

L'arbitrage d'urgence

Étude comparée de règlements d'arbitrage internationaux

Mémoire réalisé par
Edouard LOHEST

Promoteur(s)
Jean-François VAN DROOGHENBROECK

Année académique 2016-2017
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je tiens à remercier, en premier lieu, mon promoteur,
Jean-François Van Drooghenbroeck,
pour son aide et sa disponibilité durant la réalisation de ce travail

Je désire également remercier Sibil Manço
pour ses multiples relectures.

Je souhaite, finalement, remercier mes parents
pour leur soutien pendant mes études.

Table des matières

INDEX DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	6
<u>CHAPITRE 1. LE REFERE ETATIQUE DU CODE JUDICIAIRE BELGE ET LA CONVENTION D'ARBITRAGE</u>	8
SECTION 1. COMPLEMENTARITE ENTRE L'ARBITRE ET LE JUGE ETATIQUE DU PROVISOIRE ?	10
§1 ^{ER} . LES TROIS THESES DEVELOPPEES PAR LA DOCTRINE	10
§2. COMPARAISON AVEC LE DROIT ANGLAIS	14
§3. LA RENONCIATION AU RECOURS AU JUGE ETATIQUE DES REFERES	14
SECTION 2. REFERE ETATIQUE EN PRESENCE D'UNE CLAUSE D'ARBITRAGE INCLUANT LA FACULTE DU RECOURS A UN ARBITRE D'URGENCE	16
§1 ^{ER} . CONDITION DE LA SAISINE DU JUGE DES REFERES	16
§2. FACULTE DE RENONCIATION A LA SAISINE DU JUGE DES REFERES ?	17
<u>CHAPITRE 2. MECANISMES PROPOSES PAR LES INSTITUTIONS ARBITRALES AFIN D'ACCELERER LA PROCEDURE ARBITRALE</u>	19
SECTION 1. CARACTERISTIQUES DE LA PROCEDURE D'ARBITRAGE ACCELERE	19
SECTION 2. COMPARAISON ENTRE LE REGLEMENT DE L'ICC DE 2017 ET LE REGLEMENT DE LA LCIA DE 2014	20
§1 ^{ER} . CHAMP D'APPLICATION	21
§2. MODIFICATIONS DE LA PROCEDURE	22
<u>CHAPITRE 3. L'ARBITRAGE D'URGENCE</u>	24
SECTION 1 L'ORIGINE ET LES SOURCES DE L'ARBITRAGE D'URGENCE	25
§1. L'ORIGINE : LE REFERE PRE-ARBITRAL DE L'ICC	25
§2. LES SOURCES	26
SECTION 2. LES CONDITIONS DE LA DEMANDE	28
§ 1. L'IMPORTANCE DE LA VERSION DU REGLEMENT D'ARBITRAGE APPLICABLE	29
§ 2. L'OPT-OUT	32
§ 3. L'URGENCE	33
§ 4. LE MOMENT	34
§ 5. LA FORME DE LA DEMANDE	37

§ 6. LE CONTENU DE LA DEMANDE	37
§ 7. CONTROLE DE LA DEMANDE	38
SECTION 3. LA NOMINATION, LA RECUSATION ET LES EXIGENCES RELATIVES A L'ARBITRE D'URGENCE	39
§ 1 ^{ER} . ORGANE COMPETENT ET PROCEDURE DE NOMINATION	39
§ 2. EXIGENCES D'INDEPENDANCE, D'IMPARTIALITE, DE DISPONIBILITE ET COMPETENCE PROFESSIONNELLE DE L'ARBITRE	41
§ 3. LA RECUSATION	42
SECTION 4. LES REGLES PORTANT SUR LA PROCEDURE	44
§ 1 ^{ER} . LE LIEU DE LA PROCEDURE	44
§ 2. LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE	45
§ 3. LE DROIT D'ETRE ENTENDU	47
SECTION 5. LES POUVOIRS DE L'ARBITRE D'URGENCE	49
§ 1 ^{ER} . TERMES DES REGLEMENTS D'ARBITRAGE	49
§ 2. EXEMPLE DE MESURES D'ARBITRE D'URGENCE	50
§ 3. LE TEST EFFECTUE PAR L'ARBITRE POUR DETERMINER S'IL ACCORDE LA DEMANDE	52
SECTION 6. LA DECISION DE L'ARBITRE D'URGENCE	54
§ 1. LA FORME DE LA DECISION DE L'ARBITRE D'URGENCE	54
§ 2. L'EXECUTION DE LA DECISION	55
§ 3. LA REVISION DE LA DECISION	58
SECTION 7. LES FRAIS DE PROCEDURE	59
§ 1 ^{ER} . LE COUT	60
§ 2. LE POUVOIR DE REPARTIR LES FRAIS DE LA PROCEDURE	61
SECTION 8. TABLEAU COMPARATIF DES DIFFERENTES PROCEDURES	62
CONCLUSION	64
BIBLIOGRAPHIE	66

Index des abréviations

ACICA : Australian Center for International Commercial Arbitration

CEPANI : Centre belge d'arbitrage et de médiation

EA : Emergency Arbitrator

HKIAC : Hong Kong International Arbitration Center

ICC : International Chamber of Commerce

ICDR : International Center for Dispute Resolution

LCIA : London Court of International Arbitration

NAI : Netherlands Arbitration Institute

SCAI : Swiss Chambers' Arbitration Institution

SCC : Stockholm Chamber of Commerce

SIAC : Singapore International Arbitration Center

Introduction

L'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits qui a connu un grand succès ces dernières décennies. Le succès de l'arbitrage est attribué à de nombreux facteurs. Il est possible d'en citer quelques-uns tels que la rapidité de la procédure, la neutralité du fort, la compétence professionnelle des arbitres choisis ou encore la confidentialité de la procédure. L'arbitrage n'est cependant pas exempt d'imperfections. L'une d'elles réside dans les situations d'urgence survenant avant la constitution du tribunal arbitral. En effet, lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire était requise avant la constitution du panel arbitral, le recours par défaut était le juge étatique du provisoire. Les parties qui désiraient éviter les recours à la justice étatique en choisissant l'arbitrage se voyaient donc contraintes d'y faire appel. Afin d'éviter cette situation insatisfaisante et de permettre aux parties de disposer de solutions évitant le recours à un juge étatique, les institutions d'arbitrage se sont dotées de procédures visant à contourner ce dernier.

La procédure ayant connu le plus de succès est connue sous le vocable d'*emergency arbitration* ou en français arbitrage d'urgence. Elle a été introduite dans sa forme actuelle en 2006 dans le règlement de l'ICDR. Cette procédure peut, néanmoins, être exclue si les parties le souhaitent. Elle se caractérise par une nomination accélérée d'un arbitre unique, l'arbitre d'urgence, par l'institution. Il est chargé de statuer sur les demandes de mesures provisoires ou conservatoires des parties dans un très bref délai. Le délai varie de cinq à quinze jours pour les procédures qui seront étudiées. La décision pourra être modifiée par le tribunal arbitral qui n'est par ailleurs pas lié par celle-ci. Les règlements proposant ce mécanisme d'urgence connaissent des différences, c'est pourquoi il est pertinent de les comparer.

L'arbitrage n'étant jamais entièrement séparé de la justice étatique. Le premier chapitre s'intéressera, en droit belge, aux demandes de mesures provisoires et conservatoires adressées au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage. Cette étude permettra également de comprendre le contexte dans lequel s'insère la procédure d'arbitrage d'urgence en Belgique.

Le second chapitre se concentrera sur une autre procédure proposée par certaines institutions d'arbitrage afin que les parties puissent bénéficier de décision dans un bref délai. Cette procédure est l'arbitrage accéléré. Elle se caractérise par la réduction des délais au sein de la procédure d'arbitrage classique et par une décision définitive. Afin d'illustrer ce processus, deux procédures d'institutions internationales seront comparées, celles de l'ICC et de la LCIA.

Le Troisième et dernier chapitre sera focalisé sur l'arbitrage d'urgence. Il effectuera la comparaison entre six procédures d'arbitrages d'urgence différentes provenant d'institutions internationales : le CEPANI, l'ICC, l'ICDR, la LCIA, la SCC et le SIAC. L'ordre logique de ce chapitre suivra la chronologie de la procédure. L'objectif consistera à comparer les divers mécanismes et identifier tant leurs différences que leurs similitudes.

Chapitre 1. Le référé étatique du code judiciaire belge et la convention d'arbitrage

En présence d'une convention d'arbitrage le juge étatique doit, selon l'article 1682 §1^{er} du Code judiciaire, se déclarer sans juridiction, à moins que la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin. Il y a donc, dans cet article, une distinction claire entre le juge privé et le juge étatique. Néanmoins, les demandes en vue de l'obtention de mesures provisoires et conservatoires constituent un cas dans lequel cette séparation connaît une exception. Celle-ci est prévue à l'article 1683 du Code judiciaire.

La relation entre le référé étatique et l'arbitrage, en ce qui concerne les mesures provisoires et conservatoires, ne bénéficie pas d'un consensus doctrinal. La source des divergences d'avis des auteurs émane de deux contraintes opposées l'une à l'autre.

La première contrainte est celle de la volonté des parties de se soustraire de la juridiction étatique et de soumettre les litiges, visés par leur clause compromissoire, à un juge privé. Le respect de cette exigence voudrait que le juge étatique, en ce compris le juge des référés, soit écarté de toutes procédures concernant les dits litiges.

La seconde contrainte provient des « *infirmités congénitales* »¹ de l'arbitrage en ce qui concerne les mesures provisoires et conservatoires. En effet, le recours au juge privé pour prendre ce type de mesure comporte un certain nombre de « défauts structurels »².

- en « *raison de son absence de permanence et des attermoissements et lenteurs inhérentes à son installation puis à sa réunion, ou plus prosaïquement de sa réactivité inconstante, la juridiction arbitrale peut parfois s'avérer inapte à relever le défi et tenir le choc de l'urgence de la situation justifiant les mesures requises* »³.

¹ G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre – Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien* (sous la dir.) de G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.I, l.c.*, p.431 et s.

² O. CAPRASSE, *L'arbitrage et les sociétés*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 485.

³ J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir. d'A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J. -FR. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles), Bruylant, 2014, p.205.

- au contraire du juge étatique, le tribunal arbitral ne peut être saisi par requête unilatérale, « ex parte », pour accorder des mesures provisoires et conservatoires en raison du principe du contradictoire qui prévaut dans l'arbitrage⁴.
- il ne peut ni prendre de mesures vis-à-vis des tiers⁵ ni ordonner de saisie conservatoire⁶.
- Finalement, les mesures du tribunal arbitral « *ne sont exécutoires qu'après la mise en œuvre de la procédure d'exequatur* »^{7 8}.

C'est donc suite à ces contraintes que s'est développée une doctrine abondante à ce sujet.

Par ailleurs, il faut rappeler que « *le juge des référés dispose, pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait lieu ou non sur le territoire belge, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. (...)* »⁹. Dans ce cadre, la condition préalable à tout recours au juge des référés, dont la base légale est l'article 584 du Code judiciaire, est l'urgence. L'urgence est présente « *dès que la crainte sérieuse d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiatement souhaitable* ». De plus, « *L'urgence doit satisfaire à un double critère à la fois factuel et judiciaire : l'urgence de la situation et l'ineffectivité du recours au juge du fond* »¹⁰. L'urgence est, pour le recours à la juridiction présidentielle, à la fois une condition de compétence et de fondement.

Ce chapitre se divisera de la manière suivante : une première section décrira l'évolution des différentes thèses doctrinales précitées et la renonciation du recours au juge des référés ; une seconde partie se concentrera, enfin, sur la possibilité d'application de ces doctrines et leurs impacts sur des situations où les parties ont le choix de saisir l'arbitre d'urgence pour prendre des mesures provisoires et conservatoires.

⁴ H. VERBIST, « New Belgian Arbitration Law of 24 June 2013 and the New CEPANI Arbitration Rules of 1 January 2013 », *Journal of International Arbitration* 30, no. 5 (2013), pp 597-618, spéc. p. 602.

⁵ O. CAPRASSE, *L'arbitrage et les sociétés*, *Op. cit.*, p.485.

⁶ Article 1691 al.2 C. Jud.

⁷ O. CAPRASSE, *L'arbitrage et les sociétés*, *Op. cit.*, p. 486.

⁸ Article 1696, §1^{er} C. Jud.

⁹ Article 1698 C. Jud.

¹⁰ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit, T. I., Institutions judiciaires et éléments de compétence*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 463.

Section 1. Complémentarité entre l'arbitre et le juge étatique du provisoire ?

En premier lieu, cette section décrira les trois doctrines de droit belge traitant de la juridiction du juge étatique du provisoire en présence d'une clause d'arbitrage ; en deuxième lieu, la solution adoptée en droit anglais sera étudiée ; enfin en troisième lieu, la question de savoir s'il est possible de renoncer à la saisie du juge étatique du provisoire sera abordée.

§1^{er}. Les trois thèses développées par la doctrine

La première doctrine consacre l'exclusivité du recours au tribunal arbitral une fois constitué. La deuxième s'oppose à la première et propose une concurrence entre les deux juridictions, privée et étatique. Finalement, la troisième doctrine apporte un raffinement à la deuxième en proposant non pas une concurrence, mais la subsidiarité de la juridiction étatique.

A. L'exclusivité du recours au tribunal arbitral

La doctrine antérieure à 1972 consacrait que « *sauf stipulation contraire, du moins lorsque le tribunal est constitué et qu'il existe par conséquent une juridiction déjà saisie et capable de statuer sur les questions qui requièrent célérité, le compromis empêche de saisir les tribunaux ordinaires du litige (...). Le compromis fait obstacle dans ce cas, selon nous, à une instance en référé. La raison en est que l'arbitre connaît de tous les incidents relatifs aux litiges dont il est saisi* »¹¹. Cette doctrine était donc largement influencée par la première contrainte, c'est-à-dire la volonté des parties d'écarter le juge étatique autant que possible.

Cette doctrine fut contestée après 1972 suite à l'introduction de l'ancien article 1679, 2 du Code judiciaire qui disposait, jusqu'à sa modification lors de la réforme de 2013¹², qu' « *une demande en justice tendant à des mesures conservatoires et provisoires n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage et n'implique pas renonciation à celle-ci* ». Néanmoins, cette première approche ne fut pas abandonnée suite à l'adoption de cet article¹³.

¹¹ A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1937, p.66.

¹² Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, modifiée par la loi 25 décembre 2016, *M.B.*, 30 décembre 2016.

¹³ J. LINSMEAU et J. VAN GELDER, « La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire », *J.T.*, 1973, pp. 205 et s. ; L. DERMINE et G. HORSMANS, « La nouvelle loi belge sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1973, pp. 209 et s.

Pour les tenants de cette approche : « *étant donné le silence de la loi sur la question du pouvoir de juridiction du juge des référés en présence d'un tribunal arbitral, il faut, en effet, se référer aux solutions anciennement acceptées* »¹⁴. La réforme du Code judiciaire de 2013 a définitivement mis fin à cette interprétation en remplaçant l'article 1679, 2 par l'article 1683¹⁵. Cet article prévoit désormais qu' « *une demande en justice, avant ou pendant*¹⁶ *la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci* ».

B. La concurrence des recours entre le tribunal arbitral et le juge étatique des référés

Le deuxième courant doctrinal s'est développé après la réforme de 1972 en opposition au premier courant. Selon l'optique des auteurs le soutenant, étant donné que les termes de l'article 1679, 2 (ancien) du Code judiciaire ne faisaient pas de distinction entre la situation avant et la situation après la constitution du tribunal arbitral, l'exclusion du recours au juge étatique du provisoire une fois le tribunal arbitral constitué ne pouvait pas être retenu¹⁷. Ainsi « *celui qui admet que l'arbitrage permet notamment une accélération de la procédure, doit reconnaître que le président en référé, peut fréquemment intervenir de manière meilleure, plus rapide et suivant des règles de procédures claires. Cela ne signifie naturellement pas que, si le tribunal arbitral peut agir avec l'urgence nécessaire, on ne puisse pas s'adresser à lui. En cas d'extrême urgence, les parties ont donc le choix entre le président statuant en référé et le tribunal arbitral lui-même* »¹⁸. Ce courant prend en compte les défauts que peuvent connaître l'arbitrage dans les situations d'urgence et reconnaît donc l'utilité du recours au juge des référés comme palliatif de ces défauts. Il y a une concurrence entre le tribunal arbitral et le juge des référés, car les parties peuvent choisir entre leur saisie respective.

¹⁴ O. CAPRASSE, *L'arbitrage et les sociétés*, *Op. cit.*, p.476

¹⁵ J. -FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *Op. cit.*, p.213

¹⁶ Nous soulignons

¹⁷ J. -FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *Op. cit.*, p.214.

¹⁸ M. STORME, « Aspects importants du droit arbitral belge », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 116 et s., spéc. p. 125.

C. La subsidiarité du recours au juge étatique du provisoire

1. La doctrine

Une troisième et dernière thèse s'est finalement développée parallèlement à la précédente. Selon celle-ci, *« dès que le compromis est signé et que les arbitres sont désignés, le juge des référés cesse d'avoir juridiction dans la mesure où le point urgent peut être soumis au collège arbitral avec la célérité requise. Cette solution doit évidemment être retenue dans la mesure où les arbitres sont à même de statuer sur les mesures à prendre en urgence et au provisoire, mais, si vu les circonstances, la procédure arbitrale est impuissante à régler provisoirement et efficacement la situation des parties, une demande urgente peut encore être soumise au juge des référés »*¹⁹.

Ce dernier courant doctrinal reprend donc l'idée de la deuxième thèse, c'est-à-dire que le recours au juge étatique n'est pas exclu une fois que le tribunal arbitral est constitué. Toutefois, il lui ajoute une condition : le recours au tribunal arbitral doit être inefficace. La partie demanderesse a la possibilité, afin de prouver l'inefficacité du juge privé et renverser la présomption simple de juridiction de celui-ci²⁰, d'employer une des « infirmités congénitales » de l'arbitrage²¹. C'est une « *appréciation concrète et empirique de l'urgence* »²² qui devra être effectuée en prenant en compte la totalité de la procédure arbitrale. Cette appréciation devra donc également tenir compte de la procédure d'*exequatur* qui aura lieu postérieurement à la décision du juge privé.

De surcroît, il est important de préciser que la subsidiarité du recours au juge étatique, *« ne signifie pas qu'il faudrait d'abord agir devant le juge arbitral avant de pouvoir s'adresser au juge des référés une fois démontrée l'incapacité du juge privé à donner une solution efficace. La partie qui sollicite une mesure provisoire ou conservatoire peut s'adresser au juge des référés, sans passage préalable par le tribunal arbitral, mais, à la condition de démontrer*

¹⁹ G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé » *Act. dr.*, 1992, pp. 859 et s., spéc. p. 859.

²⁰ J. -FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *Op. cit.*, p.216.

²¹ *Ibidem.*, p.216.

²² *Ibidem.*, p.218.

que le juge arbitral ne pourrait rencontrer sa demande en temps utiles »²³. Cela permet de dissiper une ambiguïté que le terme subsidiarité pourrait induire. Cela explique pourquoi certains auteurs préfèrent les termes de « coopération » ou de « complémentarité »²⁴.

2. Illustration par une jurisprudence récente

Cette doctrine fut appliquée dans une décision du président du Tribunal de première instance d'Arlon du 31 juillet 2014²⁵. En l'espèce, l'objet de la demande était une mesure provisoire d'anticipation : la condamnation du défendeur à payer une provision. En outre, le président constata que les parties étaient liées par une convention d'arbitrage, qu'aucun tribunal n'avait été constitué pour statuer sur le fond du litige et qu'aucune clause du contrat n'excluait la possibilité d'un recours aux arbitres pour statuer sur des mesures provisoires et conservatoires qu'une partie serait amenée à demander.

Le président du tribunal de première instance d'Arlon appliqua alors la doctrine de la subsidiarité du recours au juge étatique du provisoire en déclarant qu' « *il y a lieu de considérer sous peine de désavouer le choix formel résultant de l'insertion d'une clause d'arbitrage dans leur convention, que cette demande devait être portée, par priorité, devant un arbitre. Dans de telles circonstances, la demanderesse doit donc établir l'existence d'une urgence qui justifierait, en l'espèce, le recours à la juridiction étatique pour faire statuer sur sa demande, en lieu et place de la saisine d'un arbitre* ».

In casu, la partie demanderesse n'apporta pas la preuve de l'urgence se limitant à déclarer que la procédure arbitrale ne permettait pas la condamnation de la partie défenderesse en temps voulu. De plus, le Tribunal remarqua que la demanderesse avait « *demandé la remise de l'affaire à plusieurs reprises* ». Le président du tribunal se déclara donc compétent et reçut la demande, mais la déclara non fondée à défaut d'urgence.

²³ O. CAPRASSE, « Mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : conditions de l'intervention du juge des référés – Note sous tribunal de première instance d'Arlon 31 Juillet 2014 », *b-arbitra*, pp. 339 et s.

²⁴ A. REINER, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international notamment l'arbitrage C. C. I. », *J.D.I.*, 1998, p. 853 et s.

²⁵ Civ. Arlon, 31 juillet 2014, *b-arbitra*, 2/2015, pp 339 et s., note O. Caprasse.

§2. Comparaison avec le droit anglais

En droit anglais, la section 44 de l'Arbitration Act de 1996²⁶ traite de l'intervention du juge en support de la procédure arbitrale. Plus spécifiquement, la section 44 (3) prévoit : « *If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets* ». Le juge doit également prendre en compte la section 44 (5) qui énonce « *In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with the power in that regard has no power or is unable for the time being to act effectively* ». À l'instar du droit belge, le juge anglais ne peut donc intervenir de manière palliative que si le tribunal arbitral n'est pas le recours efficace pour prendre une mesure provisoire. En revanche, le pouvoir du juge anglais est limité aux mesures ayant pour objectif la préservation de preuves ou de biens.

En ce qui concerne le critère permettant au juge de déterminer s'il est compétent pour prendre une mesure, « *It is common ground that the test of urgency Under subsection (3) (de la section 44) is to be assessed by reference to whether the arbitral tribunal has the power and the practical ability to grant effective relief within the relevant timescale : Starlight Shipping v Tai Ping Insurance [2008] 1 Lloyd's Rep 230, paras 22, 24, 27* »²⁷. La saisie du juge étatique est donc soumise, comme en droit belge, à une condition d'inefficacité du tribunal arbitral.

§3. La renonciation au recours au juge étatique des référés

Dans la décision du président du tribunal de première instance d'Arlon du 31 juillet 2014, commentée ci-dessus, ce dernier observe que les parties n'ont pas renoncé aux recours au tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Cette faculté de renonciation est, explicitement, prévue à l'article 1691 du Code judiciaire. Elle peut se trouver dans la clause d'arbitrage, dans le compromis ou dans un accord explicite. Néanmoins, « *l'expérience empirique nous apprend que des telles clauses sont rarissimes dans les conventions et compromis d'arbitrage, et inexistantes dans les règlements d'arbitrages*

²⁶ Arbitration Act 1996, 1996 chapter 23, 17 juin 1996, disponible sur : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>

²⁷ Gerald Metals S.A. v Timis & Ors, 21 septembre 2016, no HC-2016-002321.

auxquels les parties pourraient se référer »²⁸. Une telle clause entraîne comme conséquence que si les parties désirent avoir recours au juge des référés, elles ne devront pas prouver l'inefficacité du juge privé.

Qu'en est-il des clauses de renoncement, non pas aux recours devant le tribunal arbitral, mais aux recours au juge étatique du provisoire ?

Avant la réforme de 2013, une partie de la doctrine admettait, suite au silence de la loi, qu'il était possible d'exclure l'intervention du juge des référés au moyen d'une clause explicite²⁹. Cela signifiait que la clause d'arbitrage en elle-même ne suffisait pas pour exclure la juridiction présidentielle. Par ailleurs, « *dans cet ordre d'idée, le pouvoir juridictionnel du juge des référés subsiste également dans l'hypothèse où une procédure de référé arbitral se trouverait organisée* »³⁰. L'adhésion à un règlement d'arbitrage qui excluait le recours au juge étatique des référés permettrait en revanche de renoncer à ce recours de manière implicite. Cette interprétation fut renforcée par les travaux préparatoires de la loi de 1998. Ceux-ci affirment que « *les parties peuvent s'adresser au juge des référés, même après la constitution du tribunal arbitral, à moins évidemment qu'elles aient exclu expressément une telle action* »³¹.

Néanmoins, la question du déni de justice s'est posée pour cette situation. En effet, l'exclusion du recours au juge étatique du provisoire n'efface pas les « infirmités congénitales » de l'arbitrage vis-à-vis des mesures provisoires et conservatoires³². La possibilité de renoncer fut critiquée, car cela pourrait priver les parties d'une protection juridique adéquate³³. Notamment lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué. Ainsi, « *la bonne administration de la justice suppose qu'une partie ne puisse être privée de la possibilité de sauvegarder ses droits dès lors qu'ils sont menacés et que l'arbitre n'étant pas encore en place, seul le juge est à même d'assurer par exemple la conservation d'une preuve* »³⁴.

²⁸ J. -FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *Op. cit.*, p.216.

²⁹ O. CAPRASSE, *L'arbitrage et les sociétés*, *Op. cit.*, p.482.

³⁰ *Ibidem.*, p.483

³¹ *Doc. parl.*, Chambre, 1374/1, 1997-1998, p.6.

³² J. -FR. van Drooghenbroeck, « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *Op. cit.*, p.229.

³³ P. Taelman, « De arbiters en hun bevoegdheden », *T.P.R.*, 1999, pp. 1709 et s., spéc. p.1718.

³⁴ G. KEUTGEN, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 1998, pp. 761 et s.

Depuis la réforme de 2013, l'article 1677, §8 du Code judiciaire énonce que « *par dérogation au §7, les dispositions des articles 1682, 1683, 1696 à 1698, 1708 et 1719 à 1722 s'appliquent quel que soit le lieu de l'arbitrage et nonobstant toute clause conventionnelle contraire* ». L'article 1683 du Code judiciaire, qui autorise la saisine du juge des référés tant avant que pendant la procédure arbitrale, fait donc partie des normes impératives de la sixième partie du Code judiciaire. En conséquence, les parties ne peuvent pas y déroger conventionnellement. Cette disposition « *ne peut être lue utilement que comme neutralisant toute clause tendant à prohiber la saisine du juge des référés, que l'arbitrage ait lieu ou non en Belgique, et quel que soit par ailleurs le stade de la procédure* »³⁵.

Section 2. Référé étatique en présence d'une clause d'arbitrage incluant la faculté du recours à un arbitre d'urgence

§1^{er}. Condition de la saisine du juge des référés

La section précédente présente les conditions du recours au référé étatique en présence d'une clause d'arbitrage. La présente section cherchera à comprendre si les conclusions tirées ci-dessus peuvent être appliquée lorsque la convention d'arbitrage des parties fait référence à un règlement d'arbitrage qui prévoit la faculté pour les parties de faire appel à un arbitre d'urgence.

Étant donné que le troisième chapitre de ce mémoire se concentrera sur l'arbitre d'urgence, seules les caractéristiques principales de cette procédure seront rapidement décrites ci-dessous.

L'arbitrage d'urgence intervient avant la constitution du tribunal arbitral. Néanmoins, sa mise en place est effectuée dans un laps de temps restreint. La totalité de la procédure est, elle-même, accélérée afin que l'arbitre puisse rendre une décision dans un bref délai. Les pouvoirs de l'arbitre sont donc réduits aux seules mesures provisoires et conservatoires que pourrait prendre le tribunal arbitral une fois constitué.

³⁵ J. -Fr. van Drooghenbroeck, « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *Op. cit.*, p.235.

Le but de cette procédure est de fournir aux parties une solution alternative au référé étatique. Elle permet de prendre des mesures provisoires et conservatoires avant que le tribunal arbitral ne soit constitué. L'arbitrage d'urgence, s'il donne l'occasion d'accélérer la procédure, ne suffit pas pour solutionner les autres défauts de l'arbitrage. En effet, même s'il est aussi rapide que le juge étatique du provisoire, l'arbitrage d'urgence conserve des défauts. Tout d'abord, il ne permet pas de prendre de mesures vis-à-vis de tiers. Ensuite, la procédure ne peut avoir lieu de manière unilatérale. Enfin, une procédure d'*exequatur* est nécessaire pour rendre ses décisions obligatoires. Le référé étatique est donc utile aux parties même lorsqu'elles peuvent recourir à un arbitre d'urgence.

En présence d'une clause d'arbitrage d'urgence, le juge des référés devra utiliser le même test qu'en absence d'arbitrage d'urgence afin de savoir s'il est compétent³⁶. Cependant, il adaptera son contrôle de la condition d'inefficacité du recours au processus arbitral en prenant en compte l'arbitrage d'urgence. Étant donné que la procédure d'arbitrage d'urgence ne peut avoir lieu qu'avant la constitution du tribunal arbitral, le juge vérifiera, non seulement, que le tribunal arbitral est dans l'incapacité de donner une solution efficace, mais que c'est également le cas pour l'arbitre d'urgence.

Il faut par ailleurs noter qu'en droit Anglais, un juge de la High Court dans le cas *Gerald Metals S.A. v Timis & Ors*³⁷ appliqua, pour déterminer s'il était compétent pour prendre des mesures provisoires en présence d'une clause d'arbitrage de la LCIA qui prévoyait une procédure d'*emergency arbitration*, le même test que celui qui est utilisé en absence d'une telle procédure. La solution adoptée est donc similaire à celle proposée par la doctrine belge : l'utilisation du même critère tant en présence qu'en absence de procédure d'arbitrage d'urgence.

§2. Faculté de renonciation à la saisine du juge des référés ?

Qu'en est-il de la renonciation ? Déjà en 2002 Olivier Caprasse écrivait que la présence d'une procédure de référé arbitral (tel que prévu par l'ICC à l'époque) ne constituait pas une

³⁶ O. CAPRASSE, « Mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : conditions de l'intervention du juge des référés – Note sous tribunal de première instance d'Arlon 31 Juillet 2014 », *Op. cit.*, pp. 339 et s., spéc. p.347.

³⁷ *Gerald Metals S.A. v Timis & Ors*, 21 septembre 2016, no HC-2016-002321.

renonciation implicite aux recours au référé étatique³⁸. Cette position devrait donc être également appliquée aux procédures d'arbitres d'urgence. Est-ce que la présence d'un juge privé du provisoire donnerait aux parties la faculté de renoncer, de manière explicite, au juge étatique du provisoire ? Étant donné le caractère impératif de l'article 1683 du Code judiciaire, qui, rappelons-le, prévoit que la saisine du juge des référés est possible tant avant que pendant la procédure arbitrale, la réponse à cette question doit être négative.

En conclusion, la doctrine belge connaît trois courants doctrinaux sur la relation du juge des référés avec la convention d'arbitrage. La doctrine la plus récente prône une forme de subsidiarité souple du recours au référé étatique en présence d'une clause d'arbitrage. La condition du recours à cette procédure est l'incapacité du juge privé à donner une solution efficace. L'appréciation de cette condition ne doit pas être trop théorique et doit prendre en compte les éléments de faits propres à chaque litige. Cette condition peut également être appliquée si la convention d'arbitrage prévoit un arbitrage d'urgence. La renonciation au recours au juge étatique du provisoire, qui était controversée, n'est plus possible depuis la réforme de 2013.

³⁸ O. CAPRASSE, *L'arbitrage et les sociétés*, *Op. cit.*, p.483

Chapitre 2. Mécanismes proposés par les institutions arbitrales afin d'accélérer la procédure arbitrale

Pour faire face aux situations d'urgence ou aux situations nécessitant une prise de décisions rapide, les institutions d'arbitrage ont fait preuve d'imagination en organisant des procédures variées. L'arbitrage d'urgence est l'une de ces solutions, mais n'est pas la seule. De nombreuses institutions d'arbitrage internationales, tel que le SIAC³⁹, la SCC⁴⁰, l'ICDR⁴¹ ou récemment l'ICC dans son nouveau règlement de 2017⁴², ont introduit des procédures d'arbitrage accélérées. Une étude de la Queen Mary University of London de 2015 met en évidence la demande pour ce type de procédure⁴³ par les acteurs d'arbitrage.

Dans ce chapitre nous aborderons brièvement le mécanisme de l'arbitrage accéléré parfois appelé *fast track arbitration*. La première section traitera des caractéristiques de ce mécanisme. La seconde illustrera cette procédure au moyen d'une comparaison entre la procédure proposée par l'ICC et la procédure de la LCIA.

Section 1. Caractéristiques de la procédure d'arbitrage accéléré

La procédure d'arbitrage accéléré n'est pas une forme distincte d'arbitrage. En effet, elle ne se contente pas d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'instar de l'arbitre d'urgence. Le tribunal de l'arbitrage accéléré tranche le litige de manière définitive dans une sentence. En conséquence, l'arbitrage accéléré doit respecter les mêmes principes que l'arbitrage classique⁴⁴.

³⁹ Article 5, Expedited procédure, Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, SIAC rules, 6^e édition, 1 août 2016, en vigueur depuis le 1 novembre 2016.

⁴⁰ Rules for expedited arbitrations of the arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce, en vigueur depuis le 1 janvier 2017

⁴¹ International expedited procedure, International Dispute Resolution procedures, ICDR, en vigueur depuis le 1 juin 2014.

⁴² Arbitration Rules of the International Court of Arbitration, ICC, en vigueur depuis le 1 mars 2016.

⁴³ L'étude sur l'arbitrage de la queen mary university London Survey montre que 92% des personnes qui ont répondu sont en faveur de l'introduction de procédure simplifiée pour les litiges portant sur un montant inférieur à un montant donné ; « 2015 International arbitration Survey : improvements and innovations in international arbitration », disponible sur : <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>, p.24.

⁴⁴ I. WELSER et C. KLAUSEGGER, « Fast Track Arbitration : Just fast or something different ? », in : C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, F. KREMSLEHNER, A. PETSCHKE, N. PITKOWITZ, J. POWER, I. WELSER et G. ZEILER, *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, p. 259 et s., spéc. 260.

La procédure d'arbitrage accélérée englobe une série de mécanismes qui ont pour effet de rendre la procédure d'arbitrage plus rapide. Si ces mécanismes peuvent avoir des applications pratiques différentes, ils partagent toutefois des caractéristiques communes.

Une première caractéristique est la réduction des délais par rapport à la procédure d'arbitrage normale⁴⁵. Cette réduction touche à la fois les différentes étapes de la procédure, comme le délai pour tenir la conférence de gestion de la procédure⁴⁶, et le délai général endéans lequel le tribunal arbitral doit rendre la sentence tranchant définitivement le litige⁴⁷.

Un second attribut de cette procédure est la possibilité de limiter, et même supprimer, certaines étapes de la procédure⁴⁸. À titre d'exemple le tribunal arbitral peut décider de limiter le nombre, la taille et la quantité des mémoires écrits des parties⁴⁹ ou, encore, en accord avec les parties, il a la possibilité de choisir une procédure uniquement écrite⁵⁰.

Les technologies de l'information et de la communication sont par ailleurs généralement utilisées dans ce type de procédure. La LCIA recommande ainsi aux parties de faire leur demande de constitution accélérée du tribunal arbitral par email⁵¹.

Section 2. Comparaison entre le règlement de l'ICC de 2017 et le règlement de la LCIA de 2014

La procédure accélérée de l'ICC est contenue dans l'article 30 et dans les cinq articles de l'Appendice VI du nouveau règlement de 2017. Cette procédure est donc traitée de manière étendue dans ce règlement. La procédure de constitution accélérée du tribunal arbitral de la LCIA propose un instrument plus minimaliste qui est traité dans l'article 9A de son règlement. Cette section comparera ces deux règlements en se concentrant sur le champ

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 263.

⁴⁶ Article 3.3, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁴⁷ Article 4.1 Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁴⁸ I. WELSER et C. KLAUSEGGER, « Fast Track Arbitration : Just fast or something different ? », *Op. cit.*, p. 259 et s., spéc. 263.

⁴⁹ Article 3.4 Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁵⁰ Article 3.5 Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁵¹ London Court of International arbitration, « LCIA Notes on Emergency Procedures », 2015, disponible sur : <http://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-on-emergency-procedures.aspx>, §17.

d'application et les impacts de chacun des deux mécanismes sur la procédure d'arbitrage normale.

§1^{er}. Champ d'application

Le champ d'application de l'arbitrage accéléré de l'ICC se divise dans des prescriptions positives et négatives. En premier lieu, il faut que⁵² :

- le montant du litige au moment de la demande soit inférieur à 2 millions d'USD.
- Les parties s'accordent sur l'application de la procédure.

En second lieu, il ne faut pas que⁵³:

- la convention d'arbitrage ait été signée avant le 1er mars 2017, date de l'entrée en vigueur du nouveau règlement ;
- les parties aient exclu l'application de cette procédure dans leur convention d'arbitrage ;
- à la demande d'une partie, la Cour estime la procédure inappropriée.

Il faut ajouter qu'à tout moment durant la procédure la Cour peut décider que l'arbitrage accéléré ne s'appliquera plus au litige⁵⁴

L'article 9A du règlement de la LCIA prévoit que : « *in case of exceptional urgency, any party may apply to the LCIA Court for the expedited formation of the Arbitral Tribunal (...)* »⁵⁵. Cet article ne définit pas l'urgence exceptionnelle nécessaire pour que cette procédure s'applique. Dans une note explicative adressée aux parties, la LCIA précise : « *There is no prescribed standards as to what the LCIA considers amounts to exceptional urgency ; each case is considered on its own merits (...)* »⁵⁶. Cependant, la même note donne des exemples de cas dans lesquels la LCIA a considéré que l'urgence était suffisamment exceptionnelle pour justifier l'application de la procédure. Un des cas présenté portait sur la rupture anticipée d'un contrat ayant pour objet des droits de rediffusions télévisées. Dans ce cas, le demandeur présenta deux arguments pour justifier l'existence de l'urgence requise :

⁵² Article 30.2, a) et article 1.2 de l'Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁵³ Article 30.3, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁵⁴ Article 1.4, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁵⁵ Article 9.1, règlement d'arbitrage de la LCIA de 2014, en vigueur depuis le 1 octobre 2014.

⁵⁶ London Court of International arbitration, « LCIA Notes on emergency procedure », *Op. cit.*, §19.

- Le contrat allait prendre fin 27 jours après le moment où la demande avait été envoyée suite à la notification de la résiliation du contrat. Une fois le contrat fini, les clients du demandeur ne recevraient plus le contenu fourni par le défendeur.
- De plus, les concurrents du demandeur auraient accès au contenu exclusif du contrat dès que celui-ci aurait pris fin.

La Cour de la LCIA considéra qu'il y avait bien une urgence exceptionnelle qui justifiait la constitution accélérée du tribunal arbitral⁵⁷. Il est important de noter que la Cour ne doit pas justifier sa décision⁵⁸.

§2. Modifications de la procédure

Si elle est applicable, la procédure accélérée de l'ICC a pour conséquences de presser le déroulement de l'arbitrage. Les adaptations apportées à la procédure classique sont les suivantes :

- La Cour nomme un arbitre unique et cela même si les parties en ont convenu autrement dans leur convention⁵⁹ ;
- Les parties ne peuvent plus faire de nouvelle demande une fois que le tribunal arbitral est constitué⁶⁰ ;
- La conférence de gestion de la procédure doit avoir lieu dans un délai de 15 jours suivant le transfert du dossier au tribunal arbitral⁶¹ ;
- Le tribunal peut limiter le nombre, la taille et la portée des mémoires des parties⁶² ;
- Le tribunal peut décider que la procédure se fasse par écrit⁶³ ; et
- Le délai maximal dont dispose le tribunal arbitral pour rendre sa sentence est de six mois suivant la conférence de gestion de la procédure⁶⁴.

Contrairement au règlement de l'ICC, l'article 9A du règlement de la LCIA ne prévoit pas spécifiquement comment sera modifiée la procédure. En revanche, le règlement prévoit que :

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*, §27.

⁵⁹ Article 2.1, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁶⁰ Article 3.2, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁶¹ Article 3.3, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁶² Article 3.4, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁶³ Article 3.5, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

⁶⁴ Article 4.1, Appendice VI, règlement d'arbitrage de l'ICC de 2017, en vigueur depuis le 1 mars 2017.

« if the application is granted, (...) the LCIA Court may abridge any period of time under the Arbitration Agreement or other agreement of the parties »⁶⁵.

Même si le règlement de la LCIA organise de manière plus sommaire la manière dont la procédure est modifiée et accélérée, les deux règlements partagent le même objectif de célérité de la procédure.

Par contre, les deux règlements se distinguent par la restriction de leur champ d'application. Effectivement, alors que la procédure de l'ICC vise des litiges portant sur un faible montant, la procédure de la LCIA vise les situations d'urgence sans prendre en compte le montant du litige.

Les procédures d'arbitrage accéléré sont donc une solution aux procédures d'arbitrage classique. Elles peuvent être utiles aux parties et servir d'alternative à l'arbitrage d'urgence. Le principal avantage de cette procédure par rapport à l'arbitrage d'urgence est que la décision rendue par le tribunal arbitral est une sentence définitive équivalente à une procédure classique. Elle est donc exécutable sur base de la Convention de New York de 1958.

⁶⁵ Article 9.3, règlement d'arbitrage de la LCIA de 2014, en vigueur depuis le 1 octobre 2014.

Chapitre 3. L'arbitrage d'urgence

Le premier chapitre s'est intéressé au référé étatique. C'est la première option qu'une partie, ayant conclu une convention d'arbitrage, peut choisir afin de demander des mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral. Le deuxième chapitre a passé en revue les caractéristiques principales de la procédure d'arbitrage accélérée. Cette procédure constitue une seconde option pour l'obtention de ce type de mesure. Celle-ci est offerte par les institutions d'arbitrage. Néanmoins, l'arbitrage accéléré ne permet pas de concurrencer le juge étatique du provisoire en cas d'extrême urgence. La troisième option est l'arbitrage d'urgence. C'est également une solution proposée par les institutions d'arbitrage. Cette procédure a pour but de donner aux parties la faculté de choisir une procédure privée pour demander des mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral.

Ce chapitre détaille donc cette troisième option en proposant une comparaison entre les procédures d'arbitrages d'urgence de six institutions internationales. La première section de ce chapitre décrit l'origine et les sources de l'arbitrage d'urgence. La deuxième section se concentre sur la demande permettant d'initier cette procédure. La troisième section étudie l'arbitre d'urgence. La quatrième section détaille la procédure appliquée lors du déroulement de ce mécanisme. La cinquième section se focalise sur les pouvoirs de l'*emergency arbitrator*. La sixième section analyse la décision qui est rendue par cet arbitre. La septième section compare les frais de procédure exigés par les institutions. Une huitième et dernière section propose un tableau récapitulatif de la comparaison.

Section 1 L'origine et les sources de l'arbitrage d'urgence

§1. L'origine : le référé pré-arbitral de l'ICC

Les règlements d'arbitrage accordent généralement au tribunal arbitral le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires une fois que celui-ci est constitué⁶⁶. L'obtention de ce type de mesures peut se révéler complexe avant la constitution du tribunal arbitral à cause des « infirmités congénitales » dont souffre l'arbitrage vis-à-vis de ces situations⁶⁷. Afin de faire face à ce problème, les institutions d'arbitrage international ont proposé de nouvelles procédures. C'est l'ICC qui, en 1990, a proposé la première de ces procédures en introduisant le référé pré-arbitral dans un règlement distinct de son règlement d'arbitrage⁶⁸.

Selon cette procédure, « *le tiers statuant en référé a pouvoir : (a) d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence, afin de prévenir soit un dommage imminent soit un préjudice irréparable et ainsi de sauvegarder tout droit ou bien d'une partie* », mais aussi : « *(d) d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement de preuves* »⁶⁹.

Si cette procédure était très innovante, elle a cependant été très peu utilisée à tel point qu'elle fut décrite comme : « *an excellent idea which thus far has not worked* »⁷⁰. Ce manque d'utilisation a été principalement attribué à la condition d'opt-in nécessaire à l'application de du référé pré-arbitral⁷¹.

⁶⁶ Article 27, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

⁶⁷ Voir chapitre 1.

⁶⁸ Règlement de référé pré-arbitral de la CCI, en vigueur le 1 janvier 1990.

⁶⁹ Article 2.1, Règlement de référé pré-arbitral de la CCI, en vigueur le 1 janvier 1990.

⁷⁰ W. CRAIG, W. PARK and J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana, 2000, § 38.03.

⁷¹ 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. 49-53.

De plus, la faculté de rendre exécutoire la décision du tiers statuant en référé a été contestée. La Cour d'appel de Paris⁷² a ainsi considéré que l'ordonnance du tiers statuant en référé est de nature contractuelle. La conséquence de cette qualification est l'inapplicabilité de la convention de New York aux ordonnances de référé pré-arbitral car elles ne sont pas des sentences arbitrales⁷³. Cette convention ne peut donc pas servir comme base légale pour faire exécuter l'ordonnance pré-arbitrale par le juge compétent.

Le terme « *emergency arbitrator* » a été employé pour la première fois dans le règlement de l'ICRD de 2006⁷⁴. Il a ensuite été adopté par d'autres institutions. Le paragraphe suivant décrira les règlements d'arbitrage d'institutions internationales ayant adopté cette procédure et qui ont été sélectionnés afin d'effectuer une comparaison.

§2. Les sources

Afin de réaliser une comparaison entre différentes procédures d'arbitrage d'urgence, six règlements d'arbitrage ont été choisis : l'ICDR, la SCC, le SIAC, l'ICC, le CEPANI et la LCIA. Le choix des règlements se base sur la réputation de l'institution et le nombre d'utilisations de leur procédure d'arbitrage d'urgence.

A. ICDR

L'ICDR est la branche internationale de l'AAA. C'est la première institution à avoir proposé un arbitrage d'urgence. Celui-ci était organisé dans l'article 37 son règlement de 2006. Ce règlement a été modifié en 2014 et c'est désormais l'article 6 portant sur les mesures provisoires d'urgence qui prévoit la procédure d'arbitrage d'urgence de cette institution.

⁷² Court d'appel de Paris (1^{er} ch.), 29 avril 2003, Société National des pétroles du Congo et République du Congo c. Total Fina Elf E & P.

⁷³ 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.

⁷⁴ Article 37 Emergency measures of protection, règlement d'arbitrage de l'ICDR, en vigueur depuis le 1 mai 2006.

L'emergency arbitrator de l'ICDR a connu un certain succès avec 55 cas depuis l'introduction de la procédure en 2006⁷⁵.

B. SCC

La SCC a introduit une procédure d'arbitrage d'urgence dans son règlement de 2010. Les dispositions relatives à cette procédure ont connu une modification récente dans le règlement de cette institution entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Les dispositions organisant cette procédure se trouvent à l'Appendice II de ce règlement. L'arbitre d'urgence de la SCC a été utilisé dans 27 litiges entre 2010 et fin 2016, dont 13 en 2016⁷⁶. Il a également été employé dans un litige entre un état et un investisseur⁷⁷.

C. SIAC

Le SIAC est la première institution d'arbitrage international asiatique à avoir introduit *l'emergency arbitration*. La procédure a été proposée aux parties dès 2010. Elle a été remaniée en 2016 avec l'introduction du nouveau règlement entré en vigueur le 1 novembre. La procédure est structurée dans le Schedule 1 du règlement. Il y a eu 57 demandes d'arbitrage d'urgence depuis l'introduction de la procédure en 2010⁷⁸. Il apparaît par ailleurs qu'un nombre significatif de ces procédures a impliqué des parties indiennes⁷⁹.

D. ICC

Introduit en 2012, l'arbitrage d'urgence de l'ICC ne remplace pas le référé pré-arbitral de 1990 mais s'ajoute à celui-ci. La procédure a été mise à jour dans le règlement de 2017. Elle est traitée dans l'article 29 et dans les articles de l'appendice V.

⁷⁵ M. BAKER et M. STADNYK, « Q & A with Richard Naimark : Senior vice President ICDR Global Operations », *International arbitration report*, no. 6, mai 2016, pp. 2-4.

⁷⁶ Information disponible sur : <http://www.sccinstitute.com/statistics/>

⁷⁷ L. KNAPP, « SCC practice : Emergency Arbitrator Decisions rendered 2014 », disponible sur : http://www.sccinstitute.com/media/62020/scc-practice-emergency-arbitrators-2014_final.pdf.

⁷⁸ « The total number of case handled by SIAC as of 31 march 2017 », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/facts-figures/statistics>.

⁷⁹ N. VIVEKANANDA, « The SIAC Emergency Arbitrator experience », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/338-the-siac-emergency-arbitrator-experience>.

E. CEPANI

Le CEPANI propose une procédure d'arbitrage d'urgence depuis 2013. Elle est organisée à l'article 26 intitulé : « Mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral ». Le règlement de l'ICC de 2012 fut l'une des sources d'inspiration du CEPANI lors de la rédaction de cette disposition⁸⁰.

F. LCIA

La LCIA est la dernière des institutions étudiées à avoir introduit l'arbitrage d'urgence dans son règlement. La disposition relative à la procédure se trouve à l'article 9B du règlement entré en vigueur le 1 octobre 2014.

G. Autres institutions

Ces six institutions ne sont pas les seules à proposer une procédure d'arbitrages d'urgence dans leur règlement d'arbitrage. Il est possible de citer, à titre d'exemple, d'autre institution internationale proposant une procédure similaire tel que le Nederlands Arbitrage Instituut (NAI)⁸¹, l'Australian Center for International Commercial Arbitration (ACICA)⁸², Le Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC)⁸³ ou du Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI)⁸⁴.

Section 2. Les conditions de la demande

La première étape de la procédure d'arbitrage d'urgence est la demande. Elle est soumise à de nombreuses conditions. Cette section les explicite de la manière suivante :

⁸⁰ H. VERBIST, « New Belgian Arbitration Law of 24 June 2013 and the New CEPANI Arbitration Rules of 1 January 2013 », *Op. cit.*, pp 597-618, spéc. p. 615.

⁸¹ Article 35 et 36, règlement d'arbitrage du NAI, entré en vigueur le 1 janvier 2015.

⁸² Article 33 et Schedule 1, règlement d'arbitrage de l'ACICA, entré en vigueur le 1 janvier 2016.

⁸³ Article 23 et Schedule 4, règlement d'arbitrage de l'HKIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2013.

⁸⁴ Article 43, règlement d'arbitrage du SCAI, entré en vigueur le 1 juin 2012.

- Le premier paragraphe traitera de la version du règlement d'arbitrage applicable entre les parties;
- Le deuxième paragraphe s'intéressera à la faculté des parties d'exclure la procédure ;
- Le troisième paragraphe analysera l'urgence en tant que condition de la demande ;
- Le quatrième comparera les différentes solutions relatives au moment de la demande ;
- Le cinquième paragraphe examinera la forme de la demande ;
- Le sixième paragraphe décrira le contenu de la demande ;
- Finalement, le septième paragraphe abordera le contrôle de cette demande par les institutions.

§ 1. L'importance de la version du règlement d'arbitrage applicable

A. Termes des règlements d'arbitrage

Afin de pouvoir initier une procédure d'arbitrage d'urgence, il est nécessaire que la version du règlement d'arbitrage choisi dans la clause d'arbitrage propose cette procédure. Cette question, qui peut apparaître triviale pour les règlements étudiés, soulève néanmoins parfois des problèmes pratiques.

Il existe deux approches pour régler l'applicabilité du règlement à un litige. Pour le CEPANI⁸⁵, l'ICC⁸⁶ et la LCIA⁸⁷ le règlement applicable est celui en vigueur au moment de la signature de la clause d'arbitrage. Si la clause a été conclue avant l'entrée en vigueur du règlement d'arbitrage la procédure ne pourra être initiée. Cette approche est adoucie dans le règlement de la LCIA⁸⁸. Ce règlement permet, explicitement, aux parties ayant signé leur contrat avant l'entrée en vigueur du règlement instaurant l'arbitrage d'urgence de faire un opt-in de cette procédure, afin de pouvoir également en bénéficier.

⁸⁵ Article 27.1, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013

⁸⁶ Article 29, 6, a), règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017

⁸⁷ 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 procédure », *Op. cit.*, §7

⁸⁸ Article 9.14, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

En revanche, pour le SIAC⁸⁹, la SCC⁹⁰ et l'ICDR⁹¹ le règlement, qui s'applique à la procédure, est celui en vigueur au moment où la procédure d'arbitrage est initiée. Dans ce cas il est possible qu'une partie amorce une procédure d'arbitrage d'urgence alors qu'au moment de la signature de la clause d'arbitrage cette procédure n'existait pas⁹². L'avantage de ce choix est qu'il étend considérablement le nombre de personnes pouvant faire recours à la procédure d'arbitrage d'urgence. Ces trois institutions d'arbitrage sont, par ailleurs, celles qui ont connu le plus grand nombre de procédures d'arbitrage d'urgence.

B. Application de la règle par les arbitres d'urgence

Dans la pratique, l'application de ces règles a fait l'objet de contestations et a été interprétée avec plus de nuances. Andrea Carlevaris et José Ricardo Feris⁹³ nous illustrent l'application de la première approche pour la procédure de l'ICC dans leur article sur les dix premiers arbitrages d'urgences réalisés sous les auspices de cette institution.

Dans le règlement de l'ICC, le président a la charge de vérifier cette condition avant la nomination. Dans le premier cas décrit par les auteurs, le président fut confronté à une absence de preuve quant à une signature de la clause avant le 1^{er} janvier 2012⁹⁴. Le président refusa donc de nommer un arbitre. Dans le second cas, la clause d'arbitrage était présente dans un contrat signé avant le 1^{er} janvier 2012 mais par la suite modifié. Le président nomma l'arbitre et le laissa statuer sur sa compétence. Finalement, dans le troisième cas, le contrat était également d'une date antérieure au 1^{er} janvier 2012. La clause entendait néanmoins que les parties se réfèrent au règlement de l'ICC en application au début de la procédure d'arbitrage. Le président décida que les parties savaient que le règlement pouvait être modifié et que la clause visait donc à accepter les modifications, mêmes inconnues, au moment de la signature du contrat. En outre, il remarqua que si les parties avaient voulu exclure la procédure d'arbitrage d'urgence, elles auraient dû modifier leur contrat en ce sens. De plus, la

⁸⁹Rule 1.2, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

⁹⁰Préambule, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

⁹¹Article 1.1 règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

⁹²D. 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>.

⁹³A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25/1, 2014, pp. 25 et s.

⁹⁴Date d'entrée en vigueur du règlement de l'ICC ayant introduit l'arbitrage d'urgence de l'ICC

partie défenderesse ne fit aucune contestation à ce sujet. En conséquence, le président nomma un arbitre d'urgence dans cette procédure malgré que le contrat fût signé avant l'entrée en vigueur du règlement de 2012.

En principe, la règle est simple : il n'y a pas de possibilité de recourir à l'arbitrage d'urgence pour les parties dont les contrats sont signés avant l'entrée en vigueur des règlements d'arbitrages instaurant cette procédure. Les cas précédents laissent cependant entendre que l'application pratique peut être plus complexe. Dans les cas étudiés, il existe deux situations dans lesquelles l'arbitrage d'urgence pourra quant même avoir lieu même si le contrat a été signé avant la date d'entrée en vigueur du règlement. Dans la première situation, les parties ont modifié leur contrat, postérieurement à son entrée en vigueur, sans exclure l'arbitrage d'urgence lors de cette modification ; dans la seconde situation, les parties ont prévu explicitement l'application du règlement le plus récent.

Parmi les institutions résolvant cette question en appliquant le règlement en vigueur au moment du commencement de la procédure d'arbitrage, un arbitre d'urgence de la SCC a connu, en 2014, une contestation relative à la version du règlement d'arbitrage applicable et donc à sa compétence. Ce cas est un peu particulier car le litige portait sur un traité d'investissement signé avant le 1^{er} janvier 2010, date de l'entrée en application du règlement instaurant la procédure d'arbitrage d'urgence. Le défendeur contesta la compétence de l'arbitre d'urgence en raison de l'absence de cette procédure au moment de la signature du traité. L'arbitre se basa sur l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁵ et affirma : « *when a treaty is formulated in terms whose content is susceptible of evolving over time, it is fair to presume that the contracting states intended their treaty content to evolve accordingly, unless of course there is evidence of contrary* ». L'arbitre déclara également que lorsque les parties se réfèrent à une institution et non à un règlement spécifique dans leur clause, celles-ci font le choix du règlement le plus à jour de l'institution. Par conséquent, l'arbitre rejeta la contestation sur sa compétence soulevée par la partie défenderesse⁹⁶. Il en ressort que la deuxième approche n'est pas non plus exempte de contestation à propos du règlement applicable.

⁹⁵Article 31, Convention de Vienne sur le droit des traités, signé à Vienne le 23 mai 1969.

⁹⁶L. KNAPP, « SCC practice : Emergency Arbitrator Decisions rendered 2014 », *Op. cit.*

§ 2. L'opt-out

La faculté pour les parties de réaliser un opt-out de la procédure d'arbitrage d'urgence est un élément qui se retrouve dans tous les règlements étudiés⁹⁷. Cette possibilité permet aux parties de renoncer, préalablement au litige, à cette procédure si elles ne désirent pas l'appliquer.

Les parties peuvent choisir un opt-out explicite. L'ICC suggère un exemple d'opt-out explicite dans la rubrique « Arbitration Clauses » de son règlement. L'ICC formule celle-ci de la manière suivante : « *Les dispositions relatives à l'arbitrage d'urgence ne s'appliquent pas* ». Tout autre langage explicite suffit également⁹⁸. Les parties peuvent aussi réaliser un opt-out implicite en choisissant un autre mode pré-arbitral pour octroyer des mesures provisoires et conservatoires⁹⁹.

Par ailleurs, la présence d'une procédure d'arbitrage d'urgence dans un règlement n'équivaut pas à la renonciation du recours au référé étatique. À titre d'exemple, le règlement de la LCIA prévoit dans son article 9.12 que les parties peuvent toujours faire une demande de mesures provisoires et conservatoires devant un juge étatique. Cette demande peut-être réalisée alors même que la procédure d'arbitrage d'urgence est entamée. Cet article pose comme unique condition d'en informer aussi vite que possible l'arbitre, le greffe de la LCIA (« Registrar ») et les autres parties. On retrouve des dispositions similaires dans les règlements de l'ICC, du SIAC et de l'ICDR¹⁰⁰.

⁹⁷Article 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.

⁹⁸J. 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.

⁹⁹Article 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 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.

¹⁰⁰Rule 30.3, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; Article 29.7, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 6.7, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

§ 3. L'urgence

La contrainte temporelle est une condition requise pour entamer une demande d'arbitrage d'urgence dans les règlements de l'ICC et du CEPANI. Ces deux règlements, qui ont la même formulation, requièrent des mesures « *urgentes qui ne peuvent attendre la constitution du tribunal arbitral* »¹⁰¹.

Cette condition a été introduite afin de créer une barrière à l'entrée quant à l'utilisation de l'arbitrage d'urgence. En effet, le référé pré-arbitral de l'ICC n'exigeait pas la présence d'urgence pour déterminer l'applicabilité de la procédure. Cette procédure requérait en revanche, un opt-in des parties. L'urgence avait pour but d'éviter que la procédure leur soit imposée. L'opt-in était cependant l'une des raisons principales de l'utilisation peu fréquente de la procédure de référé pré-arbitral. Lors de l'adoption du règlement de 2012 par l'ICC, une solution d'opt-out a été choisie pour l'arbitrage d'urgence pour remédier à cette situation. Cependant, pour éviter que la procédure ne soit imposée aux parties, l'ICC a alors limité le champ d'application de l'arbitrage d'urgence aux situations de « véritable urgence » c'est-à-dire celles qui ne peuvent attendre la constitution du tribunal arbitral¹⁰².

L'urgence est donc une condition pour faire une demande d'arbitrage d'urgence. L'arbitre d'urgence une fois nommé contrôlera la présence, dans les faits, de l'urgence¹⁰³. Afin de vérifier la présence de l'urgence, certains auteurs¹⁰⁴ ont théorisé le test suivant : « *whether the measure sought could still be ordered by the arbitral tribunal once constituted or whether the measure, if ordered by the arbitral tribunal once constituted, would come too late to prevent the harm* ». Ce test n'est cependant pas évoqué comme étant utilisé par les arbitres d'urgence

¹⁰¹Article 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.

¹⁰²N. VOSER, « Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules », *ASA Bulletin*, 4/2011, pp. 783-820, spéc. p. 815 et 816.

¹⁰³J. 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.

¹⁰⁴W. L. CRAIG and L. JAEGER, « The 2012 ICC Rules: important changes and issues for future resolution », *The Paris Journal of International Arbitration*, 2012, p.15, cité dans C. ASCHAUER, « Use of the ICC Emergency Arbitrator to protect the arbitral proceedings », *ICC Bulletin* 2012, p. 8

dans l'article de Andrea Carlevaris et José Ricardo Feris à propos des dix premiers arbitrages d'urgence de l'ICC¹⁰⁵.

§ 4. Le moment

A. Avant la constitution du tribunal arbitral

Le moment de la demande est un élément essentiel du recours à la procédure d'arbitrage d'urgence. Les règlements d'arbitrages exigent que la demande soit envoyée avant la constitution du tribunal arbitral. Cette condition permet de qualifier l'arbitrage d'urgence comme procédure pré-arbitrale. Cette exigence est présente dans le règlement d'arbitrage de toutes les institutions étudiées¹⁰⁶.

Les règlements du CEPANI, de la LCIA, du SIAC et de l'ICDR prennent la constitution du tribunal comme moment à partir duquel l'arbitre d'urgence ne peut plus être saisi. Pour l'ICC et la SCC, ce moment a lieu lors de la transmission du dossier au tribunal arbitral. Cette limite temporelle est cohérente avec le pouvoir conféré au tribunal arbitral, de prendre des mesures provisoires et conservatoires, une fois constitué¹⁰⁷. Ce sera donc au tribunal arbitral qu'il faudra faire une demande de mesures provisoire et conservatoire après ce moment.

Qu'en est-il de la situation de la procédure d'arbitrage d'urgence une fois que le tribunal arbitral est constitué ? Cette éventualité n'est pas prévue par les règlements d'arbitrage du CEPANI et de la LCIA. Les règlements de l'ICDR, du SIAC et de la SCC prévoient que

¹⁰⁵ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op.cit.*

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Article 27, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013; Article 28, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017; Article 37, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017; Article 25, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014; Rule 30, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016; Article 24, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

l'arbitre d'urgence sera privé de son pouvoir une fois le tribunal arbitral constitué¹⁰⁸. Le règlement de l'ICC a adopté la solution opposée. L'article 2.2 de ce règlement prévoit que « *L'arbitre d'urgence nommé avant cette date (remise du dossier au tribunal arbitral) conserve le pouvoir de rendre une ordonnance dans les délais autorisés par l'article 6, paragraphe 4 du présent Appendice (15 jours)* ».

B. Avant ou après la demande d'arbitrage ?

Un autre éclaircissement quant au moment de la demande nécessite d'être abordé : c'est la question si la demande d'arbitrage d'urgence peut avoir lieu avant la demande d'arbitrage ou doit avoir lieu après celle-ci. En effet, dans les règlements de la LCIA¹⁰⁹, du SIAC¹¹⁰ et de l'ICDR¹¹¹ la demande d'arbitrage d'urgence doit avoir lieu de manière concomitante ou postérieure à la demande d'arbitrage. En revanche, les règlements de l'ICC¹¹² et de la SCC¹¹³ autorisent les demandes d'arbitrage d'urgence avant même l'envoi d'une demande d'arbitrage. Le règlement du CEPANI, quant à lui, ne prévoit pas cette situation. Dirk De Meulemeester¹¹⁴ estime cependant que la demande pourra malgré tout avoir lieu avant la demande d'arbitrage comme dans les règlements de l'ICC et de la SCC.

La procédure de l'ICC contient cependant une spécificité. En effet, si le demandeur peut initier l'arbitrage d'urgence avant même d'avoir effectué une demande d'arbitrage, cette autorisation est conditionnelle. En effet, l'article 1.6 de l'Appendice V prévoit que « *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* ». Ce délai de 10 jours peut être augmenté par l'arbitre d'urgence s'il l'estime nécessaire.

¹⁰⁸ Article 6.5 règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014 ; Schedule 1.8, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; Article 1.2, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

¹⁰⁹ London Court of International Arbitration., « LCIA Notes on emergency procédure », *Op. cit.*, §32.

¹¹⁰ Schedule I.1, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

¹¹¹ Article 6.1, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹¹² Article 29.1 et Article 1.6, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

¹¹³ Article 9.4, Appendice II, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur de 1 janvier 2017.

¹¹⁴ D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *Arbitrage in het praktijk*, *Op. cit.*, no. 602.

C. Impact de la présence d'une *multi-tiered dispute resolution clause* sur le moment de la demande

Il est fréquent que les parties créent des clauses comprenant, consécutivement, plusieurs modes alternatifs de résolution des différends. Il peut être, par exemple, prévu une période de négociation ou de médiation préalablement à l'initiation d'une procédure d'arbitrage. Il est admis que ce type de clause empêche toute demande d'arbitrage avant l'expiration du délai de négociation ou de médiation.

Un cas contenant une *multi-tiered dispute resolution clause* fut soumis à un arbitre d'urgence de l'ICC. La clause prévoyait une période de 60 jours de médiation entre les parties avant que le demandeur ne puisse commencer la procédure d'arbitrage en elle-même. Le demandeur effectua sa demande d'arbitrage d'urgence le même jour que la demande de médiation. Le défendeur argumenta que la procédure d'arbitrage d'urgence n'était pas disponible tant que les 60 jours n'étaient pas écoulés. Il ajouta que « *the application was premature as a request for arbitration could not be filed within the mandatory ten days without breaching the 60-day interval set by the multi-tiered clause* »¹¹⁵. L'arbitre d'urgence rejeta le premier argument pour deux raisons. Premièrement, cela priverait les parties de tout recours effectif à l'arbitrage d'urgence alors que cette procédure était la seule permettant l'obtention de mesures provisoires et conservatoires (si on exclut le recours au juge étatique). Deuxièmement, il soutint que l'arbitrage d'urgence est une procédure séparée qui peut avoir lieu parallèlement à la période de médiation de 60 jours. Il admit en revanche qu'étant donné la période de médiation, aucune demande d'arbitrage ne pouvait être envoyée dans les 10 jours de la demande d'arbitrage d'urgence. Il résolut le problème en employant sa faculté d'augmenter ce délai, tel que prévu à l'article 1.6 des règles sur l'arbitre d'urgence¹¹⁶.

Suite à ce litige, l'ICC introduisit en 2014, lors de la modification de son règlement relatif à la médiation, un exemple de clause à plusieurs étapes réglant contractuellement l'intervention de l'arbitre d'urgence. La clause proposée prévoit deux variantes. L'une exclut le recours à l'arbitre d'urgence durant la période de médiation et l'autre l'autorise¹¹⁷.

¹¹⁵ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op.cit.*, p.32.

¹¹⁶ *Ibidem.*, pp. 32-33.

¹¹⁷ Clause de médiation, règlement de médiation de l'ICC, entré en vigueur le 1 janvier 2014.

§ 5. La forme de la demande

Les parties sont libres de choisir la forme de leur demande. Elle doit néanmoins être envoyée par écrit¹¹⁸. Certaines institutions suggèrent d'envoyer la demande par mail et de téléphoner à l'institution pour l'informer sur la demande¹¹⁹.

L'article 26.1 du règlement d'arbitrage du CEPANI prévoit que « *la demande est introduite dans la langue convenue ou à défaut, dans la langue de la convention d'arbitrage* ». Cette position est également adoptée par l'ICC à l'article 1.4 de l'Appendice V de son règlement d'arbitrage. La langue de la demande n'est pas explicitement traitée dans les articles des autres règlements d'arbitrage.

§ 6. Le contenu de la demande

À propos du contenu qui doit être présent dans la demande, les institutions ont des exigences diverses. Les dispositions de l'ICC, de la SCC et du CEPANI sont détaillées et listent toutes les éléments qui doivent être présents¹²⁰. La liste des éléments est similaire pour ces trois institutions.

L'article 1.3 de l'Appendice V sur les règles relatives à l'arbitre d'urgence du règlement d'arbitrage de l'ICC prévoit que :

« *La Requête contient les éléments suivants :*

a) les noms et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées de chacune des parties,

¹¹⁸ Article 9.5, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

¹¹⁹ Article 9.5, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; London Court of International Arbitration, « LCIA Notes on emergency procédure », *Op. cit.*, §32 et s. ; 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 », *Op. cit.*, § 3-1065 ; Article 6.1, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹²⁰ Article 1.3, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 26.3, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; Article 2, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

- b) les noms et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées de toute(s) personne(s) représentant le requérant,*
 - c) un exposé des circonstances à l'origine de la Requête et du litige sous-jacent qui est ou sera soumis à l'arbitrage,*
 - d) un exposé des mesures d'urgence sollicitées,*
 - e) les motifs pour lesquels le requérant sollicite des mesures provisoires ou conservatoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral,*
 - f) toutes conventions pertinentes et, notamment, la convention d'arbitrage,*
 - g) toute convention relative au droit applicable ou à la langue et au lieu de l'arbitrage,*
 - h) une preuve du paiement du montant précisé à l'article 7, paragraphe 1, du présent Appendice ; et*
 - i) toute Demande d'arbitrage et toutes autres communications écrites concernant le litige sous-jacent qui ont été soumises au Secrétariat par une partie à la procédure de l'arbitre d'urgence avant l'introduction de la Requête.*
- La Requête peut contenir tout autre document ou élément que le requérant estime approprié ou de nature à contribuer à un examen efficace de celle-ci. »*

Les règlements du SIAC, de l'ICDR et de la LCIA se concentrent sur un nombre moins important d'informations qui doivent être présentes dans la demande¹²¹. Celle-ci sont : une description des mesures demandées, la raison justifiant la prise de ces mesures par l'arbitre d'urgence et la preuve du paiement des frais de la procédure.

§ 7. Contrôle de la demande

La demande sera contrôlée par l'organe de nomination de l'arbitre d'urgence préalablement à celle-ci. Ce contrôle est, soit prévu de manière succincte dans les règlements, soit absent. Le règlement de la SCC prévoit, par exemple, à l'article 4.2 des règles sur l'arbitre d'urgence, que l' « *Emergency Arbitrator shall not be appointed if the SCC manifestly lacks jurisdiction over the dispute* ». Même si cet élément n'est pas repris dans les autres règlements, il apparaît néanmoins que le contrôle de celui-ci soit une condition de bonne administration par l'institution. La vérification de la présence d'un opt-out de la procédure par les parties fait

¹²¹ 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 ; Article 9.5, règlement de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

également partie des éléments qui sont contrôlés. Le paiement des frais de procédure est également un prérequis important pour l'initiation de la procédure d'arbitrage d'urgence.

La version du règlement d'arbitrage, dans un contrat insérant le règlement de l'ICC, a été un motif de refus de nomination de l'arbitre d'urgence par le président de cette institution. Le demandeur n'avait pas apporté de preuve permettant de déterminer que la convention avait été signée avant le 1^{er} janvier 2012, date de l'entrée en vigueur du règlement d'arbitrage introduisant cette procédure¹²². Ce motif peut également être appliqué dans les règlements du CEPANI et de la LCIA qui comportent également cette condition.

Lors du contrôle de la demande, l'institution vérifie donc les éléments suivants : l'absence manifeste de juridiction, le paiement des frais et, le cas échéant, la version du règlement d'arbitrage applicable aux parties.

Section 3. La Nomination, la récusation et les exigences relatives à l'arbitre d'urgence

Étant donné l'objectif de célérité de la procédure d'arbitrage d'urgence, les institutions ont développé des mécanismes de nomination et de récusation accélérés. Cette section se concentre sur ceux-ci et se divise de la manière suivante :

- Le premier paragraphe étudiera la nomination de l'arbitre d'urgence ;
- Le deuxième paragraphe analysera les exigences qu'il doit remplir ;
- Le troisième paragraphe comparera les différentes procédures de récusation de l'arbitre d'urgence.

§ 1^{er}. Organe compétent et procédure de nomination

Aucune des institutions étudiées n'a un organe spécifiquement dédié à la nomination de l'arbitre d'urgence. C'est donc un organe qui existait précédemment qui se charge de remplir cette tâche, tel que le président dans le règlement du CEPANI, de l'ICC ou du SIAC.

¹²² A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 29.

L'organe dispose d'un délai réduit pour nommer l'arbitre. Le délai est de trois jours pour la LCIA¹²³, deux jours pour l'ICC¹²⁴, deux jours ouvrables pour le CEPANI¹²⁵, un jour pour le SIAC¹²⁶, « *one business day* » pour l'ICDR¹²⁷ et 24 heures pour la SCC¹²⁸. Ce dernier délai a été spécifiquement choisi par la SCC afin de limiter toutes les ambiguïtés possibles. En effet, le délai n'est pas délimité en jour ce qui permet d'éviter la question de la date étant donné que les parties peuvent provenir de pays se situant dans des fuseaux horaires différents. Cela permet également d'éviter la question du jour ouvrable du CEPANI ou « *business day* » de l'ICDR. Il peut être compliqué de calculer ceux-ci étant donné que les jours fériés peuvent ne pas être communs aux demandeur et défendeur¹²⁹.

Concernant la nature du délai, l'article 4.1 de l'Appendice 2 du règlement de la SCC prévoit que « *The Board shall seek to appoint an emergency arbitrator within 24 hours of the receipt of the application* ». La formulation donne donc une certaine flexibilité à l'organe de nomination. On retrouve cette flexibilité dans les règlements des autres institutions. Le CEPANI prévoit, par exemple, que la « (...) nomination intervient en principe dans les deux jours ouvrables (...) »¹³⁰. En pratique, les institutions nomment l'arbitre dans le délai imparti. C'est aussi le cas pour la SCC, qui a le délai le plus court. Cette institution a, à titre d'exemple, nommé un arbitre d'urgence dans un délai de 6 heures lors d'un arbitrage en 2010¹³¹. Sur les dix premiers cas d'arbitrage d'urgence de l'ICC, cinq arbitres ont été nommés le jour suivant la réception de la demande et quatre ont été nommés le deuxième jour suivant celle-ci¹³².

L'organe compétent pour la nomination effectuera, outre le contrôle de la demande, un contrôle des exigences propre à l'arbitre lui-même. L'étude de ces exigences sera réalisée dans le paragraphe suivant.

¹²³ Article 9.6, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

¹²⁴ Article 2.1, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

¹²⁵ Article 26.4, règlement d'arbitrage CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

¹²⁶ Schedule 1.3, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

¹²⁷ Article 6.2, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹²⁸ Article 4.1, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

¹²⁹ P. SHAUGHNESSY, « Pre-arbitral Urgent Relief : The New SCC Emergency Arbitrator Rules », *Journal of International Arbitration*, no. 27/4, 2010, pp.337-360, spéc. p.341.

¹³⁰ Article 26.4, règlement d'arbitrage CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

¹³¹ J. LUNDSTEDT, « SCC Practice : Emergency arbitrator décisions – 1 January 2010 – 31 December 2013 », disponible sur : http://www.sccinstitute.com/media/29995/scc-practice-2010-2013-emergency-arbitrator_final.pdf, p. 11.

¹³² A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 30

§ 2. Exigences d'indépendance, d'impartialité, de disponibilité et compétence professionnelle de l'arbitre

L'arbitre d'urgence doit répondre à des critères pour être nommé. Il doit être indépendant et impartial. Ce sont des exigences communes à tous les règlements d'arbitrage¹³³. Afin d'éviter les contestations postérieures à la nomination, les règlements d'arbitrage prévoient que les arbitres d'urgence procèdent à des déclarations à propos de toutes circonstances pouvant mettre en doute la présence d'indépendance et d'impartialité dans leur chef. Afin de faciliter la tâche de l'arbitre, l'ICDR donne, par exemple, une liste des personnes impliquées dans la procédure¹³⁴.

Ce ne sont pas les seuls critères qui détermineront le choix de l'arbitre d'urgence. Les compétences professionnelles de l'arbitre entrent également en jeu¹³⁵. Dans un cas traité par le SIAC qui portait sur le chargement de charbon d'un navire indonésien, l'institution choisit comme arbitre un avocat spécialisé en droit de la mer¹³⁶. La disponibilité de l'arbitre est également un critère essentiel étant donné la célérité de la procédure¹³⁷.

A l'exception du règlement de la LCIA, tous les règlements d'arbitrage prévoient que l'arbitre nommé pour la procédure d'arbitrage d'urgence ne pourra pas être désigné comme arbitre dans une procédure successive portant sur le même litige¹³⁸. L'ICDR, le SIAC et la SCC prévoient que les parties peuvent déroger à cette disposition. L'objectif de celle-ci est de garantir l'indépendance des arbitres pour un stade successif de la procédure. De plus, cette

¹³³ Article 6.2, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014 ; Article 2.5, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Schedule 1.5, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; Article 9.6 et 5.3, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Article 26.5, règlement d'arbitrage CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; Article 4.1, Appendice 2, et article 19, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

¹³⁴ G. LEMENEZ et P. QUIGLEY, « The ICDR's Emergency arbitrator procedure in action : Part I : A look at the empirical data », *Dispute Resolution Journal*, 4/2008, p.4.

¹³⁵ London Court of International Arbitration, « LCIA Notes on emergency procedure », *Op. cit.*, §43.

¹³⁶ R. BOSE et I. MEREDITH, « Emergency Arbitration procedures : a comparative analysis », *International arbitration law review*, no. 5, 2012, pp. 186 et s., spéc. p. 189.

¹³⁷ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 31

¹³⁸ Article 6.5, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014 ; Article 2.6, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Schedule 1.6, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; Article 26.6, règlement d'arbitrage CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; Article 4.2, Appendice 2, et article 19, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

exigence « *is essential to ensuring that the arbitral tribunal is in a position to provide a fresh review at the second level* »¹³⁹.

§ 3. La récusation

A. Termes des règlements d'arbitrage

Tous les règlements d'arbitrage prévoient, également, la possibilité de récuser l'arbitre d'urgence. Néanmoins, les dispositions relatives à la récusation ont chacune un contenu différent.

Il est possible de regrouper les règlements du SIAC, de la SCC et de l'ICDR¹⁴⁰. Effectivement, ces derniers proposent une procédure restreinte. Ils ne font qu'évoquer la faculté de récusation dont dispose les parties et préciser le délai endéans lequel la demande de récusation doit être envoyée à l'institution. Le délai a pour point de départ la nomination de l'arbitre ou la date de prise de connaissance de l'information justifiant la demande de récusation. Ce délai est de 24 heures pour la procédure de la SCC, « *one business day* » pour le règlement de l'ICDR et deux jours pour le SIAC.

Les dispositions relatives à la récusation du CEPANI et de l'ICC proposent un mécanisme de récusation comparable¹⁴¹. Elles établissent un délai de récusation dont le point de départ est le même que celui prévu pour les règlements étudiés ci-dessus. Il est de trois jours dans les deux règlements. Les dispositions prévoient ensuite la possibilité pour l'arbitre d'urgence et la partie n'ayant pas demandé la récusation de présenter des observations sur la demande de récusation. L'organe responsable de la récusation statue par la suite sans possibilité de recours contre la décision. La décision de l'organe ne doit, par ailleurs, pas être motivée. Il est important de préciser que pour la procédure de l'ICC, la demande de récusation n'entraîne pas

¹³⁹ 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 », *Op. cit.*, §3-1091, p.306.

¹⁴⁰ Article 4.4, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Schedule 1.5, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; Article 6.2, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹⁴¹ Article 3, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 26.7, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

la suspension de la procédure¹⁴². La procédure de récusation étant l'un des mécanismes de la procédure d'arbitrage d'urgence pouvant être détournée à des fins dilatoires¹⁴³, l'absence de suspension permet d'éviter, en partie, l'emploi abusif de cette procédure.

Le règlement de la LCIA¹⁴⁴ organise la procédure de récusation de l'arbitre d'urgence en se référant à la procédure appliquée pour les arbitres du tribunal arbitral. Elle est similaire à la procédure prévue dans les règlements de l'ICC et du CEPANI.

B. Illustration

Deux cas de procédures de récusations de l'arbitre d'urgence, un de l'ICC et un de l'ICDR, seront décrits dans ce sous-paragraphe afin d'illustrer les procédures étudiées ci-dessus.

Le cas de récusation traité dans une procédure de l'ICC est particulier : il fut initié un jour avant la fin de la procédure. La demande de récusation n'entraînant pas la suspension de la procédure, l'arbitre rendit son ordonnance le jour suivant. L'autre partie et l'arbitre eurent la possibilité de répondre à la demande. Celle-ci fut rejetée par la Cour de l'ICC. Le rejet de la récusation eut lieu postérieurement à l'ordonnance de l'arbitre d'urgence¹⁴⁵.

Dans une procédure entamée au sein de l'ICDR, la demande de récusation de l'arbitre eut lieu suite à la communication d'information postérieure à la nomination. Alors que rien n'est prévu dans le règlement d'arbitrage, l'institution donna à la partie n'ayant pas demandé la récusation, la possibilité de répondre dans un délai d'un jour ouvrable. L'ICDR récusait l'arbitre et nomma un remplaçant le jour suivant. Cependant, un jour après sa nomination le second arbitre se récusait lui-même. L'institution nomma alors un troisième arbitre. L'ensemble de la procédure dura cinq jours. Durant la procédure de récusation, l'ICDR invita

¹⁴² 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 », *Op. cit.*, §3-1054 (f), p.296.

¹⁴³ B. DE BOCK, « The emergency arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », *Op. cit.*, §§ 33-36, p.76 et s.

¹⁴⁴ Article 9.6 et article 10, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

¹⁴⁵ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 31

les parties à continuer de soumettre leur conclusion afin de minimiser l'impact sur le délai dans lequel l'arbitre d'urgence¹⁴⁶.

Les procédures de récusation proposée par les institutions permettent de garantir l'impartialité de la procédure tout en garantissant une certaine célérité du processus d'arbitrage d'urgence. Il n'est néanmoins pas exclu que ce mécanisme puisse être détourné à des fins dilatoires.

Section 4. Les règles portant sur la procédure

Après avoir comparé les différentes dispositions concernant l'arbitre d'urgence, la présente section analysera les règles relatives à la procédure elle-même. Le premier paragraphe s'intéressera aux règles relatives au lieu de la procédure ; le deuxième paragraphe étudiera le déroulement de cette dernière ; finalement, le troisième paragraphe traitera du droit d'être entendu dans l'arbitrage d'urgence.

§ 1^{er}. Le lieu de la procédure

Le lieu de l'arbitrage est un élément important pour la procédure arbitrale. Il permet de déterminer la loi applicable à la procédure et le juge compétent pour la procédure d'annulation¹⁴⁷.

En cas d'un choix de siège par les parties, celui-ci prévaut. Quelle est la solution en absence de siège ? Les règlements du SIAC, de la LCIA, de la SCC et de l'ICC¹⁴⁸ présentent des articles traitant spécifiquement de cette problématique pour l'arbitrage d'urgence. Le règlement de la LCIA renvoie à l'article applicable à l'arbitrage. Le SIAC prévoit qu'en absence de choix le siège de l'arbitrage d'urgence sera Singapour. L'ICC et la SCC donnent à l'organe de nomination de l'arbitre d'urgence le pouvoir de choisir le siège.

¹⁴⁶ G. LEMENEZ et P. QUIGLEY, « The ICDR's Emergency arbitrator procedure in action : Part I : A look at the empirical data », *Op. cit.*, p.4.

¹⁴⁷ A. REDFERN et M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, OUP, 2009, pp.180-181 ; Article 1676, §7, Code judiciaire belge.

¹⁴⁸ Schedule 1.4, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2017 ; Article 9.13 et article 16, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Article 5, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Article 4, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

Cette problématique n'est pas abordée dans les règlements du CEPANI et de l'ICDR. Bart De Bock, dans son article sur l'*emergency arbitrator* du CEPANI, étudie les différentes solutions qui peuvent être envisagées afin de déterminer le siège de la procédure en absence de choix des parties. La première solution qui en ressort, est l'application de l'article 21 du CEPANI lequel traite du lieu de l'arbitrage pour la procédure classique. C'est la solution qui est adoptée par la LCIA de manière explicite. Dans ce cas, l'organe de nomination est compétent pour choisir le siège de l'arbitrage d'urgence. Une seconde option consisterait à retenir l'approche de la loi modèle de 2006 de l'UNCITRAL qui prévoit à son article 20(1) : « *The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal*¹⁴⁹ *having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties* ». Indépendamment du choix entre ces deux formules, l'auteur soutient qu'il peut être utile que le lieu de l'arbitrage d'urgence ne soit pas le même que celui de l'arbitrage. Notamment car, « *One can imagine a situation in which interim relief is best sought where the measure is likely to be enforced* »¹⁵⁰.

§ 2. Le déroulement de la procédure

Afin d'être efficace et de fournir une alternative viable au référé étatique, la procédure d'arbitrage d'urgence doit être rapide. Ce paragraphe étudie comment cet objectif est transposé par les institutions dans le déroulement de la procédure.

A. L'établissement d'un calendrier de procédure

La première étape, après que l'arbitre soit nommé, est l'établissement d'un calendrier de procédure. Elle est prévue dans les règlements du SIAC, de l'ICDR et de l'ICC qui imposent un délai de deux jours¹⁵¹. Le CEPANI prévoit quant à lui un délai de trois jours¹⁵².

¹⁴⁹ Nous soulignons.

¹⁵⁰ B. DE BOCK, « The emergency arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », *Op. cit.*, §§ 38-42, pp.78-80.

¹⁵¹ Schedule 1.7, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2017 ; Article 5.1, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 6.3, règlement d'arbitrage de l'ICDR, vigueur le 1 juin 2014.

¹⁵² Article 26.8, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

B. La conduite de la procédure

L'arbitre d'urgence dispose d'une grande liberté dans la conduite de la procédure. L'article 5.2 des règles relatives à l'arbitre d'urgence de l'ICC dispose par exemple que : « *l'arbitre d'urgence conduit la procédure de la manière qu'il estime appropriée, compte tenu de la nature et de l'urgence de la Requête* »¹⁵³. Les règlements des cinq autres institutions proposent le même type de règles¹⁵⁴.

Par ailleurs, il est important de remarquer que dans les règlements du SIAC¹⁵⁵, de l'ICDR¹⁵⁶ et de la LCIA¹⁵⁷, l'arbitre d'urgence dispose de la liberté de choisir s'il tient des audiences en personne. Celles-ci peuvent être substituées par des « *telephone, video, written submissions, or other suitable means* ». La note pour les parties sur les procédures d'urgence de la LCIA précise que « *parties should note that the emergency arbitrator is not required to hold any hearings and may decide the claim for emergency relief on a document only basis* »¹⁵⁸. La procédure peut donc se dérouler en absence complète d'audience.

D. Le délai dont dispose l'*emergency arbitrator* pour rendre sa décision

Les règlements prévoient un délai endéans lequel l'arbitre d'urgence doit trancher le litige de manière provisoire¹⁵⁹. Ce délai est de 5 jours pour la SCC, 14 jours pour la LCIA et le SIAC et 15 jours pour l'ICC et le CEPANI. Il bénéficie, comme le reste de la procédure, d'une certaine flexibilité. Le règlement de l'ICC prévoit par exemple la possibilité de le prolonger à la demande motivée de l'arbitre d'urgence. Cette faculté n'a néanmoins pas été employée par

¹⁵³ Article 5.2, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

¹⁵⁴ Schedule 1.7, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2017 ; Article 9.7, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Article 7, Appendice 2 et article 23, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Article 5, 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 ; Article 6.3, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹⁵⁵ Schedule 1.7, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2017.

¹⁵⁶ Article 6.3, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹⁵⁷ Article 9.7, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

¹⁵⁸ « LCIA Notes on emergency procedure », 2015, disponible sur : <http://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-on-emergency-procedures.aspx>, §47.

¹⁵⁹ 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.

les arbitres lors des dix premières procédures de cette institution¹⁶⁰. Le règlement de l'ICDR fait exception en n'organisant aucune extension de délai similaire à ceux décrits ci-dessus.

La célérité nécessaire à l'arbitrage d'urgence a donc été transposée par les institutions dans leur règlement au moyen de délais brefs et d'une grande liberté dans la conduite de la procédure.

§ 3. Le droit d'être entendu

Ce paragraphe abordera la question du droit d'être entendu sous deux aspects : en premier lieu, l'exclusion des procédures unilatérales et en second lieu, la conséquence du défaut du défendeur sur le déroulement de la procédure.

A. Pas de procédure *ex parte*

Certaines mesures ne sont efficaces que si le défendeur n'est pas tenu informé. Les procédures *ex parte* sont des procédures permettant la prise de ce type de mesure. Tous les règlements d'arbitrages comparés ici, à l'exception de celui du SIAC, ne présentent pas d'articles permettant d'adopter des procédures unilatérales. Selon ces règlements, l'arbitre d'urgence doit s'assurer de garantir la mise en place du droit d'être entendu. En pratique, cet objectif est atteint au travers du calendrier de procédure. En l'absence de procédure unilatérale dans les règlements d'arbitrage l'unique solution pour les parties est le recours au juge étatique du provisoire.

Si les règlements étudiés excluent cette possibilité, ce n'est pas le cas de tous les règlements d'arbitrage proposant la procédure étudiée. Le nouveau règlement du SIAC de 2016, au Schedule 1.8, propose un mécanisme qui s'approche d'une procédure *ex parte*. L'arbitre d'urgence peut prendre une mesure préliminaire avant que les parties lui aient envoyé les soumissions écrites et n'aient participé à une audience. Il pourra modifier cette mesure par la suite. Cette mesure ne peut être demandée que lors de situations « *of extreme urgency or of an imminent risk of a party dissipating assets or otherwise frustrating the purpose of the interim*

¹⁶⁰ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 32.

relief sought from the emergency arbitrator »¹⁶¹. Cette procédure s'approche d'une procédure unilatérale, mais en diffère tout de même, car elle ne se déroule pas avant que le défendeur soit informé de la demande.

En revanche, c'est le cas de la procédure prévue dans le Règlement suisse d'arbitrage international de 2012. L'article 26.3 de ce règlement prévoit : « *Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal arbitral peut se prononcer sur une requête de mesures provisoires par une ordonnance préliminaire, avant que la requête ne soit communiquée à toute autre partie*¹⁶², pour autant qu'une telle communication soit faite au plus tard avec l'ordonnance préliminaire et qu'il soit immédiatement accordé aux autres parties la possibilité d'être entendues ». Cette institution a déjà reçu trois demandes d'application de cet article. Dans un seul cas la demande fut accordée et celle-ci fut confirmée après avoir entendu le défendeur¹⁶³.

B. Conséquence du défaut du défendeur

L'absence de participation du défendeur à la procédure, alors qu'il a été informé de l'existence de celle-ci, et l'impact que cette absence a sur la procédure d'arbitrage d'urgence, n'est pas organisée dans les articles des règlements comparés. Néanmoins, un arbitre d'urgence de l'ICC confronté à cette situation informa la partie en défaut que la procédure ne serait pas interrompue par son absence de participation¹⁶⁴. Cette solution est similaire à celle adoptée pour la procédure d'arbitrage¹⁶⁵. Elle est, par exemple, prévue à l'article 23.5 du CEPANI : « *Si les parties ou l'une d'entre elles, quoique régulièrement convoquées, ne se présentent pas, le tribunal arbitral, après s'être assuré que la convocation est parvenue aux parties et que celles-ci ne justifient pas leur absence par aucune excuse valable, a le pouvoir de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission. La sentence est, en tout cas réputée contradictoire* ». Cette approche est donc également applicable à l'arbitre d'urgence.

¹⁶¹ C. BOOG et J. RANEDA, « The 2016 SIAC Rules: A State-of-the-Art Rules Revision Ensuring an even more Efficient Process, *ASA Bulletin*, 2016, Vol. 34, pp. 584 – 605.

¹⁶² Nous soulignons.

¹⁶³ Swiss Chambers' Arbitration International, « Emergency Relief under the Swiss Rules (Art. 43) An overview after 4 years of practice », SCAI, mars 2017, disponible sur : [www.swissarbitration.org/files/620/untitled%20folder/Emergency%20Proceedings%20under%20the%20Swiss%20Rules%20\(2017\).pdf](http://www.swissarbitration.org/files/620/untitled%20folder/Emergency%20Proceedings%20under%20the%20Swiss%20Rules%20(2017).pdf), p. 2.

¹⁶⁴ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁵ M. L. MOSES, *The principles of international commercial arbitration*, Cambridge, 2008, pp. 163-164.

Section 5. Les pouvoirs de l'arbitre d'urgence

Cette section se concentre sur les pouvoirs de l'arbitre d'urgence. Afin de les décrire la section est divisée en trois paragraphes qui traitent respectivement de:

- l'organisation de ces pouvoirs dans les règlements d'arbitrage,
- les mesures prises en application de ces pouvoirs et,
- la manière pratique dont les arbitres ont accordé les mesures demandées, le cas échéant.

§ 1^{er}. Termes des règlements d'arbitrage

Un consensus existe entre les différents règlements d'arbitrage qui définissent de manière similaire les pouvoirs de l'arbitre d'urgence. Il existe cependant certaines différences entre eux. Dans les règlements de l'ICC¹⁶⁶, de l'ICDR¹⁶⁷ et du CEPANI¹⁶⁸, il est fait référence à des mesures provisoires et conservatoires qui sont les seules mesures que l'arbitre d'urgence peut ordonner. Le règlement du SIAC donne le pouvoir à l'arbitre d'urgence d'ordonner : « *any interim relief that he deems necessary* »¹⁶⁹. Le règlement du SCC¹⁷⁰ propose une définition des pouvoirs de l'arbitre d'urgence par renvoi aux articles définissant les pouvoirs du tribunal arbitral lors de la prise de mesures provisoires et conservatoires. La LCIA effectue également une définition par renvoi : « *The emergency arbitrator may make any order or award which the arbitral tribunal could make under the arbitration agreement* »¹⁷¹. Les arbitres d'urgence disposent donc de pouvoirs étendus du fait de leur définition floue ce qui permet de leur garantir une grande marge de manœuvre¹⁷².

Le pouvoir de l'arbitre d'urgence connaît néanmoins des limites. Le premier type de limite provient des lois nationales. À titre d'exemple, le droit belge ne permet pas aux tribunaux arbitraux de réaliser des saisies conservatoires. Cette règle vaut également pour l'arbitre d'urgence.

¹⁶⁶ Article 29.1, règlement d'arbitrage de l'ICC entré en vigueur le 1 mars 2017.

¹⁶⁷ Article 6.4, règlement d'arbitrage de l'ICDR entré en vigueur le 1 juin 2014

¹⁶⁸ Article 26.1, règlement d'arbitrage du CEPANI entré en vigueur le 1 janvier 2013.

¹⁶⁹ Schedule 1.8, règlement d'arbitrage du SIAC entré en vigueur le 1 novembre 2016.

¹⁷⁰ Article 1.2, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC entré en vigueur le 1 janvier 2017.

¹⁷¹ Article 9.8, règlement d'arbitrage de la LCIA entré en vigueur le 1 octobre 2014.

¹⁷² C. ASCHAUER, « Use of the ICC emergency arbitrator to protect the arbitral proceedings », *Op. cit.*, p. 14.

Une autre limite provient de la nature de l'arbitrage dont la juridiction est limitée aux parties à la cause. Cela a un impact très important en pratique, car de nombreuses mesures sont exclues par cette limite. En effet, toutes mesures ordonnant à un tiers une action sont exclues par manque de juridiction. Par exemple, dans un cas d'arbitrage d'urgence de la SCC, l'arbitre d'urgence déclara : « *since the third party entities (...) covered by the request were not parties to the arbitration agreement, the Emergency Arbitrator had no jurisdiction and was prevented from granting interim measures with respect to them* ». Les mesures visaient à empêcher tous les actionnaires, dont le défendeur, de vendre ou d'aliéner les parts sociales de la société¹⁷³.

§ 2. Exemple de mesures d'arbitre d'urgence

De manière à illustrer la diversité des mesures qui peuvent être prises par un arbitre d'urgence, ce paragraphe propose quelques exemples sans prétendre être exhaustif, tant les demandes peuvent être diverses.

A. ICC

Dans leur article sur les dix premiers arbitrages d'urgence de l'ICC, Andrea Carlevaris et José Ricardo Feris proposent de classifier les mesures prises, lors de ceux-ci, en quatre catégories. La première catégorie comprend des mesures qui visent à garantir l'exécution d'une sentence. Pour illustrer celle-ci, les auteurs donnent l'exemple du dépôt d'argent sur un compte séquestre (*escrow account*). Deuxièmement, les auteurs font référence à des mesures qui cherchent à maintenir le statu quo entre les parties. Par exemple, une mesure visant à interdire au défendeur de faire appel à une garantie bancaire durant la procédure d'arbitrage. Le troisième type de mesure comprend les *anti-suit injunctions*. Ces mesures visent, soit d'interdire au défendeur d'initier une action en justice devant un juge étatique, soit d'interrompre une action déjà commencée en violation de la convention d'arbitrage. La dernière et quatrième catégorie comprend les paiements provisoires¹⁷⁴.

¹⁷³ J. LUNDSTEDT, « SCC Practice : Emergency arbitrator décisions – 1 january 2010 – 31 December 2013 », *Op.cit.*, p. 4.

¹⁷⁴ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op.cit.*, p. 34.

B. SIAC

Un cas traité par le SIAC concernait un litige entre une partie chinoise et une partie indonésienne. Le contentieux portait sur la qualité d'un chargement de charbon sur un navire. La demande d'arbitrage d'urgence eut lieu pendant le Nouvel An chinois. Le demandeur désirait obtenir l'autorisation de vendre le chargement, car celui-ci se détériorait. Ce que l'arbitre d'urgence autorisa¹⁷⁵.

Des arbitres d'urgence du SIAC ordonnèrent également des mesures de protection de l'exécution de la sentence, des *anti-suit injunctions* et des mesures visant à protéger les preuves, telles qu'une mesure permettant l'accès à une propriété afin de l'inspecter¹⁷⁶.

C. ICDR

Guillaume Lemenez et Paul Quigley décrivent, dans leur article sur la procédure d'arbitrage d'urgence de l'ICDR, les quatre premiers cas d'arbitrage d'urgence de cette institution. Une première demande concernait un contrat prévoyant une commercialisation conjointe entre une société de service européenne et une société de recherche américaine. La requête portait sur une interdiction d'utiliser et de divulguer des informations confidentielles et sensibles. L'arbitre accepta la demande¹⁷⁷.

Dans un second cas, l'arbitre accorda une mesure empêchant le défendeur de se séparer de certains de ses biens. Lors du dernier cas, ce fut le défendeur qui fit une demande d'arbitrage d'urgence. Le défendeur demanda à l'*emergency arbitrator* d'interdire au demandeur de

¹⁷⁵ R. BOSE et I. MEREDITH, « Emergency Arbitration procedures : a comparative analysis », *Op.cit.*, pp. 186 et s., spéc. p. 189.

¹⁷⁶ K. LYE et S. LEONG, « Emergency arbitrators in Singapore : The SIAC rules », *International arbitration reoprt 2014*, issue 3, pp. 15-17 ; Singapore International Arbitration Center, « The emergency arbitrator and expedited procedure in SIAC: a new direction for arbitration in Asia », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/420-the-emergency-arbitrator-and-expedited-procedure-in-siac-a-new-direction-for-arbitration-in-asia>.

¹⁷⁷ G. LEMENEZ et P. QUIGLEY, « The ICDR's Emergency arbitrator procédure in action : Part I : A look at the empirical data », *Op.cit.*, p.4

l'empêcher de retirer du matériel qui se trouvait sur le site industriel de celui-ci. Cette demande fut accordée¹⁷⁸.

D. SCC

Entre 2010, année de l'introduction de la procédure par la SCC, et 2014, seulement trois demandes furent accordées sur un total de treize. Une des demandes faites à l'arbitre d'urgence de cette institution concernait, l'interdiction pour le défendeur de vendre ou transférer les parts sociales qu'il détenait dans une société. Le demandeur soutenait que le transfert violait le pacte d'actionnaire lui entraînant un dommage¹⁷⁹.

§ 3. Le test effectué par l'arbitre pour déterminer s'il accorde la demande

Le test effectué par l'arbitre d'urgence afin de déterminer s'il accorde la demande n'est pas organisé dans les règlements d'arbitrage. Ce dernier dispose donc également d'une grande liberté en ce domaine. La doctrine a néanmoins développé un test transnational en mettant en évidence des critères qui ont été employés de manière récurrente lors d'*emergency arbitration*. Elle s'est également inspirée des critères de l'article 17 A de la loi modèle UNCITRAL de 2006.

Lorsque l'on analyse différents exemples de tests il apparaît que le test effectué reprend de manière systématique deux éléments¹⁸⁰ :

¹⁷⁸ *Ibidem.*, p.4 ; B. ELHE, « Emergency arbitration in practice », in C. MÜLLER et A. RIGOZZI, *New developments in international commercial arbitration 2013*, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2013, pp. 87-110.

¹⁷⁹ J. LUNDSTEDT, « SCC Practice : Emergency arbitrator décisions – 1 January 2010 – 31 December 2013 », *Op. cit.*, p. 12. ; B. ELHE, « Emergency arbitration in practice », *Op. cit.*, pp. 87-110.

¹⁸⁰ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p. 36 ; B. ELHE, « Emergency arbitration in practice », *Op. cit.*, pp. 87-110, spéc. p. 96 ; C. ASCHAUER, « Use of the ICC emergency arbitrator to protect the arbitral proceedings », *Op. cit.*, p.14 ; S. LIM, « interim relief in international arbitration », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/444-interim-relief-in-international-arbitration>, § 9 et s. ; M. S. PALAY et T. LANDON, « A comparative review of emergency arbitrator provisions : opportunities and risks », *The international comparative legal guide to : international arbitration 2012*, Londres, Global Legal Group, 2012, p.4 ; P. MICHAELSON, « Emergency Arbitration : Fast, Effective and Economical », *American Bar association dispute resolution section*, march 2016, p.3 ; G. SMITH, « The emergence of emergency arbitration », *Arbitrator & Mediator Journal*, Décembre 2015, p.14 ; M. GRANDO, « The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop », disponible sur : <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/> ; N. VIVEKANANDA,

- « *Whether the claimant has a prima facie case on the merits* »¹⁸¹, en d'autres termes, le demandeur doit avoir une chance raisonnable de voir sa demande accordée sur le fond par un tribunal arbitral ; et,
- « *Whether the claimant will suffer serious or irreparable harm if the emergency relief is not granted* »¹⁸².

A ces deux premiers critères, certains auteurs ajoutent deux autres conditions :

- Une évaluation de l'urgence selon laquelle la mesure est nécessaire afin de prévenir le dommage irréparable¹⁸³ ; Et,
- finalement, il faut qu'une proportionnalité existe entre l'avantage que le demandeur cherche à se procurer au travers de sa demande et le dommage potentiel que celle-ci entraînera pour le défendeur¹⁸⁴.

Il est intéressant de remarquer que les arbitres d'urgence de la SCC ont fait preuve d'une continuité dans leur appréciation des demandes. Cette continuité a permis de développer un test qui est similaire à celui décrit ci-dessus. Le test mis en œuvre comprend l'évaluation des éléments suivant :

- Premièrement, l'arbitre doit effectuer un contrôle *prima facie* de sa juridiction ;
- Deuxièmement, le demandeur doit établir qu'il a des chances raisonnables de voir sa demande être accordée par un tribunal arbitral ;
- Troisièmement, le demandeur doit prouver le risque d'un dommage irréparable si la mesure n'est pas prise ;
- Finalement, l'arbitre doit effectuer un contrôle plus large de la demande afin de s'assurer que celle-ci est appropriée et nécessaire¹⁸⁵.

Il faut souligner que ce test ne reprend pas la condition de l'urgence qui était présente chez certains des auteurs cités ci-dessus.

« The SIAC Emergency Arbitrator experience », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/338-the-siac-emergency-arbitrator-experience>.

¹⁸¹ S. LIM, « interim relief in international arbitration », *Op. cit.*, § 11, a).

¹⁸² *Ibidem.*, § 11, c).

¹⁸³ C. ASCHAUER, « Use of the ICC emergency arbitrator to protect the arbitral proceedings », *Op. cit.*, p.14 ; S. Lim, « interim relief in international arbitration », *Op. cit.*, § 11, b).

¹⁸⁴ C. ASCHAUER, « Use of the ICC emergency arbitrator to protect the arbitral proceedings », *Op. cit.*, p.14 ; B. ELHE, « Emergency arbitration in practice », *Op. cit.*, pp. 87-110, spéc. p. 96.

¹⁸⁵ J. LUNDSTEDT, « SCC Practice : Emergency arbitrator décisions – 1 january 2010 – 31 December 2013 », *Op. cit.*, p. 26 ; L. Knapp, « SCC practice : Emergency Arbitrator Decisions rendered 2014 », *Op. cit.*, p. 9.

Section 6. La décision de l'arbitre d'urgence

Cette section se concentre sur la décision de l'arbitre d'urgence en elle-même. Le premier paragraphe étudiera comment la forme et la qualification de la décision sont traitées dans les règlements d'arbitrage. Elles sont deux éléments qui servent à déterminer si les procédures d'exécution applicables aux tribunaux arbitraux le sont également à l'arbitre d'urgence. Le deuxième paragraphe détaillera ensuite la question de l'exécution de la décision. Le troisième paragraphe traitera, enfin, de la capacité de modifier la décision de l'arbitre d'urgence.

§ 1. La forme de la décision de l'arbitre d'urgence

A. Une ordonnance ou une sentence

Les règlements d'arbitrage de l'ICDR¹⁸⁶, du SIAC¹⁸⁷, du CEPANI¹⁸⁸ et de la LCIA¹⁸⁹ prévoient une qualification souple de la décision. Elle peut être rendue sous la forme d'une ordonnance ou bien sous celle d'une sentence. La note sur l'arbitrage d'urgence de la LCIA précise que si une partie a une préférence pour l'une ou l'autre forme elle doit l'exprimer. L'arbitre étant par ailleurs, invité à demander l'avis des parties sur la forme qu'elles préfèrent¹⁹⁰. Le règlement d'arbitrage de la SCC ne prévoit pas directement de qualification pour la décision dans les articles sur l'*emergency arbitrator*. Néanmoins, l'article 1.2 de l'Appendice 2, qui donne les pouvoirs de l'arbitre d'urgence en faisant référence à l'article 37, inclut le pouvoir de rendre soit une ordonnance soit une sentence¹⁹¹.

Le règlement d'arbitrage de l'ICC ne partage pas cette optique. L'article 29.2 prévoit que la décision sera qualifiée d'ordonnance¹⁹². Il n'y a pas de faculté de choix entre les deux qualifications selon ce règlement. « *The main purpose of this denomination is to distinguish*

¹⁸⁶ Article 6.4, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

¹⁸⁷ Schedule 1.8, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

¹⁸⁸ Article 26.10, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

¹⁸⁹ Article 9.8, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

¹⁹⁰ « LCIA Notes on emergency procedure », 2015, disponible sur : <http://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-on-emergency-procedures.aspx>, § 45.

¹⁹¹ Article 1.2, Appendice 2 et Article 37.3, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; M. S. PALAY et T. LANDON, *Op. cit.*, p.5 ; P. SHAUGHNESSY, « Pre-arbitral Urgent Relief : The New SCC Emergency Arbitrator Rules », *Op. cit.*, pp.337-360, spéc. p.344.

¹⁹² Article 29.2 et Article 6, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

the decision of the emergency arbitrator form an award issued by an arbitral tribunal. It also erases any possible doubts regarding the need for scrutiny by the Court of any decision rendered by an emergency arbitrator »¹⁹³. La qualification d'ordonnance de la décision de l'arbitre a donc pour but d'empêcher l'application de l'article 34 du règlement d'arbitrage de l'ICC, qui prescrit qu'avant de pouvoir signer une sentence, le tribunal arbitral doit la soumettre au contrôle de la Cour, afin que la décision soit rendue dans les plus bref délais¹⁹⁴.

B. Un écrit daté, signé et motivé

Tous les règlements disposent que la décision doit faire l'objet d'un écrit motivé¹⁹⁵. Certains règlements ajoutent comme condition que l'écrit doit être signé (CEPANI, ICC et SCC) et daté (SCC et ICC) par l'arbitre d'urgence. La LCIA est par ailleurs la seule institution à faire une distinction entre la forme qui doit être respectée pour une décision que l'arbitre d'urgence qualifierait d'ordonnance et une décision qualifiée de sentence. Dans le premier cas, il suffit d'un écrit motivé. Dans le second cas, la décision de l'arbitre provisoire doit respecter les mêmes conditions de forme qu'une sentence d'un tribunal arbitral, ce qui implique que la décision devra également être datée et signée¹⁹⁶.

§ 2. L'exécution de la décision

Ce n'est pas parce qu'un arbitre d'urgence rend une décision qu'elle sera exécutée par les parties au litige. Afin d'analyser cette problématique, un premier sous paragraphe étudiera la possibilité d'une exécution sur base de la convention de New York ou sur celle de la législation nationale en Belgique, à Singapour, à Hong-Kong, aux États unis et en France. Un second sous paragraphe discutera la nécessité d'une telle demande d'exécution.

¹⁹³ N. VOSER, « Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules », *Op. cit.*, pp. 783-820, spéc. p.818.

¹⁹⁴ B. BAIGEL, « The emergency arbitrator procédure Under the 2012 ICC Rules : a juridical analysis », *Op. cit.*, pp. 1-18, spéc. p. 14 ; A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p.35.

¹⁹⁵ Article 6.3, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 26.10, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013 ; Article 6.4, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014 ; Article 9.9, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Article 8.2, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Schedule 1.8, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

¹⁹⁶ Article 9.9 et article 26.2, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2016.

A. Situation dans les pays des institutions

La convention de New York de 1958 est la convention internationale par laquelle, l'ayant ratifiée, les Etats s'engagent à reconnaître et à rendre exécutoire les sentences arbitrales internationales. La convention de New York s'applique aux « sentences arbitrales ». Une des questions qui se pose ici est donc de savoir si les décisions des arbitres d'urgence peuvent être qualifiées de sentence arbitrale. Dans le cas d'une réponse positive la Convention serait applicable aux dites décisions. La convention ne donnant cependant pas de définition de la sentence arbitrale, le juge traitant la demande d'exécution devra déterminer si la décision de l'arbitre d'urgence est assimilable à une sentence nationale¹⁹⁷ ou non.

Traditionnellement, les décisions de tribunaux arbitraux ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires ne sont pas exécutoires, car elles ne sont pas « *final and binding* ». Cette problématique demande néanmoins une réponse plus articulée étant donné les développements législatifs et jurisprudentiels propres à chaque pays¹⁹⁸.

En Belgique, l'article 1691 du Code judiciaire dispose qu'un tribunal arbitral a le pouvoir de prendre des mesures provisoires et conservatoires. L'article 1696 § 1^{er} prévoit, quant à lui, que ces mesures ont force obligatoire et sont déclarées exécutoires par le Tribunal de première instance. La question devient donc : l'arbitre d'urgence peut-il être assimilé à un tribunal arbitral ? L'article 1677 du code se limite à préciser que « *les mots « tribunal arbitral » désignent un arbitre unique ou plusieurs arbitres* ». Il faut donc attendre une décision judiciaire ou une clarification législative pour déterminer si ces mesures sont exécutoires en Belgique¹⁹⁹.

Singapour a résolu le problème de l'exécution des décisions de l'*emergency arbitrator* en insérant cette procédure dans la définition qu'elle donne du tribunal arbitral. Ainsi depuis le 1^{er} juin 2012, la partie 2 de l'*International Arbitration Act* de ce pays prévoit qu'un « *arbitral tribunal* » means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or a permanent

¹⁹⁷ B. BAIGEL, « The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis », *Op. cit.*, pp. 1-18, spéc. 8.

¹⁹⁸ M. DUNMORE, « Interim measures by arbitral tribunals : The enforceability conundrum », *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 8, no. 2, 2012, pp. 222-231, spéc. p. 225.

¹⁹⁹ B. DE BOCK, « The emergency arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », *Op. cit.*, § 53 et s., p 83 et s.

*arbitral institution, and includes an emergency arbitrator*²⁰⁰ *appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of arbitration of an institution or organisation* ». Hong Kong a également adopté une législation similaire²⁰¹.

Aux États Unis, les juridictions ont abordé la problématique, notamment dans un arrêt d'une Cour de l'état de New York dans un litige opposant Yahoo à Microsoft en 2013²⁰². Cet arrêt, concerne une décision d'un arbitre d'urgence sous la procédure de l'AAA. Dans celui-ci la Cour a soutenu 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* »²⁰³, pour que la décision soit exécutable sur base de la convention de New York²⁰⁴.

Finalement, il faut rappeler la jurisprudence française concernant le référé pré-arbitral de l'ICC. La Cour d'appel de Paris considéra que le mécanisme pré-arbitral était de nature contractuelle. La convention de New York ne s'applique donc pas à cette procédure. Étant donné l'absence de jurisprudence française concernant l'exécution des décisions de l'arbitre d'urgence, la transposition de la solution de l'arrêt précité à l'arbitrage d'urgence n'est pas à exclure. Selon cette approche, 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* »²⁰⁵. Néanmoins, certains éléments de forme, qui fondaient la décision de la Cour d'appel pour le référé pré-arbitral, sont différents dans la procédure d'arbitrage d'urgence. Ainsi, le tiers décideur est nommé arbitre, les articles traitant de ce mécanisme se trouvent dans le règlement d'arbitrage et un de ces articles traite du siège de l'arbitrage. Ces indices plaident en faveur de l'inclusion de l'*emergency arbitrator* dans la définition du tribunal arbitral²⁰⁶.

²⁰⁰ Nous soulignons.

²⁰¹ K. LYE et S. LEONG, « Emergency arbitrators in Singapore : The SIAC rules », *Op. cit.*, pp. 15-17.

²⁰² Yahoo! Inc. v. Microsoft Corp., No. 13-cv-7237, 2013 U.S. Dist. LEXIS 151175 (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013)

²⁰³ G. SMITH, « The emergence of emergency arbitration », *Op. cit.*, p.17.

²⁰⁴ A. SANTENS et J. KUDRNA, « The state of play of enforcement of emergency arbitrator decisions », *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, no. 1, 2017, pp. 1-16, spéc. p. 3 ; G. SMITH, « The emergence of emergency arbitration », *Op. cit.*, p.17 ; K. LYE et S. LEONG, « Emergency arbitrators in Singapore : The SIAC rules », *Op. cit.*, pp. 15-17 ; P. MICHAELSON, « Emergency Arbitration : Fast, Effective and Economical », *Op. cit.*, p.6.

²⁰⁵ B. BAIGEL, « The emergency arbitrator procédure Under the 2012 ICC Rules : a juridical analysis », *Op. cit.*, pp. 1-18, spéc. p. 18.

²⁰⁶ B. BAIGEL, « The emergency arbitrator procédure 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.

B. L'utilité de l'exécutabilité des décisions de l'arbitre d'urgence

Tel qu'explicité ci-dessus, la question de l'exécution des décisions de l'arbitre d'urgence ne bénéficie pas d'un consensus. La pertinence du débat peut, néanmoins, être discutée étant donné le taux élevé d'exécution spontanée des décisions des arbitres d'urgence. En effet, la partie qui ne s'exécute pas se verra sanctionnée pour violation d'une obligation contractuelle²⁰⁷. Les règlements prévoient tous que les parties acceptent de se conformer à la décision de l'*emergency arbitrator*²⁰⁸. À titre d'exemple, l'article 29.2 du règlement de l'ICC prévoit que « *les parties s'engagent à se conformer à toute ordonnance rendue par l'arbitre d'urgence* ». De plus, une partie qui refuse de s'exécuter risque d'apparaître de mauvaise foi devant le tribunal arbitral qui traitera du fond du litige. Cette question n'est donc généralement pas soulevée lors d'une procédure d'arbitrage d'urgence. Cependant, face à des enjeux importants le risque qu'une partie ne s'exécute pas de manière spontanée peut rendre au débat son intérêt²⁰⁹.

§ 3. La révision de la décision

L'une des caractéristiques de la décision de l'arbitre d'urgence est qu'elle n'est, par définition, pas finale. Effectivement, les règlements prévoient qu'elle peut être révisée soit par l'arbitre d'urgence lui-même si le tribunal arbitral n'est pas constitué soit par ce dernier une fois qu'il est constitué. Néanmoins, les règlements connaissent certaines variations dans la manière dont ils organisent la révision/modification de la sentence.

Les règlements de l'ICC²¹⁰, du SIAC²¹¹ et de l'ICDR²¹² accordent explicitement un pouvoir de révision de la décision, tant à l'arbitre d'urgence, qu'au tribunal arbitral. Le règlement de l'ICC prévoit par exemple à l'article 6.8, Appendice V du règlement d'arbitrage que « *Sur*

²⁰⁷ D. PARAGUACUTO-MAHÉO et C. LECUYER-THIEFFRY, « Emergency arbitrator : A new player in the field – the french perspective », *Fordham International Law Journal*, Vol. 40, no. 3, 2017, pp. 749-778, spéc. p. 776.

²⁰⁸ Article 29.2, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017 ; Article 6.4, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014 ; Article 9.1, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017 ; Schedule 1.12, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

²⁰⁹ A. SANTENS et J. KUDRNA, « The state of play of enforcement of emergency arbitrator decisions », *Op. cit.*, pp. 1-16, spéc. p. 14 ; B. DE BOCK, « The emergency arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », *Op. cit.*, p. 84.

²¹⁰ Article 29.3 et article 6.8, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

²¹¹ Schedule 1.8 et 1.10, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016.

²¹² Article 6.4 et 6.8, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014.

demande motivée d'une partie formée avant la remise du dossier au tribunal arbitral conformément à l'article 16 du Règlement, l'arbitre d'urgence peut modifier ou rétracter l'Ordonnance ou lever les mesures ordonnées ». En pratique, deux cas de demandes de ce type ont été adressées à des arbitres d'urgence de l'ICC. Pour la première demande, l'arbitre avait ordonné au *respondent* de payer les frais de procédures, mais n'avait pas fixé de date pour le paiement. Le *claimant* fit une demande visant à fixer une date pour ce dernier afin que les intérêts puissent courir une fois la date dépassée. L'arbitre estima que la demande de modification devait respecter les mêmes conditions que la demande initiale. Or, il jugea que cette demande de modification n'était pas urgente. L'arbitre d'urgence refusa donc de modifier son ordonnance. Pour la seconde demande, c'est le *respondent* qui demanda la modification sur la base d'un changement de circonstances. Il estimait que l'ordonnance n'était plus nécessaire de manière urgente étant donné qu'il s'était exécuté de manière spontanée. L'arbitre n'accueillit cependant pas la demande de modification et ne modifia pas son ordonnance²¹³.

Les règlements de la LCIA, de la SCC et du CEPANI sont moins explicites sur ce pouvoir. Effectivement, le règlement d'arbitrage de la LCIA prévoit uniquement la possibilité pour le tribunal arbitral de modifier la décision de l'arbitre d'urgence²¹⁴. La SCC ne mentionne pas de faculté de modification et se limite à préciser que la décision de l'arbitre d'urgence ne lie pas le tribunal arbitral²¹⁵. Le règlement du CEPANI est encore plus succinct en prévoyant uniquement que l'arbitre statue au provisoire²¹⁶.

Section 7. Les frais de procédure

Les institutions organisent de manière précise et distincte les frais que doivent payer les parties désirant faire recours à leur procédure d'arbitrage d'urgence. Cette dernière section explicite la répartition des coûts. Elle est divisée en deux paragraphes : le premier paragraphe établit une comparaison entre les coûts demandés par chacune des institutions ; le second

²¹³ A. CARLEVARIS et J. R. FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases », *Op. cit.*, p.35.

²¹⁴ Article 9.11, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

²¹⁵ Article 9.5, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

²¹⁶ Article 26.10, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

paragraphe s'intéresse aux pouvoirs accordés à l'arbitre d'urgence de répartir les frais entre les parties.

§ 1^{er}. Le coût

Les frais doivent être payés par le demandeur au moment de l'initiation de la procédure. À l'exception de l'ICDR, les institutions les organisent de manière forfaitaire en distinguant les frais de l'institution et les honoraires de l'arbitre d'urgence. Étant donnée la grande variation des frais, ceux-ci sont repris ci-dessous pour chacune des institutions.

Les frais de l'arbitrage d'urgence du CEPANI s'élèvent à 15.000 EUR dont 3.000 EUR de frais administratifs pour l'institution et 12.000 EUR pour les honoraires de l'arbitre²¹⁷.

Les frais de la procédure de l'ICC sont fixés à 40.000 USD. Ils sont répartis en 10.000 USD pour l'institution et 30.000 USD pour l'arbitre d'urgence. Ils peuvent être augmentés par le Président en raison des circonstances de la procédure telles que la complexité du litige²¹⁸.

La SCC a modifié les frais de sa procédure dans son règlement entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Anciennement, ceux-ci s'élevaient à 15.000 EUR avec une répartition similaire à celle du CEPANI²¹⁹. Les frais s'élèvent désormais à 20.000 EUR partagé en 16.000 EUR d'honoraires pour l'arbitre et 4.000 EUR contribuant aux frais administratifs. Les frais peuvent par ailleurs être augmentés ou réduits par l'institution²²⁰.

La LCIA dispose que les frais s'élèvent à 20.000 GBP pour les honoraires de l'arbitre d'urgence et à 8.000 GBP pour les frais administratifs, soit un total de 28.000 GBP. Ils peuvent être augmentés comme dans la procédure de l'ICC²²¹.

²¹⁷ Article 26.11 et Annexe 1.7, règlement d'arbitrage du CEPANI, entré en vigueur le 1 janvier 2013.

²¹⁸ Article 7.1 et 7.2, Appendice V, règlement d'arbitrage de l'ICC entré en vigueur le 1 mars 2017.

²¹⁹ Article 10.2 et 10.3, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC entré en vigueur le 1 janvier 2010.

²²⁰ Article 10.2 et 10.3, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC entré en vigueur le 1 janvier 2017.

²²¹ Article 9.5, règlement d'arbitrage de la LCIA entré en vigueur le 1 octobre 2014 ; Schedule of LCIA arbitration costs, disponible sur : www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/schedule-of-costs-lcia-arbitration.aspx, § 7.

Le SIAC effectue une distinction particulière. Les frais administratifs s'élèvent à 5.350 SGD pour les parties Singapouriennes et 5.000 SGD pour les parties étrangères. Le règlement prévoit également un dépôt de 30.000 SGD dont 25.000 SGD seront alloués aux honoraires de l'arbitre d'urgence. Les frais peuvent également être augmentés^{222 223}.

Finalement, les frais de la procédure d'arbitrage d'urgence de l'ICDR ne sont pas spécifiés. Les frais applicables sont donc ceux de la procédure "classique". Les frais administratifs varient en fonction du montant de la demande et les frais d'honoraire de l'arbitre d'urgence sont fixés sur une base horaire par l'administrateur en consultation avec les parties et l'arbitre²²⁴.

§ 2. Le pouvoir de répartir les frais de la procédure

Les frais de la procédure sont élevés, notamment si on les compare aux frais administratifs d'une procédure étatique similaire. Néanmoins, il est possible de demander leur répartition. Le Schedule 1.13 du SIAC prévoit, par exemple, que « *The Costs associated with any application pursuant to this Schedule 1 may initially be apportioned by the emergency arbitrator, subject to the power of the tribunal to determine finally the apportionment of such cost* ». Cette approche permet à l'arbitre d'urgence de répartir les frais de la procédure dans sa décision tout en laissant la liberté au tribunal arbitral de modifier cette répartition postérieurement. Elle est également présente dans les règlements de l'ICC²²⁵, de la SCC²²⁶ et de l'ICDR²²⁷. Dans le règlement d'arbitrage de la LCIA²²⁸, le pouvoir de répartir les coûts n'est pas accordé à l'arbitre d'urgence. C'est le tribunal arbitral qui est chargé de statuer sur la

²²² Schedule 1.2, règlement d'arbitrage du SIAC, entré en vigueur le 1 novembre 2016 ; SIAC Schedule of Fees, disponible sur : <http://www.siac.org.sg/estimate-your-fees/siac-schedule-of-fees>.

²²³ Le 11 août le taux de change SGD/EUR de la BCE était de 1 SGD pour 0.623 EUR. Taux de change disponible sur www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-sgd.en.html. Ce qui donne : 5.000 SGD = 3.115 EUR ; 5.350 SGD = 3.333 EUR ; 30.000 SGD = 18.690 EUR ; 25.000 SGD = 15.575 EUR.

²²⁴ Article 6.8 et article 35, règlement d'arbitrage de l'ICDR, entré en vigueur le 1 juin 2014 ; International arbitration fee Schedule, disponible sur : www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTAGE2041681 ; G. LEMENEZ et P. QUIGLEY, « The ICDR's Emergency arbitrator procedure in action : Part I : A look at the empirical data », *Op. cit.*, p.7.

²²⁵ Article 7.3, Appendice V et article 29, règlement d'arbitrage de l'ICC, entré en vigueur le 1 mars 2017.

²²⁶ Article 10.5, Appendice 2, règlement d'arbitrage de la SCC, entré en vigueur le 1 janvier 2017.

²²⁷ Article 6.8 et article 34, règlement d'arbitrage de l'ICDR entré en vigueur le 1 juin 2014

²²⁸ Article 28.2, règlement d'arbitrage de la LCIA, entré en vigueur le 1 octobre 2014.

question. Le règlement du CEPANI ne prévoit quant à lui aucune provision concernant la répartition des frais ni par l'arbitre d'urgence, ni par le tribunal arbitral.

S'il est donc vrai que le coût des procédures d'arbitrage d'urgence étudiées est supérieur à celui d'une procédure de référé étatique, il est contre balancé par la faculté de répartir ceux-ci.

Section 8. Tableau comparatif des différentes procédures

Afin de donner une vue d'ensemble de la comparaison effectuée dans les sections précédentes, le tableau suivant reprend les quelques éléments de distinction clé qui caractérisent les différents règlements d'arbitrage d'urgence analysés.

	ICDR	SCC	SIAC	ICC	CEPANI	LCIA
Année d'introduction	2006	2010	2010	2012	2013	2014
Possibilité d'opt-out	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Demande avant la constitution du tribunal arbitral	Toujours	Toujours	Toujours	Toujours	Toujours	Toujours
Possibilité de faire la demande d'EA avant la demande d'arbitrage	Non	Oui	Non	Oui	Le règlement ne traite pas de cette question	Non
Délais de nomination de l'EA	24 heures	Un jour ouvrable	Un jour	Deux jours	Deux jours ouvrables	Trois jours
Délais pour faire la demande de récusation	24 heures	Un jour ouvrable	Deux jours	Trois jours	Trois jours	Pas de délais spécifique
Délais dont l'arbitre dispose pour rendre sa décision	5 jours	Pas de délais prévu par le règlement	14 jours	15 jours	15 jours	14 jours

Possibilité de demander une procédure <i>ex parte</i>	Non	Non	Oui	Non	Non	Non
Qualification de la décision de l'EA	Sentence ou ordonnance	Sentence ou ordonnance	Sentence ou ordonnance	Ordonnance	Sentence ou ordonnance	Sentence ou ordonnance
Coût total	Pas de frais spécifique	20.000 EUR	35.000 SGD	40.000 USD	15.000 EUR	28.000 GBP

Conclusion

Ce mémoire a étudié trois alternatives possibles s'offrant à une partie désirant obtenir une mesure provisoire ou conservatoire dans le contexte d'une convention d'arbitrage, à condition que les deux procédures arbitrales soient proposées par l'institution choisie dans la clause d'arbitrage.

Le premier chapitre a analysé la position du droit belge sur la question de la saisine du juge des référés en présence d'une clause d'arbitrage. Dans le silence de la loi une doctrine s'est développée. La thèse qui a pris l'ascendant est celle d'une subsidiarité du recours au juge étatique. Selon celle-ci, la partie désirant faire appel à ce recours devra prouver l'inefficacité du tribunal arbitral à prendre la mesure demandée en urgence. L'appréciation doit se faire de manière pratique en prenant en considération les éléments de fait du litige. Cette thèse peut également être appliquée aux situations où la convention d'arbitrage propose un mécanisme d'arbitrage d'urgence. En ce qui concerne, la renonciation à la saisine du juge étatique du provisoire, celle-ci n'est plus autorisée en droit belge depuis la réforme de la sixième partie du code judiciaire en 2013. Cette interdiction vaut également pour une renonciation en présence d'une procédure d'arbitrage d'urgence. En conclusion, le recours au juge étatique est toujours une solution qui est à la disposition des parties.

Le deuxième chapitre s'est concentré sur une première alternative arbitrale. L'arbitrage accéléré ne vise pas à obtenir une décision provisoire, mais bien une décision définitive. Cette caractéristique distingue ce mécanisme du référé étatique, de l'arbitrage d'urgence. En revanche, le délai de cette procédure est sensiblement plus long. Le règlement de l'ICC, qui organise ces deux procédures, prévoit un délai de six mois pour l'arbitrage accéléré et de 15 jours pour l'arbitrage d'urgence.

Finalement, le troisième chapitre a examiné les procédures d'arbitrage d'urgence de différentes institutions internationales. Les procédures étudiées partagent des caractéristiques importantes : l'opt-out, la nomination de l'arbitre d'urgence par l'institution, une procédure réalisée dans un délais très bref, la possibilité pour la partie défenderesse de faire valoir son

point de vue et une décision qui ne lie pas le tribunal arbitral. L'utilisation de cette procédure a démontré être une alternative efficace face aux procédures étatiques.

Néanmoins, lorsqu'un choix est envisagé entre ces différentes solutions, trois paramètres ne doivent pas être perdus de vue dans l'évaluation de la procédure d'arbitrage d'urgence : la rapidité, l'exécutabilité de la décision et le coût de la procédure. L'arbitrage d'urgence propose une solution rapide. Néanmoins, les procédures étatiques d'urgence peuvent permettre d'obtenir une mesure dans un délai plus bref encore. L'exécutabilité est l'un des points faibles de l'arbitrage d'urgence. Ne bénéficiant pas du régime de la convention de New York, une analyse de la législation de chaque pays devra être réalisée afin de savoir si la décision sera exécutable. Ce problème n'est pas présent pour les mesures du juge étatique du provisoire et pour l'arbitrage accéléré. Finalement, le coût de la procédure d'arbitrage d'urgence est variable selon les régimes.

L'arbitrage d'urgence constitue la proposition, faite par les institutions d'arbitrage, la plus efficace pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires sans passer par le juge des référés. Cependant, cette procédure contient des biais qu'il convient de peser.

Bibliographie

Législation

Anglaise

- Arbitration Act 1996, 1996 chapter 23, 17 juin 1996, disponible sur : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>

Belge

- Code Judiciaire, articles 584, 1676, 1682, 1683, 1691, 1696 et 1698.
- Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, modifiée par la loi 25 décembre 2016, *M.B.*, 30 décembre 2016.

Internationales

- Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
- Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

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.

Jurisprudence

Anglaise

- Gerald Metals S.A. v Timis & Ors, 21 septembre 2016, no HC-2016-002321.

Belge

- Civ. Arlon, 31 juillet 2014, *b-arbitra*, 2/2015, pp 339.

Etats Unis

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

Française

- Appel, Paris (1^e ch.), 29 avril 2003, Société National des pétroles du Congo et République du congo c. Total Fina Elf E & P.

Doctrine

- ASCHAUER C., « Use of the ICC Emergency Arbitrator to protect the arbitral proceedings », *ICC Bulletin*, 2012.
- BAIGEL B., « The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis », *Journal of International Arbitration*, no. 31, 2014, pp. 1-18.
- BAKER M. et STADNYK M., « Q & A with Richard Naimark : Senior vice President ICDR Global Operations », *International arbitration report*, no. 6, mai 2016, pp. 2-4.
- BERNARD A., *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1937.
- BOOG C. et RANEDA J., « The 2016 SIAC Rules: A State-of-the-Art Rules Revision Ensuring an even more Efficient Process, *ASA Bulletin*, 2016, Vol. 34, pp. 584 – 605.
- BOSE R. et MEREDITH I., « Emergency Arbitration procedures : a comparative analysis », *International arbitration law review*, no. 5, 2012, pp. 186 et s.

- CAPRASSE O., *L'arbitrage et les sociétés*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2002.
- CAPRASSE O., « Mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : conditions de l'intervention du juge des référés – Note sous tribunal de première instance d'Arlon 31 Juillet 2014 », *b-arbitra*, pp. 339 et s.
- 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.
- CRAIG W. L., PARK W. et PAULSSON J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana, 2000.
- B. DE BOCK, « The emergency arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », *b-arbitra*, 1/2015.
- DE LEVAL G., « Le référé en droit judiciaire privé » *Act. dr.*, 1992, pp. 859 et s.
- DE LEVAL G., « Le juge et l'arbitre – Les mesures provisoires », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien* (sous la dir.) de G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.I, l.c.*, 1998, p.431 et s.
- DE LEVAL G. et GEORGES F., *Droit, T. I., Institutions judiciaires et éléments de compétence*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014.
- DE MEULEMEESTER D. et VERBIST H., *Arbitrage in het praktijk*, Bruxelles, Bruylant.
- DERMINE L. et HORSMANS G., « La nouvelle loi belge sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1973, pp. 209 et s.
- DUNMORE M., « Interim measures by arbitral tribunals: The enforceability conundrum », *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 8, no. 2, 2012, pp. 222-231
- ELHE B., « Emergency arbitration in practice », in C. MÜLLER et A. RIGOZZI, *New developments in international commercial arbitration 2013*, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2013, pp. 87-110.
- FRY J., « The Emergency Arbitrator – Flawed Fashion or Sensible Solution? », *Dispute Resolution International*, 2013, p.182 et s.
- 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 secrétariat of the ICC international court of arbitration*, ICC publication, Paris, 2012.
- GRANDO M., « The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop », disponible sur : <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>.

- 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*, 2011.
- HUEBNER D., WARE A., ENDICOTT A. et MUSE-FISHER J., « 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>.
- KEUTGEN G., « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 1998, pp. 761 et s.
- KNAPP L., « SCC practice : Emergency Arbitrator Decisions rendered 2014 », disponible sur : http://www.sccinstitute.com/media/62020/scc-practice-emergency-arbitrators-2014_final.pdf.
- LEMENEZ G. et QUIGLEY P., « The ICDR's Emergency arbitrator procedure in action : Part I : A look at the empirical data », *Dispute Resolution Journal*, 4/2008.
- LIM S., « interim relief in international arbitration », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/444-interim-relief-in-international-arbitration>.
- LINSMEAU J. et VAN GELDER J., « La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire », *J.T.*, 1973, pp. 205 et s.
- London Court of International arbitration, « LCIA Notes on Emergency Procedures », 2015, disponible sur : <http://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-on-emergency-procedures.aspx>.
- LUNDSTEDT J., « SCC Practice : Emergency arbitrator décisions – 1 january 2010 – 31 December 2013 », disponible sur : http://www.sccinstitute.com/media/29995/scc-practice-2010-2013-emergency-arbitrator_final.pdf.
- LYE K. et LEONG S., « Emergency arbitrators in Singapore : The SIAC rules », *International arbitration report 2014*, issue 3, pp. 15-17.
- MEREDITH I. et BIRCH M., « The ICC's pre-arbitral referee procedure – how valuable is it? », *Cross-border quarterly*, 2008, pp. 49-53.
- MICHAELSON P., « Emergency Arbitration : Fast, Effective and Economical », *American Bar association dispute resolution section*, march 2016.
- MOSES M. L., *The principles of international commercial arbitration*, Cambridge, 2008.

- PALAY M. S. et LANDON T., « A comparative review of emergency arbitrator provisions : opportunities and risks », *The international comparative legal guide to : international arbitration 2012*, Londres, Global Legal Group, 2012.
- PARAGUACUTO-MAHÉO D. et LECUYER-THIEFFRY C., « Emergency arbitrator : A new player in the field – the french perspective », *Fordham International Law Journal*, Vol. 40, no. 3, 2017, pp. 749-778.
- REDFERN A. et HUNTER M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, OUP, 2009.
- REINER A., « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international notamment l'arbitrage C. C. I. », *J.D.I.*, 1998, p. 853 et s.
- SANTENS A. et KUDRNA J., « The state of play of enforcement of emergency arbitrator decisions », *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, no. 1, 2017, pp. 1-16.
- SHAUGHNESSY P., « Pre-arbitral Urgent Relief : The New SCC Emergency Arbitrator Rules », *Journal of International Arbitration*, no. 27/4, 2010, pp.337-360.
- Singapore International Arbitration Center, « The emergency arbitrator and expedited procedure in SIAC: a new direction for arbitration in Asia », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/420-the-emergency-arbitrator-and-expedited-procedure-in-siac-a-new-direction-for-arbitration-in-asia>.
- SMITH G., « The emergence of emergency arbitration », *Arbitrator & Mediator Journal*, Décembre 2015.
- STORME M., « Aspects importants du droit arbitral belge », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 116 et s.
- Swiss Chambers' Arbitration International, « Emergency Relief under the Swiss Rules (Art. 43) An overview after 4 years of practice », SCAI, mars 2017, disponible sur : [www.swissarbitration.org/files/620/untitled%20folder/Emergency%20Proceedings%20under%20the%20Swiss%20Rules%20\(2017\).pdf](http://www.swissarbitration.org/files/620/untitled%20folder/Emergency%20Proceedings%20under%20the%20Swiss%20Rules%20(2017).pdf).
- TAELEMAN P., « De arbiters en hun bevoegdheden », *T.P.R.*, 1999, pp. 1709 et s.
- VAN DROOGHENBROECK J.-FR., « Le juge l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », in *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (sous la dir.) A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J. -FR. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles), Bruylant, 2014.

- VERBIST H., « New Belgian Arbitration Law of 24 June 2013 and the New CEPANI Arbitration Rules of 1 January 2013 », *Journal of International Arbitration* 30, no. 5 (2013), pp 597-618.
- VIVEKANANDA N., « The SIAC Emergency Arbitrator experience », disponible sur : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/338-the-siac-emergency-arbitrator-experience>.
- VOSER N., « Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules », *ASA Bulletin*, 4/2011, pp. 783-820.
- WELSER I. et KLAUSEGGER C., « Fast Track Arbitration : Just fast or something different ? », in : C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, F. KREMSLEHNER, A. PETSCHKE, N. PITKOWITZ, J. POWER, I. WELSER et G. ZEILER, *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, p. 259 et s., spéc. 260.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

