvernez selon votre propre urgence. L'intervention de la commission d'arbitrage a permis d'accélérer la constitution du tribunal arbitral, les parties se

sont donc en fait retrouvées dans la première situation décrite à l'article 16- 1.

Deuxièmement, lorsque la commission d'arbitrage estime que des mesures d'urgence ne sont pas susceptibles d'affecter le fond du litige, il n'est pas nécessaire d'accélérer la mise en place d'un tribunal arbitral pour rendre une sentence. Sur le fond. Dans ce cas, la commission d'arbitrage nomme un arbitre unique (non soumis au terme autrement fixé par les règles de composition du tribunal arbitral), dont la tâche est de déterminer brièvement les mesures d'urgences sollicitées dans un bref délai (10 jours après la clôture des débats).

2) Les avantages

L'arbitrage d'urgence et les procédures d'arbitrage de fond présentent les mêmes avantages :

- Dans l'arbitrage international, l'impartialité et l'indépendance des arbitres rassurent les utilisateurs quant au manque d'indépendance des juges locaux ;
- Les arbitres d'urgence peuvent également surmonter la difficulté de consulter les juges de nationalité étrangère sur le plan linguistique, technique et même procédural.
- La confidentialité des mesures demandées est généralement un autre avantage du demandeur ;
- Le manque d'attractivité des mesures prises est également un facteur important dans le choix de l'arbitrage d'urgence.
- L'arbitrage d'urgence peut également combiner des procédures complexes impliquant plusieurs parties de nationalités différentes : l'arbitre d'urgence devient juge, réduisant ainsi les coûts supplémentaires des procédures étatiques parallèles et le risque de décisions contradictoires.

Par exemple, dans les litiges relatifs aux investissements internationaux, les arbitres d'urgence ont soumis trois décisions⁹ préliminaires au tribunal d'arbitrage commercial de Stockholm en 2014 et 2015 concernant des différends investisseurs-État. Son règlement de 2010 incluait en annexe des règles relatives à une telle procédure d'urgence¹⁰. Si la procédure est rapide, la transparence, quant à elle, est malheureusement perdue ; et parmi les trois décisions rendues, seule la première a été annoncée (TSIKinvest c. République de Moldova, SCC EA 2014/053-SCC EA 2014/183 et SCC EA 2015/002). Il y a trois cas en cinq ans, et le taux de réussite ne semble pas élevé, mais les faits de ces cas prouvent qu'une telle procédure est avantageuse pour les investisseurs.

Les décisions couvertes par les mesures de confidentialité (SCC EA 2014/053) qui indiquent des mesures temporaires sont un véritable exemple de sauvegarde des intérêts de ces innovations de programme. Dans la seconde décision (SCC EA 2014/183), l'arbitre d'urgence n'a pas précisé les mesures de protection requises par les investisseurs. Elles l'ont en revanche été dans la troisième qui repose sur le Traité sur la

⁹ *TSIKinvest LLC v. The Republic of Moldova*, SCC EA n° 2014/053, 29 April 2014 (K. Hober, Arbitre d'urgence).

- *JKX oil and Gas, Poltava Gas, Poltava Petroleum Company v. Ukraine*, SCC EA n° 2015/002, 14 January 2015. (R. Dolzer, Arbitre d'urgence ; non publiée).

- *X v. Y*, SCC EA n° 2014/183 (non publiée)

¹⁰ Pour une présentation théorique de cette procédure d'urgence : Patricia Shaughnessy, « Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules », *Journal of International Arbitration*, vol. 27, 2010, pp. 337-360.

Charte de l'énergie ainsi que les TBI Royaume-Uni – Ukraine (1993) et Pays-Bas – Ukraine (1994) (SCC EA 2015/002)¹¹.

B. L'arbitrage d'urgence, un choix conditionné

En cas d'offre, le choix selon la procédure d'arbitrage est soumis à conditions.

- L'importance de la version du règlement d'arbitrage applicable

Afin d'entamer une procédure d'arbitrage d'urgence, il est nécessaire que cette procédure soit prévue dans la version du règlement d'arbitrage choisie dans la clause compromissoire. En ce sens, les principales institutions arbitrales n'ont pas adopté des solutions identiques.

Par exemple, d'une part, pour le CEPANI¹² (Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation), la Chambre de Commerce Internationale¹³ et LCIA¹⁴ (London International Arbitration Court), la réglementation applicable entre en vigueur à la signature de la clause d'arbitrage. Si cette clause prend fin avant l'entrée en vigueur du règlement d'arbitrage, la procédure ne peut pas être engagée. Cette méthode est atténuée dans les règlements LCIA. Ce règlement permet aux parties qui ont signé leur contrat avant l'entrée en vigueur du

¹¹ L'arbitre ordonne que l'Ukraine limite le taux de redevances versées par la filiale de l'investisseur au autorités ukrainiennes à 28% de la production, contre 55% contre 55% depuis l'entrée en vigueur de la législation d'urgence ukrainienne.

¹² Article 27.1, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

¹³ Article 29, 6, a), règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

¹⁴ Article 9.14, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; London Court of International arbitration, « LCIA Notes on emergency procedure », *Op. cit.*, §7.

règlement instaurant l'arbitrage d'urgence de faire un opt-in de cette procédure, dans le but de pouvoir aussi en bénéficier.

En revanche, pour le SIAC¹⁵ (Centre d'arbitrage international de Singapour), la SCC¹⁶ (Chambre de commerce de Stockholm) et l'ICDR¹⁷ (International Centre for Dispute Resolution), le règlement applicable à cette procédure d'arbitrage d'urgence est celui en vigueur lors de l'initiation de la procédure d'arbitrage. Par conséquent, lorsqu'une des parties ne dispose pas d'une procédure d'arbitrage d'urgence lors de la signature de la clause compromissoire, il est possible d'engager la procédure¹⁸. De cette manière, davantage de personnes peuvent recourir à des procédures d'arbitrage d'urgence. Ces trois institutions d'arbitrage sont également les institutions dotées des procédures d'arbitrage d'urgence.

- La faculté des parties d'exclure la procédure d'arbitrage d'urgence

Les arbitres d'urgence font désormais partie intégrante du règlement d'arbitrage de nombreuses institutions d'arbitrage¹⁹.

¹⁵ Rule 1.2, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

¹⁶ Préambule, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

¹⁷ Article 1.1 règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹⁸ D. HUEBNER, A. WARE, A. ENDICOTT et J. MUSE-FISHER, «Default Application of Emergency Arbitrator Provisions in Commercial Arbitration Rules», disponible sur : <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7bdd2a52-0010-4af3-bb5b-f82a36b90c76>.

¹⁹ Article 26.1, règlement d'arbitrage CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; article 29.6, b), règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Préambule du règlement de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Article 9.14, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Article 1.2, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; Article 1.1 règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

Si les parties ne spécifient pas expressément l'exclusion de l'arbitrage d'urgence dans leur clause d'arbitrage (omission), la possibilité de nommer des arbitres d'urgence sera affectée. Fait intéressant, dans l'un des premiers cas traités, la Chambre de commerce internationale a accepté d'envisager la possibilité d'un arbitrage d'urgence si la clause compromissoire a été signée avant l'entrée en vigueur du Règlement, mais ses termes stipulent que les règles applicables seront les règles à la date d'exécution de l'arbitrage. Cela est conforme au texte de la clause compromissoire et, par conséquent, aux souhaits des parties. Le défendeur n'a soulevé aucune objection.

La possibilité pour les parties de choisir la procédure d'arbitrage d'urgence est un élément qui existe dans toutes les règles d'arbitrage ci-dessus. Si les parties au différend ne souhaitent pas appliquer cette procédure, elles peuvent choisir d'abandonner la procédure.

Toutes les parties peuvent choisir d'annuler explicitement. Par exemple, la Chambre de commerce internationale recommande l'utilisation d'un modèle clairement illégal dans la section « clause d'arbitrage » de son règlement: «Les règlements relatifs à l'arbitrage d'urgence ne s'appliquent pas». Tout autre langage explicite suffit²⁰.

Les parties peuvent également impliquer des différences lorsqu'elles optent pour un autre système de pré-arbitrage pour accorder des mesures provisoires et conservatoires²¹.

²⁰ J. FRY, S. GREENBERG et F. MAZZA, « the secretariat's guide to ICC arbitration : a practical commentary on the 2012 ICC rules of arbitration from the secretariat of the ICC international court of arbitration », *ICC publication*, Paris, 2012, §3-1101, p.309

²¹ Article 29, (6) c) règlement d'arbitrage de l'ICC entré en vigueur le 1 mars 2017 ; J. FRY, S. GREENBERG, F. MAZZA, « the secretariat's guide to ICC

En outre, l'existence d'une procédure d'arbitrage d'urgence dans le règlement ne signifie pas que le recours au référé national est abandonné. En ce sens, l'article 29 (7), du Règlement de la Chambre de commerce internationale stipule que les dispositions relatives à l'arbitrage d'urgence n'empêchent pas les parties de demander à toute autorité judiciaire compétente d'accorder des mesures d'urgence temporaires ou conservatoires à tout moment avant la soumission d'une requête à cette fin conformément au Règlement et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent.

Par conséquent, la compétence de l'arbitre d'urgence CCI n'est pas unique : avant la formation du tribunal arbitral et en cas d'urgence, les parties liées par une clause d'arbitrage CCI peuvent saisir le juge des référés²². La sélection des juges nationaux et des arbitres d'urgence est basée sur les intérêts d'arbitrage susmentionnés, mais est parfois aussi basée sur l'objectif des mesures de précaution requises : bien que certaines mesures exigent des « effets non intentionnels », comme la capture ou la déclaration. Mais dans la situation d'urgence, l'arbitre doit prendre une décision sans consulter les deux parties : le contenu soudain ne correspond pas à l'arbitre d'urgence.

De cette manière, les parties peuvent choisir de saisir le juge étatique pour rendre des ordonnances fondées sur des demandes contradictoires. De même, l'élection peut se faire sur la base des pouvoirs spécifiques des juges étatiques et des arbitres d'urgence.

arbitration : a practical commentary on the 2012 ICC rules of arbitration from the secretariat of the ICC international court of arbitration », *Op.cit.*, §3-1102, p.309

²² CA Toulouse, ch. 3, 30 avr. 2018, no 17/3754, Airbus c/ Asian Sky Group (ASG).

Par conséquent, les arbitres d'urgence ne peuvent résoudre les litiges relevant de la compétence exclusive des tribunaux locaux, tels que les protections et garanties judiciaires françaises. D'un autre côté, si le juge d'État est limité par les ordonnances qu'il peut rendre, alors l'arbitre d'urgence aura une grande latitude dans les ordonnances provisoires et les ordonnances conservatoires qu'il peut rendre afin de prendre une décision « sur mesure ».

Par conséquent, il peut ainsi statuer sur la confidentialité, un séquestre, une anti-suit injonction, une désignation d'expert ou encore l'exécution d'une obligation contractuelle.

Cependant, cette possibilité de servir simultanément d'arbitre et de juge de référé entraînera des incertitudes ou des difficultés.

Premièrement, devrions-nous comprendre le terme « des circonstances appropriées » comme une limitation de la possibilité de faire appel auprès du tribunal d'État après l'envoi de la demande à l'arbitre d'urgence. En l'absence de sanctions imposées par le règlement, cette interprétation semble avoir un impact non pas sur l'acceptation de la demande, mais sur la décision sur la demande. Ainsi, par exemple, si le demandeur obtient devant un juge national une mesure équivalente en tous points à la mesure demandée par l'arbitre d'urgence, ce dernier peut refuser la demande qui lui est faite en raison de l'urgence et / ou du besoin. Dans tous les cas, ce n'est pas une sanction « automatique » et l'arbitre d'urgence doit tenir compte de tous les arguments et circonstances.

De même, il est possible de contester les sanctions liées aux violations de l'obligation de notifier au Secrétariat de la Cour pénale internationale toute demande ou action de l'autorité judiciaire. De plus, en l'absence de sanctions, il apparaît que l'arbitre d'urgence décide des conséquences d'une

telle négligence. Par conséquent, ce dernier peut vouloir voir qu'un tel comportement viole le principe inverse, par exemple, pour justifier le retrait de son ordonnance.

De même, le règlement LCIA, dans son article 9.12 précise que les parties peuvent toujours demander aux juges des États de présenter des demandes de mesures provisoires et conservatoires. Cette demande peut être émise même si une procédure d'arbitrage d'urgence est en cours.

Par exemple, les procédures d'urgence prévues dans le règlement d'arbitrage de l'AAA (Association américaine d'arbitrage) ne priveront pas les parties des dispositions de l'article 1449 du Code de procédure civile²³. En 2014, Lltech a confié la recherche de ses équipements médicaux à BAC aux Etats-Unis et en Asie dans le cadre d'un contrat comprenant une clause d'arbitrage AAA (American Arbitration Association). En juillet 2016, Lltech a déclaré qu'elle n'était pas en mesure de payer BAC en raison de difficultés financières et d'un manque de fonds, et en novembre 2016, elle a exprimé son mécontentement à l'égard de ses services.

En 2018, BAC a saisi en référé le président du tribunal de commerce de Paris en paiement. Le 22 février 2019, le juge a rejeté la demande de Lltech la veille de l'audience, affirmant qu'il entendait soulever des contestations sérieuses et, contrairement à sa compétence, ordonner le paiement partiel des honoraires. Dans l'appel, Lltech a déclaré que le juge n'avait pas compétence sur la clause compromissoire, et cette réclamation a été sérieusement remise en question. Selon l'article 74 de la loi sur la procédure civile, BAC s'est opposée à l'acceptation de l'appel.

²³ CA Paris, 1-2, 31 oct. 2019, no 19/05913, Lltech Management (Lltech) c/ Business Asia Consultants (BAC).

La cour a déclaré que l'objection impuissante était acceptable au motif que la demande de renvoi ne constituait pas une défense sur le fond, puis a rejeté l'objection parce que la procédure d'urgence en vertu des règles arbitraires de l'AAA ne privait pas BAC de ses qualifications. Les dispositions de l'article 1449 de la loi de procédure civile. Considérant que la dette est relativement ancienne et notant que Litech ne paie plus BAC en raison de la déclaration de difficultés financières et ne fournissant plus de comptes 2017, le tribunal a déclaré qu'en raison de ce risque, l'urgence avait été déterminée. Et a demandé à BAC de rembourser une partie de sa créance qu'elle estime non sérieusement contestables.

Par conséquent, l'importance de l'indemnisation cumulative pour l'arbitrage d'urgence et les tribunaux d'État doit être évaluée au cas par cas et en tenant compte de la séquence des procédures. En principe, il n'existe pas de « bonne » solution. Cependant, l'utilisation cumulative d'un certain nombre de procédures vous permet de bénéficier d'autres mesures : (i) les lois spécifiques de l'État autoriseront le gel des avoirs dans certains territoires et (ii) l'arbitrage interdira probablement au défendeur de prendre des mesures dans le monde entier.

- L'urgence

Le délai d'urgence est une condition nécessaire pour initier la demande d'arbitrage d'urgence dans les règlements CCI et CEPANI. Ces deux règlements ont le même libellé et exigent que « des mesures urgentes soient nécessaires pour attendre la formation du tribunal arbitral »²⁴.

Cet état d'urgence est perçu comme un moyen de limiter la portée des procédures d'urgence aux situations de « réelles

²⁴ Article 26.1, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; Article 29.1, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

d'urgence », c'est-à-dire aux situations dans lesquelles la cour souhaite être formée. Par conséquent, une urgence est une condition pour une demande d'arbitrage urgente. Une fois qu'un arbitre d'urgence est désigné, il vérifiera qu'il y a une urgence²⁵.

Cependant, l'arbitrage d'urgence n'exempte pas la confidentialité requise par les utilisateurs de l'arbitrage. De cette manière, en raison de l'ouverture de la procédure et de l'absence d'ordonnances rendues, les parties sont incapables de comprendre les critères retenus par les arbitres urgents pour apprécier « l'urgence » de leur situation. Par exemple, l'article 29 du Règlement de la Chambre de commerce internationale stipule clairement que les situations d'urgence exigent que « la formation d'un tribunal arbitral ne puisse être attendue ». L'urgence est le seul et unique critère textuel que l'arbitre d'urgence doit appliquer. Il est libre ensuite de recourir aux standards et conditions qu'il juge pertinents.

En revanche, sur la question de la procédure de référé, en prenant la France comme exemple, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile, il existe depuis 40 ans de nombreux précédents qui ont clarifié le texte. Il y en a tellement que les praticiens d'aujourd'hui sont généralement en mesure de comprendre plus précisément les critères d'octroi de mesures provisoires et peuvent mieux évaluer l'incertitude judiciaire de ces procédures contentieuses. Par conséquent, ils

²⁵ J. FRY, S. GREENBERG, F. MAZZA, « the secretariat's guide to ICC arbitration : a practical commentary on the 2012 ICC rules of arbitration from the secretariat of the ICC international court of arbitration », *ICC publication*, paris, 2012, §3-1061 ; B. DE BOCK, « The emergency arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », *b- arbitra*, 1/2015, §15, p.72 ; D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *Arbitrage in het praktijk*, Bruxelles, Bruylant, no. 601.

peuvent effectuer une analyse préliminaire des risques et des opportunités de succès, ce qui est une approche plus dangereuse dans l'arbitrage d'urgence. Par conséquent, le manque de prévisibilité peut être un inconvénient.

- **Le moment de la demande d'arbitrage d'urgence**

Le moment de la demande est un élément important de l'utilisation de l'arbitrage urgent. Les règles d'arbitrage exigent que la demande soit envoyée avant la formation du tribunal arbitral. Cette condition rend l'arbitrage urgent admissible en tant que procédure pré-arbitrale²⁶.

Les règlements des diverses juridictions arbitrales sont fondés sur la composition du tribunal arbitral et aucune mention d'arbitres d'urgence n'est omise. Cette période est conforme au pouvoir du tribunal arbitral de prendre des mesures de précaution. Par conséquent, le tribunal arbitral exigera des mesures temporaires et conservatoires.

En outre, selon les règles de certains tribunaux arbitraux, la demande d'arbitrage urgent doit intervenir simultanément ou postérieurement à la demande d'arbitrage²⁷. En ce qui concerne la réglementation de la Chambre de commerce

²⁶ Cette notion est présente dans les règlements d'arbitrage de grand nombre d'institutions d'arbitrage : Article 26, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; Article 29.1, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017; Article 1, Appendice II, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Article 9.4, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014; Schedule 1.1, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016; Article 6.1, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

²⁷ London Court of International Arbitration., « LCIA Notes on emergency procedure », *Op. cit.*, §32 ; Schedule I.1, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; Article 6.1, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

internationale, avant même la présentation de la demande d'arbitrage, mais sous certaines conditions, elle permet des demandes d'arbitrage urgentes. En fait, l'article 1.6 de l'appendice V dispose : « Le Président met fin à la procédure de l'arbitre d'urgence si dans un délai de dix jours à compter de la réception de la Requête par le secrétariat (...), le requérant n'a pas soumis de Demande d'arbitrage ».

Par conséquent, l'acceptation de la demande d'arbitrage d'urgence dépend de l'apparition de la demande d'arbitrage sur la base des faits de l'affaire à la fin des 10 jours. Par conséquent, le demandeur doit être en mesure de présenter une demande d'arbitrage fondée sur le fond de l'affaire - ce qui peut parfois être difficile dans la pratique. De plus, dans la pratique, les parties établissent généralement un règlement à l'amiable des différends ou clause « d'escalade », les obligeant à négocier, résoudre et / ou arbitrer dans un certain délai avant de résoudre le différend. Une telle clause, si elle prévoit une période de tentative de résolution amiable du litige supérieure à 10 jours, pourrait donc de facto empêcher le recours immédiat à l'arbitrage d'urgence, du moment que le potentiel demandeur se retrouverait contraint d'attendre l'expiration de ladite période dans le but d'être recevable à déposer une requête d'arbitrage.

Cependant, le Règlement CCI exprime clairement la possibilité que les arbitres d'urgence puissent décider « d'un délai plus long (que celui de 10 jours) » pour soumettre la demande au fond. Par conséquent, si les circonstances de l'affaire sont raisonnables, l'arbitre d'urgence devrait être en mesure de prolonger le délai de 10 jours pour prolonger la période de « non-agression », afin de permettre un recours anticipé à l'arbitrage d'urgence.

Il est dorénavant intéressant de se pencher sur le processus de l'arbitrage d'urgence.

II) Le processus de l'arbitrage d'urgence

Le processus (A), ainsi que la décision de l'arbitre d'urgence seront tour à tour mis en avant (B).

A) Le processus

- Des délais courts

Pour la plupart des institutions arbitrales, les règlements imposent tous de nommer l'arbitre d'urgence dans un court délai²⁸.

Pour la Chambre de commerce internationale, un arbitre d'urgence doit être désigné dans les 48 heures suivant la demande. L'arbitre d'urgence doit prendre une décision dans les 15 jours. Cependant, cela n'exclut pas que dans certains cas, les arbitres d'urgence puissent rapidement augmenter leurs commandes ou « geler » en attendant les commandes²⁹. Par exemple, l'auteur a récemment pu recevoir la première lettre de garantie pour le document de l'arbitre d'urgence de la CCI dans les 48 heures suivant la soumission de la demande d'arbitrage d'urgence et dans les moins de 8 heures après avoir remis le document à l'arbitre. L'ordonnance émise par la société est interdite par l'arbitre à l'issue des quinze jours de la procédure d'arbitrage d'urgence.

²⁸ Schedule 1.9, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2017 ; Article 9.8, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Article 8.1, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Article 6.4, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 26.9, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

²⁹ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 3.

- Le coût

Les frais doivent être payés par le demandeur lors de l'initiation de la procédure. Sauf l'ICDR, les institutions les organisent forfaitairement en distinguant les frais de l'institution et les honoraires de l'arbitre d'urgence.

Par exemple, le coût du litige CCI (sans compter les honoraires d'avocat) est de 40 000 USD, et si l'arbitre d'urgence désigné se déclare incompétent, 5 000 USD ne seront pas remboursés. Ils sont divisés en 10.000 USD pour l'institution et 30.000 USD pour l'arbitre d'urgence. Le Président peut augmenter ces coûts en raison de circonstances procédurales (telles que la complexité du litige)³⁰.

Cependant, ce coût doit être pris en compte dans la rapidité de la prise de décision, ce qui contraste avec le temps parfois plus long requis pour déposer le même type de requête devant un tribunal d'État. En outre, bien que l'arbitre d'urgence n'émette que l'ordre, comme indiqué ci-dessous, dans certains cas, « l'imprimatur » imprimée par la CCI permet aux donateurs d'envisager une exécution volontaire plus facile que les procédures nationales. Si l'arbitre d'urgence désigné déclare qu'il est incompétent, les 5 000 \$ US ne seront pas remboursés.

Le coût de cette procédure est élevé, en particulier par rapport aux coûts administratifs de procédures étatiques similaires. C'est pourquoi l'arbitre d'urgence a le droit d'imputer les coûts de la procédure : les parties peuvent donc demander leur affectation. Le SIAC (Singapore International Arbitration Centre) au Schedule 1.13 dispose : « The Costs associated with any application pursuant to this Schedule 1

³⁰ Article 7.1 et 7.2, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC entré en vigueur le 1 mars 2017.

may initially be apportioned by the emergency arbitrator, subject to the power of the tribunal to determine finally the apportionment of such cost ». Cette méthode permet à l'arbitre d'urgence de décider lui-même de la répartition des frais du litige³¹ et, en même temps, permettre au tribunal arbitral de modifier librement la répartition, qui est également stipulée dans le règlement de la Chambre de commerce internationale.

B) La décision de l'arbitre d'urgence

Certains règlements d'arbitrage³² fournissent des qualifications flexibles pour la prise de décision, de sorte qu'elles peuvent être exprimées sous forme d'une ordonnance ou bien sous celle d'une sentence. Les instructions d'arbitrage d'urgence de la LCIA stipulent que si une partie préfère une partie, elle doit exprimer cette opinion. Les arbitres sont invités à solliciter les opinions des parties sous la forme qu'ils souhaitent (« LCIA Notes on emergency procédure », 2015).

En revanche, le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ne sont pas d'accord avec ce point de vue. L'article 29.2 dispose que la décision doit être qualifiée d'« ordonnance » : « L'arbitre d'urgence exécutera sa décision dans l'ordre. Les parties se conformeront à toute ordonnance rendue par l'arbitre d'urgence ». Par conséquent, il n'y a aucune option pour choisir entre les deux qualifications en vertu de ces règlements. « The main purpose of this denomination is to distinguish the decision of the emergency arbitrator from an award issued by an arbitral tribunal. It also

³¹ Article 7.3, Appendice V et article 29, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017. Article 10.5, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017. Article 6.8 et article 34, règlement d'arbitrage de l'ICDR entré en vigueur le 1 juin 2014

³² Règlements de l'ICDR, du SIAC, du CEPANI et du LCIA.

erases any possible doubts regarding the need for scrutiny by the Court of any decision rendered by an emergency arbitrator » .³³ Par conséquent, la décision de l'arbitre d'urgence est définie comme L'ordonnance vise à empêcher l'application de l'article 34 du Règlement d'arbitrage de la CCI, qui stipule qu'avant que la sentence ne puisse être signée, le tribunal arbitral la soumettra au tribunal pour examen afin d'annoncer la décision dès que possible.

Tous les règlements d'arbitrage conviennent que la décision doit faire l'objet d'un écrit motivé.

- **La typologie des mesures**

L'arbitre d'urgence doit d'abord déterminer soigneusement s'il a le pouvoir d'ordonner les mesures requises. Par conséquent, il vérifiera spécifiquement si la clause compromissoire l'autorise à le faire et les mesures demandées n'excèdent pas le champ de son autorité.

En supposant qu'il dispose de capacités suffisantes, dans le cadre de la Chambre de commerce internationale, les arbitres d'urgence peuvent utiliser cinq mesures conservatrices ou temporaires, mais il faut comprendre que ces mesures ne sont pas restrictives :

- **Mesures maintenant le statu quo** du règlement des différends entre les deux parties. Par conséquent, le vendeur peut être condamné à livrer la marchandise à l'acheteur pour laquelle il est tenu de payer, ou inversement ;

- **Mesures destinées à protéger les éléments de preuve**, en particulier mesures visant à empêcher la destruction ou la perte de documents liés à l'issue du litige ;

³³ N. VOSER, « Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules », *Op. cit.*, pp. 783-820, spéc p.818.

• **Mesures pour assurer le paiement des frais d'arbitrage.** La partie qui doit être réglée dans tous les cas dispose d'une certaine somme d'argent, et dans certains cas, elle peut être condamnée à assurer le paiement des frais d'arbitrage.

• **Mesures assurant l'exécution de la sentence arbitrale à venir sur le fond,** en préservant les actifs pertinents. Par exemple, interdire temporairement la disposition ou le transfert de propriété ;

• **Mesures de paiement partiel.** L'arbitre d'urgence déterminera si les mesures requises sont effectivement urgentes et raisonnables, et par conséquent déterminera si elles doivent être approuvées au cas par cas.

- **Exécution de la décision de l'arbitre d'urgence**

Après être rendue, la décision doit être mise en œuvre. Cependant, la décision prise par l'arbitre d'urgence seule ne signifie pas qu'elle sera exécutée par les parties en litige. Le vocabulaire ici est crucial.

La Convention de New York de 1958 (Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères) est une convention internationale en vertu de laquelle les États s'engagent à reconnaître et à exécuter les sentences arbitrales internationales. La Convention de New York s'applique aux « sentences arbitrales ». Par conséquent, l'une des questions est de savoir si la décision urgente de l'arbitre peut être analysée comme une sentence arbitrale. Si la réponse est bonne, la convention devrait s'appliquer à la décision de l'arbitre d'urgence.

Cependant, comme la Convention ne donne pas de définition d'une sentence arbitrale, le juge chargé de l'exécution de la demande devra déterminer si la sentence arbitrale urgente équivaut à une sentence nationale. Si la

décision du tribunal arbitral traditionnel sur les mesures provisoires ou conservatoires ne peut être mise en œuvre parce qu'elle n'est pas « définitive et contraignante », l'analyse doit être cohérente avec les différences entre les pays.

Par exemple, aux États-Unis, le différend entre Yahoo et Microsoft a été jugé par un tribunal de l'État de New York³⁴. Dans cet arrêt, la Cour affirme qu'il suffit que « the tribunal's order resolves one of the issues put forward by the parties, even though the decision was to have only temporary effect »³⁵, afin que la décision soit exécutable sur base de la convention de New York.

En revanche, la jurisprudence française est encore plus imprécise à cet égard. S'agissant du référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale, la Cour d'appel de Paris a estimé que le mécanisme de pré-arbitrage a un caractère contractuel. Par conséquent, la Convention de New York ne s'applique pas à cette procédure. Dans le cas de l'arbitrage d'urgence, la décision de l'arbitre d'urgence n'est pas considérée comme une sentence arbitrale et dans certains systèmes juridiques (comme le système français), cela ne peut pas être le cas : l'arbitre d'urgence « *is a sui generis contractual procedure and is not an arbitrator, and the decision of an ICC EA (Emergency Arbitrator) should not be treated as an award of an arbitral tribunal* ».³⁶

La prémisse du règlement, (par définition, elle ne convient pas aux arbitres d'urgence), semble difficile à prévoir. Cela peut faire l'objet d'une exécution devant les tribunaux de l'État

³⁴ Yahoo! Inc. v. Microsoft Corp., No. 13-cv-7237, 2013 U.S. Dist. LEXIS 151175 (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013).

³⁵ G. SMITH, « The emergence of emergency arbitration », *Op. cit.*, p.17.

³⁶ B. BAIGEL, « The emergency arbitrator procedure Under the 2012 ICC Rules : a juridical analysis », *Op. cit.*, pp. 1-18, spéc. p. 18.

par les parties qui ont obtenu la sentence, plutôt que du jugement ou de la sentence arbitrale. Mais la Chambre de commerce internationale a signalé une affaire dans laquelle l'ordonnance de l'arbitre d'urgence a été exécutée par un juge étatique³⁷.

Cependant, ce type de débat est plus théorique que pratique, car généralement la décision de l'arbitre d'urgence est arrangée spontanément, de sorte que pendant le processus d'arbitrage, la partie requérante peut être soumise à des sanctions plus sévères en fonction des circonstances. Elle ne la respecte pas. En effet, même si l'arbitre d'urgence ne peut plus tard être désigné comme membre du tribunal arbitral, la partie qui refuse d'exécuter l'ordonnance imposera une présomption de mauvaise foi : il ne se conforme pas à l'ordonnance. Sauf raisons objectives et raisonnables, le tribunal arbitral décidera de l'ordonnance en fonction du fond du litige.

Par conséquent, l'action volontaire dépend de la sincérité des parties qui choisissent de recourir à un règlement alternatif, contractuel et extrajudiciaire des litiges. Les arbitres d'urgence qui recourent à la punition peuvent encourager cette sincérité, et violer cette sincérité n'échappera pas au tribunal arbitral.

En outre, une lecture attentive des articles 29(2) et 29(4) du Règlement CCI semble ouvrir la voie aux défendeurs qui violent l'ordonnance d'assumer la responsabilité contractuelle : en effet, « les parties sont tenues de se conformer à toute La décision de l'arbitre d'urgence » et « le tribunal arbitral déterminera toute demande des parties relative à la procédure

³⁷ B. BAIGEL, « The emergency arbitrator procedure Under the 2012 ICC Rules : a juridical analysis », *Op. cit.*, pp. 1-18, spéc. p. 15-16 ; A. SANTENS et J. KUDRNA, « The state of play of enforcement of emergency arbitrator decisions », *Op. cit.*, pp. 1-16, spéc. p.2.

de l'arbitre d'urgence (...), et l'exécution ou la non-exécution de toute demande due à l'exécution ou à la non-exécution de l'ordre ou de toute demande y afférente ».

- **Vers la reconnaissance de l'ordonnance de l'arbitre d'urgence ?**

Certaines législations nationales³⁸ prévoient des procédures de confirmation des ordonnances émises par des arbitres d'urgence. Par conséquent, en 2012, l'International Arbitration Act (Chapter 143A) de Singapour a intelligemment inclu les « arbitres d'urgence » dans sa définition des « tribunaux arbitraux » afin de jouir de tous ces pouvoirs, y compris la délivrance d'ordonnances ayant force contraignante et exécutoire sur autorisation du tribunal/juge étatique compétent avec l'autorisation du juge compétent du tribunal / de l'État. De même, en 2013, l'Arbitration Ordinance (Chapter 609) de Hong Kong a établi que les ordonnances de reconnaissance émises par des arbitres d'urgence peuvent être exécutées avec l'autorisation des tribunaux / juges nationaux compétents. Il est précisé que ces derniers ne peuvent refuser l'exécution que dans des cas très limités – faisant ainsi de Singapour et Hong Kong les juridictions les plus favorables à l'arbitrage d'urgence.

Nous ne pouvons qu'espérer que cette démarche sera imitée par la France et d'autres grands centres d'arbitrage dans le monde. A cet égard, le droit français peut être développé de deux manières différentes :

(i) Un chapitre ou une section est créé spécifiquement pour les arbitres d'urgence dans le Livre IV du Code de procédure civile consacré à l'arbitrage ;

³⁸ Basées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

(ii) une construction prétorienne constatant le caractère contraignant des ordonnances de l'arbitre d'urgence et qui accepte dès lors leur exécution au même titre qu'une sentence arbitrale.

Dans le second cas, la jurisprudence française s'écartera donc de sa position sur la procédure sommaire pré-arbitrage. Les raisons peuvent être classées en trois raisons principales : (i) La procédure d'arbitrage d'urgence est désormais soumise au texte même de la règle d'arbitrage. L'institution principale, (ii) le « tiers » dans le résumé pré-arbitrage est désormais appelé « arbitre », et (iii) la procédure d'urgence doit être liée à la procédure d'arbitrage basée sur le fond de l'affaire.

- La révision de la décision de l'arbitre d'urgence

De même que l'ordonnance de la procédure sommaire française ne lie pas les juges de justice sans l'autorisation de l'autorité judiciaire au principal, l'ordonnance de l'arbitre d'urgence ne lie pas non plus le tribunal arbitral de pouvoir de décision. Par exemple, le règlement arbitral de la Chambre de commerce internationale dispose à l'article 29.3 : « le tribunal arbitral n'est pas lié par l'ordonnance de l'arbitre d'urgence quant aux points, questions ou différends qui y sont tranchés. Le tribunal arbitral peut modifier ou rapporter l'ordonnance ou toute modification apportée à celle-ci par l'arbitre d'urgence ou lever les mesures ordonnées »³⁹.

Cependant, l'ordonnance de l'arbitre d'urgence semble avoir influé sur l'affaire. Dans tous les cas dans lesquels l'arbitre d'urgence décide de procéder à l'arbitrage, jusqu'à présent, l'ordonnance rendue n'a pas été modifiée ou annulée par le tribunal arbitral qui s'est prononcé sur le fond de l'affaire.

³⁹ Article 29.3 et article 6.8, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

En tout état de cause, même si la partie liée par l'ordonnance d'arbitrage d'urgence ne se conforme pas à l'ordonnance, cela ne privera pas le bénéficiaire de l'arbitrage d'urgence de tout avantage.

Dans l'affaire de la Chambre de commerce internationale n°20208, le défaut du bénéficiaire de la garantie à première demande de respecter l'injonction qui lui avait été faite par l'arbitre d'urgence de ne pas appeler la garantie a impliqué à ce que son adversaire, bénéficiaire de l'ordonnance, saisisse un tribunal – étatique cette fois – d'une demande d'interdiction de paiement par la banque contre-garante, une demande d'injonction à l'encontre de la banque garante de premier rang n'étant pas envisageable en l'espèce. Cette demande s'est confirmée, et la violation de l'ordonnance de l'arbitre d'urgence a constitué un élément supplémentaire qui permet la caractérisation de l'abus.

Conclusion

Dans les litiges commerciaux internationaux, la possibilité de recourir à un arbitre d'urgence (emergency arbitrator) est relativement développée, car diverses institutions d'arbitrage ont intégré ces procédures dans leurs règles. Cela peut éviter de prendre des mesures provisoires et en même temps éviter les longs délais qui surviennent parfois dans la mise en place de tribunaux arbitraux. Lorsque les gens savent que le règlement judiciaire peut prendre des semaines, parfois même des mois⁴⁰, on peut comprendre que les enseignants du programme peuvent être intéressés par le processus d'investissement.

⁴⁰ Sur ce point, voir l'étude de Desdevises Y. : *Astreintes – Liquidation*, J.-Cl. Procédure civile (Fasc. 2140), 2014.

Par conséquent, l'arbitre d'urgence doit logiquement avoir la même force coercitive contre l'accusé lorsqu'il est reconnu par la sentence arbitrale. Cependant, une fois encore, les mesures décidées par les arbitres d'urgence rencontrent encore des difficultés de mise en œuvre, notamment en termes de paiements punitifs, qui respectent des règles spécifiques. En tout état de cause, le tribunal arbitral doit agir de manière logique pour régler les amendes ainsi infligées et ordonner au débiteur défaillant d'effectuer le paiement en vertu de l'article 29 (4) du Règlement de la CCI.

En outre, en ce qui concerne les mesures conservatoires ou provisoires prononcées par le tribunal arbitral, l'arbitre d'urgence peut subordonner l'exécution de la mesure à une garantie suffisante du requérant ou à toutes autres conditions qu'il juge appropriées. Répondez à la prochaine demande d'indemnisation ou de réparation du défendeur.

Les juges par intérim français ont le même pouvoir d'appliquer l'article 489 du Code de procédure civile.

En fin de compte, s'il n'y a pas d'organe judiciaire dans la procédure principale de l'ordonnance provisoire, cela signifie clairement que l'exécution de l'ordonnance est au risque et la destruction du demandeur en toutes circonstances, le pouvoir discrétionnaire de prouver que l'indemnité est raisonnable.⁴¹ Les dommages causés par l'exécution du décret d'annulation ultérieur, cependant, la question n'a pas été clairement résolue et n'a pas été examinée dans les affaires en instance de l'arbitre d'urgence.

Cependant, le tribunal arbitral ayant le pouvoir d'annuler une mesure provisoire, il nous semble qu'il peut décider d'adopter un principe à sa discrétion, celui dont l'exécution d'une décision de justice provisoire ne peut avoir lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit.

⁴¹ Cass. ass. plén., 24 février 2006, n° 05-12679.

Bibliographie**Articles de doctrine :**

- L'arbitre d'urgence dans le contentieux international de l'investissement in *Cahiers de l'arbitrage - Paris Journal of International Arbitration*, 2015, n° 4, pp. 704-710. L'arbitre international et l'urgence, Francarbi à Milan et la Chambre arbitrale de Milan, Milan, Bruylant, 2014.
- Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage commercial international ; évaluations et innovations, Jean-Michel JACQUET et Emmanuel JOLIVET, (dir.), Clunet et CCI, Paris, Litec LexisNexis, 2008.
- Cahier de l'arbitrage, Gazette du Palais n°2008/4.
- Droit de l'arbitrage interne et international, Jérémy Jourdan Marques.
- BAIGEL B., « The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis », *Journal of International Arbitration*, no. 31, 2014, pp. 1-18.
- BERTROU Grégoire et PIGUET Hugo : Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé : approche comparative, issu de Cahiers de l'arbitrage - 01/03/2017 - n° 4 - page 857 ID : CAPJA2017857.
- CARLEVARIS A. et FERIS J. R., «Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25/1, 2014.
- Desdevises Y. : *Astreintes- Liquidation*, J.-Cl. Procédure civile (Fasc. 2140), 2014.
- Duclercq Caroline : Arbitrage d'urgence, l'alternative aux tribunaux étatiques.
- Harb Jean Pierre : L'Arbitre d'Urgence sous le Règlement de la CCI (2012).
- HOSKING J., VALENTINE E. et LINDSEY C., «Pre-arbitral emergency measures of protection: new tools for an old problem», in *Commercial Arbitration 2011 : new developments and strategies for efficient, cost-effective dispute resolution*.
- HUEBNER D., WARE A., ENDICOTT A. et MUSE-FISHER J., «Default Application of Emergency Arbitrator Provisions in Commercial Arbitration Rules».
- FRY J., GREENBERG S. et F. MAZZA, *The secretariat's guide to ICC arbitration : a practical commentary on the 2012 ICC rules of arbitration from the secretariat of the ICC international court of arbitration*, ICC publication, Paris, 2012.
- Fry J., «The Emergency Arbitrator – Flawed Fashion or Sensible Solution?», *Dispute Resolution International*, 2013, p.182 et s.

- MEREDITH I. et BIRCH M., «The ICC's pre-arbitral referee procedure- how valuable is it?», *Cross-border quarterly*, 2008, pp. 49-53.
- SHAUGHNESSY P., « Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules », *Journal of International Arbitration*, no. 27/4, 2010, pp.337-360.
- SMITH G., «The emergence of emergency arbitration», *Arbitrator & Mediator Journal*, Décembre 2015.
- VAN DROOGHENBROECK J.-FR., «Le juge l'arbitre et le référé: nécessité fait loi».
- VOSER N., «Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules», *ASA Bulletin*, 4/2011, pp. 783-82.

Règlements d'arbitrage :

- Règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.
- Règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.
- Règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.
- Règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.
- Règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.
- Règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

Législation internationale :

- Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Sites internet:

- <http://www.afa-arbitrage.com/l-arbitrage/les-procedures-d-urgence-de-l-afa>
- Droit de l'arbitrage interne et international : panorama 2019 : <https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/droit-de-l-arbitrage-interne-et-international-panorama-2019#.XzWHey3pP-Y>
- <http://www.afa-arbitrage.com/activites/groupes-de-reflexion/>
- http://www.afaarbitrage.com/afa/uploads/2017/04/Compte_rendu_Reunion_du_9_mars_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf.