

Les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime

par
Olivier CACHARD

*Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Nancy II
Centre de recherche de droit privé*

*À la mémoire du Professeur Philippe FOUCHARD,
mon Maître de thèse,
dont la clairvoyance, la chaleur, et l'amitié nous manqueront cruellement.*

1. - Les litiges nés de l'inexécution des contrats maritimes donnent souvent lieu au prononcé de mesures conservatoires, en attendant que le litige soit tranché au fond. Ainsi, un expert est commis pour établir les causes des mouilles ayant détérioré la marchandise transportée ou encore pour déterminer si le navire affrété est navigable. Une saisie conservatoire ou la constitution d'une garantie bancaire est ordonnée quand le créancier maritime redoute que son débiteur ne déplace ses actifs pour se soustraire à l'exécution de la décision à intervenir. L'utilité de ces mesures est incontestable, que les parties aient choisi de soumettre leur différend au juge ou à l'arbitre. Des auteurs éminents observent qu'en pratique, « les expressions « mesures provisoires » et « mesures conservatoires » sont souvent employées indifféremment alors qu'elles désignent, pour la première, la nature de la décision (une décision provisoire ou provisionnelle est une décision qui ne lie pas l'arbitre ou le juge appelé à statuer au fond) et, pour la seconde, l'objet de la décision (une décision conservatoire est une situation qui a pour objet de préserver une situation, des droits ou des preuves) »¹. La coïncidence est fréquente entre le caractère provisoire et le caractère conservatoire, mais il n'en va pas toujours ainsi. En limitant nos observations aux mesures conservatoires, nous excluons par exemple l'institution du référé-provision qui se voit dénier par la doctrine et la jurisprudence la qualification de mesure conservatoire². Cette précision apportée, des ambiguïtés subsistent : lorsqu'il commet un expert³ pour prévenir le dépérissement d'une preuve, le tribunal arbitral exerce-t-il son pouvoir d'instruction de l'affaire ou bien prononce-t-il une mesure conservatoire ? Quoi qu'il en soit, les mesures conservatoires exercent une influence sur l'issue des arbitrages maritimes. Parfois, l'arbitre

¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, § n° 1303

² Il s'agit d'une mesure qui n'intéresse pas spécialement le droit maritime et qui pouvait tout au plus être qualifiée de mesure provisoire. Voy. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Op. cit.*, § n° 1339 ; Voy. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 2003, n° 308, à propos des arrêts *Van Uden* et *Mietz* déniaient même la qualité de mesure provisoire à la *Kort Geding* hollandaise qui s'apparente au référé-provision français.

³ L. Cadiet, « L'expertise dans les sinistres maritimes », *DMF*, 2001, p. 711

prend en considération⁴ une mesure conservatoire prononcée par le juge, comme une circonstance de fait lorsqu'il tranche le litige au fond. Mais souvent, c'est le prononcé d'une mesure conservatoire qui est nécessaire au bon déroulement de l'instance arbitrale, comme il est nécessaire au bon déroulement du procès devant le juge étatique. Quand les parties à un contrat maritime ont décidé de soumettre leur litige à un tribunal arbitral en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis, qui du juge ou de l'arbitre est compétent pour prononcer les mesures conservatoires ? À ce stade, une première réponse, d'ordre général, doit être avancée. La doctrine française a mis en évidence le « *principe de compétence concurrente* »⁵ permettant aussi bien au juge étatique qu'aux arbitres de prononcer des mesures conservatoires lorsque le tribunal arbitral est saisi du litige au fond. Ce principe, généralement reconnu, admet quelques nuances selon les systèmes juridiques ou selon les mesures conservatoires en cause. En droit anglais, depuis l'*Arbitration Act* de 1996, les auteurs soulignent la subsidiarité⁶ de l'intervention du juge, seulement appelé à prononcer des mesures conservatoires à défaut d'intervention du tribunal arbitral. Et dans tous les systèmes juridiques, certaines mesures conservatoires échappent par nature à la compétence de l'arbitre quand elles exigent la mise en œuvre de l'*imperium*⁷ que l'État est seul à détenir. Sous ces réserves, le juge et l'arbitre disposent d'une compétence concurrente pour ordonner les mesures conservatoires, alors même que les parties ont confié une compétence exclusive à l'arbitre pour trancher le fond du litige. Cette compétence concurrente pour ordonner des mesures conservatoires laisse présager d'inévitables interférences entre les décisions du juge et celles de l'arbitre à l'occasion d'un même litige. L'étude successive des mesures ordonnées par le juge et des mesures ordonnées par l'arbitre se fera en tenant compte de ces interférences. L'examen des mesures conservatoires prononcées par le juge (Section I) devancera donc celui des mesures conservatoires prononcées par l'arbitre (Section II).

Section I. Les mesures conservatoires prononcées par le juge

2. - La compétence du juge étatique pour prononcer des mesures conservatoires est admise : elle n'emporte pas de renonciation au bénéfice de la clause compromissoire (§ 1. *La compétence du juge étatique*). Le juge étatique doit simplement s'abstenir de porter atteinte à la compétence exclusive de l'arbitre pour trancher le litige au fond. Or la procédure arbitrale, lorsqu'elle est engagée, n'est pas sans incidence sur les mesures conservatoires demandées au juge. Il en va particulièrement ainsi en matière de saisie conservatoire des navires (§ 2. *L'incidence de la procédure arbitrale sur la saisie conservatoire*).

§ 1. La compétence du juge étatique

3. - Le juge peut ordonner des mesures conservatoires à la demande de l'un des colitigants (A. *La compétence de principe*), à moins qu'auparavant, les parties aient renoncé à la compétence du juge étatique (B. *La renonciation des parties*).

⁴ Sentence CCI n° 9466, 1999, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2002, vol. XXVII, p. 170. Des navires de pêche ayant fait l'objet d'un contrat d'affrètement avaient été saisis, entravant la jouissance paisible que l'affréteur pouvait en attendre. Le tribunal arbitral décide que cette saisie, prévisible par le fréteur, n'est pas constitutive d'un cas de force majeure que le fréteur pourrait invoquer.

⁵ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Op. cit.*, Paris, Litec, 1996, § n° 1306 et s.

⁶ J. Blanch, « Interim Measures in International Arbitration and the UK Courts – The Current Position », [2003], *International Arbitration Law Review*, p. 161

⁷ Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'imperium », in *Études Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 246

A. La compétence de principe

4. - En droit français, comme en droit comparé, il est admis que ni la stipulation d'une clause compromissoire ni même la saisine du tribunal arbitral ne font échec à la compétence du juge pour ordonner une mesure conservatoire. En demandant au juge une mesure conservatoire, les parties ne renoncent pas à la compétence exclusive de l'arbitre pour trancher le fond du litige. La jurisprudence française admet ainsi que le juge ordonne la saisie conservatoire d'un navire alors que les arbitres sont déjà saisis du différend. « *L'existence d'une clause compromissoire n'interdit pas, même après la saisine de la juridiction arbitrale, la mise en œuvre d'une saisie conservatoire dans les conditions requises pour que cette saisie soit autorisée par la loi applicable* »⁸. De même, un plaideur a pu obtenir des juridictions japonaises la saisie conservatoire d'un navire alors que la *Tokyo Maritime Arbitration Commission* était déjà saisie en application d'une clause compromissoire⁹. Pour ordonner la saisie, les tribunaux japonais vérifient que le débiteur est propriétaire du navire, que la créance certaine et que l'urgence est vérifiée¹⁰. Le droit maritime américain connaît, lui aussi, une forme de saisie des navires, le *Maritime attachment*, qui présente de fortes ressemblances avec la saisie conservatoire des pays de droit civil¹¹. Une jurisprudence constante¹² admet que les juges ordonnent des saisies conservatoires de navires en présence d'une clause compromissoire, saisies destinées à garantir l'exécution de la sentence arbitrale à intervenir. Cette jurisprudence illustre le particularisme du droit maritime, car dans les autres branches du droit américain, la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* est considérée par une décision¹³ et par certains auteurs comme un obstacle à toute intervention judiciaire avant que le tribunal arbitral ne se soit prononcé. Sur le fondement de cette interprétation erronée¹⁴ de l'article II § 3 de la Convention, la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures conservatoires est exclue. C'est donc en vertu d'une disposition spéciale du droit maritime que la jurisprudence américaine autorise la saisie conservatoire en présence d'une clause compromissoire. Le droit anglais, pour sa part, retient des solutions nuancées. Il n'existe plus à proprement parler de saisie conservatoire depuis la disparition de l'*Admiralty Attachment* au XVIII^{ème} siècle. Mais la *Mareva Injunction*, découverte par la jurisprudence en 1975, permet d'immobiliser le navire dans le ressort de la juridiction¹⁵. En présence d'une clause compromissoire, dans quelles conditions une mesure conservatoire peut-elle être ordonnée ? Des décisions admettent qu'une mesure conservatoire soit ordonnée à l'étranger alors que des arbitres siégeant au Royaume Uni ou des juridictions anglaises sont désignés par une clause relative à

⁸ Cass. com. 8 juin 1995, n° 93-11446, *Bull.* IV, n° 170, p. 98

⁹ T. Tateishi, « Japanese interim measures of protection available to parties to arbitration », *The Bulletin of the Japan Shipping Exchange*, vol. n° 42, <URL: <http://www.jseinc.org/index-ehm>>

¹⁰ Ainsi, un chantier naval a obtenu la saisie conservatoire du navire de son débiteur car il constituait le seul élément d'actif du débiteur ; celui-ci risquait de le vendre (Asahikawa District Court, 9 février 1996, Docket : Heisei 7 (mo) 542, *Hanrei Times* n° 927, p. 254 qui confirme une ordonnance de saisie).

¹¹ Sur les raisons historiques de cette surprenante parenté avec le droit continental, W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law*, Éd. Yvon Blais, 2002, p. 408

¹² Voy. par exemple *EAST Inc. V. M/V Alaia*, 876 F. 2d 1168 (5th Cir. 1989), à propos d'un contrat de charte-partie stipulant un arbitrage à Londres. L'affrètement rejette le navire qu'il estime innavigable. Il demande la saisie du navire en même temps qu'une injonction adressée au fréteur de se soumettre à l'arbitrage. Les deux sont accordées et elles ne sont pas incompatibles.

¹³ *Mc Creary Tire and Rubber Co. V. CEAT SpA*, 501 F.ed 1032 (3d Cir. 1974).

¹⁴ En ce sens, L. Collins, « Provisional and protective measures in international litigation », *Rec. Cours La Haye*, 1992, III, vol. 234, p. 80 s. ; Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Op. cit.*, § n° 1307

¹⁵ Sur la *Mareva Injunction*, aussi appelée *freezing injunction*, voy W. Tetley, *Op. cit.*, p. 409-410

la compétence internationale¹⁶. Par contre, la question de savoir si une mesure conservatoire peut être prononcée au Royaume Uni pour faciliter l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est plus controversée¹⁷. Ce rapide panorama de droit comparé¹⁸ révèle un consensus sur la compétence du juge pour ordonner des mesures conservatoires en présence d'une clause compromissoire. Aussi, la CNUDCI envisage-t-elle dans ses travaux récents de consacrer la compétence du juge en insérant un nouvel article¹⁹ dans sa *Loi type sur l'arbitrage*.

5. - En matière de saisies conservatoires, la compétence du juge étatique est même exclusive. En effet, la saisie conservatoire suppose la mise en œuvre d'un pouvoir de coercition qui appartient exclusivement à l'État. Il s'agira de retenir les documents d'identification du navire et de nommer un gardien. C'est pourquoi des auteurs concluent que « *ces mesures de coercition relèvent de la compétence exclusive des juridictions étatiques et l'existence d'une convention d'arbitrage ou d'une procédure arbitrale ne prive pas les juridictions étatiques du pouvoir de prendre de telles mesures* »²⁰. En somme, la saisie conservatoire est une mesure provisoire que seul le juge étatique²¹ peut ordonner et faire exécuter avec succès. Elle déroge donc au principe de la compétence concurrente qui gouverne la plupart des mesures conservatoires.

B. La renonciation des parties

6. - Les parties liées par une clause compromissoire peuvent décider de renoncer au prononcé de mesures conservatoires par le juge. D'un commun accord, elles prolongent alors la compétence exclusive de l'arbitre sur le fond du litige par une compétence exclusive pour prononcer les mesures conservatoires. La Cour de cassation a admis cette solution dans l'arrêt *Atlantic Triton*²², rendu à propos d'un arbitrage CIRDI, opposant un investisseur à la Guinée, dans un litige relatif à la mise à niveau et à la gestion d'une flottille de navires de pêche. « *Le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires qui n'est pas écarté par la Convention de Washington, ne pouvait l'être que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation* ». Depuis cet arrêt, le nouvel article 39 (5) du *Règlement*

¹⁶ Voy. *Mazureva Navegacion S.A. v. Oceanus Mutual Underwriting Assn.* [1977] 1 *Lloyd's Rep.* 283, à propos d'un litige entre un P & I club et un armateur. Une clause d'arbitrage ainsi formulée (« *Such arbitration shall be a condition precedent to the commencement of an action at law* ») avait été stipulée. Le P & I obtint la saisie conservatoire du navire aux Antilles néerlandaises. Le juge britannique refusa de délivrer une injonction « to restrain the action ». Il admit donc la licéité de la saisie. Voy. également dans *The Lisboa*, [1980] 2 *Lloyd's Rep.* 54, où cette fois il était question de la compatibilité d'une saisie pratiquée en Italie et de la compétence au fond des juridictions britanniques sur la base d'une clause attributive de juridiction. Ici encore Lord Denning refuse de prononcer une injonction « to restrain the action » au motif que la clause attributive de juridiction s'appliquait à la procédure au fond et non aux mesures conservatoires.

¹⁷ *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd* [1992], 2 *WLR* 741 (CA) ; V. Veeder, « L'affaire du tunnel sous la manche et les mesures conservatoires », *Rev. arb.* 1993.75

¹⁸ Adde pour le droit Néo-Zélandais, D. S. Firth, « Interim Measures of Protection : current developments in New Zealand », *International Arbitration Law Review*, 2003, n° 5, p. 149

¹⁹ A/CN.0/WG.II/WP.125, 2 octobre 2003, Art. 17 ter *concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage* : « La juridiction étatique dispose, pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires aux fins d'une procédure d'arbitrage ou en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure juridictionnelle ou en relation avec une telle procédure ».

²⁰ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Op. cit.*, § n° 1323

²¹ En se sens, voy. l'art. 1696-1° du Code judiciaire belge, *infra* § n° 13

²² Cass. 1^{re} civ., 18 novembre 1986, n° 85-11324, *JDI*, 1987 p.125, note E. Gaillard ; L. Collins, *cours précité*, p. 74

d'arbitrage CIRDI prévoit que les parties doivent explicitement reconnaître au juge étatique la faculté de prononcer des mesures conservatoires. Faute d'une telle stipulation, les parties soumises à un arbitrage CIRDI renoncent désormais à la compétence du juge étatique. Lorsqu'elles se soumettent à un règlement d'arbitrage, les parties doivent donc bien s'assurer qu'il n'emporte pas renonciation à la compétence du juge étatique. Ainsi, l'article 23 (2) du *Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998* ne paraît pas restreindre la possibilité de demander aux juridictions étatiques de prononcer des mesures conservatoires. Par contre, la soumission au *Règlement de référé pré-arbitral* de la CCI²³ emporterait une renonciation à la compétence des juridictions étatiques pour ordonner des mesures conservatoires. Mais cette renonciation doit être à la mesure des pouvoirs du tiers investi du référé pré-arbitral : il s'agit d'« *une renonciation à recourir aux juridictions étatiques pour toutes les mesures de la compétence du tiers chargé de statuer sur cette procédure d'urgence* »²⁴. En toute logique, un colitigant pourrait toujours demander au juge de prononcer une saisie conservatoire puisque cette mesure relève de sa compétence exclusive du juge étatique. De la même façon, le juge anglais s'attache à la rédaction des clauses du contrat pour déceler la renonciation des parties à la compétence du juge étatique²⁵.

§ 2. L'incidence de la procédure arbitrale sur la saisie conservatoire

7. - Le déroulement de la procédure arbitrale peut exercer une double influence sur l'issue d'une saisie conservatoire ordonnée par le juge. D'abord, la procédure arbitrale est une donnée parfois prise en considération par le juge (A.). Ensuite, la saisie conservatoire est parfois contestée devant le tribunal arbitral (B.).

A. La prise en considération de la procédure arbitrale par le juge

8. - L'instance arbitrale peut décider indirectement de l'issue de la saisie conservatoire. Ainsi, en droit français, le maintien de la saisie est subordonné au fait que le créancier saisissant ait engagé des poursuites tendant à obtenir un titre exécutoire²⁶. Ces poursuites doivent-elles nécessairement être engagées devant une juridiction étatique ou bien peuvent-elles être engagées devant un tribunal arbitral ? La Cour de cassation a décidé²⁷ qu'une procédure arbitrale entamée à Londres, conformément à la clause compromissoire stipulée dans le contrat d'affrètement, tend bien à l'obtention d'un titre exécutoire portant sur les mêmes causes que la saisie : la procédure arbitrale empêche donc la caducité de la saisie. Mais la procédure arbitrale n'est pas toujours prise en considération par le juge chargé de se prononcer sur la mainlevée de la saisie conservatoire. Ainsi, l'article 13 de la Convention LLMC²⁸ prévoit la mainlevée automatique de la saisie dès la constitution d'un fonds de limitation devant l'une des juridictions énumérées. Or la constitution du fonds de limitation devant le juge du lieu de l'arbitrage ne produit pas cet effet si le lieu de l'arbitrage ne coïncide pas avec l'un des fors énumérés par la Convention²⁹.

²³ Sur les ordonnances de référé pré-arbitral, voy *infra* n° 16

²⁴ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Op. cit.*, § n° 1323

²⁵ *Scott v. Avery clause* : « *a clause to the effect that the obtaining of an arbitration award should be a condition precedent to the right of either party to start legal proceedings in respect of any arbitrable dispute* »

²⁶ Art. 70 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et art. 215 du décret 92-755 du 31 juillet 1992

²⁷ Cass. com., 14 octobre 1997, n° 95-17706, *Bull.* IV, n° 259, p. 225

²⁸ *Convention sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes* du 19 novembre 1976. Voy. Décret n° 86-1371 du 23 décembre 1986

²⁹ Cass. com., 5 janvier 1999, n° 93-19688, *Bull.* IV, n° 2, p. 2

B. La contestation de la saisie conservatoire devant l'arbitre

9. - Lorsque l'une des parties a obtenu du juge qu'il ordonne une mesure conservatoire, l'autre partie tente fréquemment de la contester devant le tribunal arbitral. Dans quelle mesure le tribunal arbitral peut-il neutraliser cette mesure ordonnée par le juge ? *A priori*, l'arbitre ne détient pas la compétence pour annuler ou suspendre une mesure qu'il n'a pas prononcée. La demande adressée à un tribunal arbitral d'ordonner la mainlevée d'une saisie conservatoire pratiquée par le juge marocain est donc vouée à l'échec³⁰. Un tribunal arbitral ne saurait davantage « confirmer » une mesure conservatoire ordonnée par le juge³¹. Pour autant, les tribunaux arbitraux ne sont pas dépourvus de ressources. Sans se prononcer sur la mesure ordonnée par le juge, ils peuvent enjoindre aux parties d'adopter un comportement donné, par exemple de renoncer à une mesure conservatoire. Saisi d'une demande tendant à paralyser des saisies conservatoires, un tribunal arbitral constate que le saisissant aurait dû l'aviser de façon préalable et enjoint les parties de s'abstenir de toute procédure qui aurait pour effet de nuire à l'efficacité de la sentence finale qu'il rendra³². De façon encore plus caractéristique, un tribunal arbitral siégeant à New York³³, saisi d'un différend relatif à l'inexécution d'un contrat d'affrètement, a ordonné à l'affréteur de réduire l'assiette de sa demande de sûreté. Et cette mesure n'a pas été remise en cause par les juridictions étatiques³⁴. D'ailleurs, pour des raisons d'efficacité procédurale, certains souhaitent que les arbitres aient le pouvoir « *de prendre la relève du juge étatique* » et de modifier des mesures ordonnées par le juge³⁵. Mais, il est possible de saisir l'arbitre dès le début de l'instance pour lui demander de prescrire des mesures conservatoires.

Section II. Les mesures conservatoires prononcées par l'arbitre

10. - Après avoir mis en évidence les différents fondements de la compétence de l'arbitre pour ordonner des mesures conservatoires (§ 1.), nous nous interrogerons sur l'exécution de ces mesures ordonnées par un arbitre dépourvu d'*imperium* (§ 2.).

§ 1. La compétence de l'arbitre

11. - Les diverses sources du droit de l'arbitrage attestent de la compétence de l'arbitre (A.). Toutefois, ce large consensus n'élimine pas les questions de droit international privé (B.).

³⁰ Sentence CCI n° 4998, *JDI*, 1986, p. 1139, obs. S.J.

³¹ Sentence CCI n° 6653, *JDI*, 1993, p. 1040, « Le tribunal arbitral ne saurait que rejeter cette demande surprenante »

³² Sentence CCI n° 9593, *Bull. CCI*, 2000, vol. 11/1, p. 113-114, « The arbitral tribunal enjoins both parties from taking any step that may deprive of its purpose the award presently under deliberation », en réponse à une demande ainsi formulée « issue an order giving immediate injunction to the Defendant to respect the status quo, to freeze any local attachment procedure until [the arbitral tribunal's award was issued] ».

³³ SMANY, Interim Ruling Award, n° 2015, 24 août 1985, *The Messianaki Floga*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1986, p. 209-211, « *This panel has anguished over the wisdom of granting interim relief. Judicial tribunals are more accustomed to segmented proceedings and the creation of flexible remedies. Case Law, however, supports our authority, as arbitrators, to engage in equitable type of relief* ».

³⁴ US Dist. Court, Southern Dist of New York, 25 avril 1986, *West Fed Supp.*, Vol. 606, p. 686

³⁵ S. J., obs. sous sentence CCI n° 4998, précitées

A. Une compétence reconnue

12. – Les arbitres fondent d’abord leur compétence sur le règlement de l’institution d’arbitrage auquel les parties ont adhéré. Désormais, les règlements modernes investissent explicitement les arbitres du pouvoir d’ordonner de telles mesures dans des conditions variables. Par exemple, le règlement d’arbitrage de la Chambre arbitrale maritime de Paris³⁶ de 2001 contient deux articles relatifs aux mesures conservatoires. L’article XI, relatif aux mesures d’instruction, prévoit que les arbitres « *pourront rendre toute sentence d’avant dire droit, ordonner toutes mesures provisoires ou conservatoires et toutes mesures d’instruction [...] exécutoires au besoin par provision* ». Et l’article V envisage explicitement que le tribunal arbitral soit saisi d’une demande conservatoire. Pour leur part, les règles de la *London Maritime Arbitrators Association* contiennent également des dispositions relatives aux mesures conservatoires, dispositions inspirées de la procédure de *Common Law*³⁷. La jurisprudence arbitrale, dans son ensemble³⁸, confirme cette solution : un tribunal arbitral peut ainsi ordonner à une partie de constituer une garantie³⁹ entre les mains d’un tiers séquestre⁴⁰. Ces mesures conservatoires ordonnées à l’un des colitigants seront-elles exécutées ? On observera qu’en pratique, elles sont prononcées au début de la procédure d’arbitrage. Il est donc probable que les parties s’exécutent, de peur d’indisposer le tribunal arbitral et d’en subir les conséquences néfastes dans la sentence tranchant le litige au fond. Si toutefois une partie est récalcitrante, le tribunal arbitral ne saurait procéder à une exécution forcée puisqu’il ne dispose pas de l’*imperium*. Il devra alors demander le concours du juge étatique⁴¹.

13. - Le droit étatique lui-même consacre la compétence des arbitres pour ordonner des mesures conservatoires. Certaines législations, notamment celles inspirées de la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial*⁴², sont explicites. Tel est également le cas de la loi suisse⁴³ et de la loi belge qui réserve explicitement au juge la saisie conservatoire⁴⁴. D’autres législations sont silencieuses, mais une interprétation raisonnable conduit à y déceler l’autorisation donnée à l’arbitre d’ordonner de telles mesures. Ainsi, dans le silence de la loi japonaise et de la jurisprudence, un auteur japonais⁴⁵ estime que l’arbitre est compétent pour

³⁶ <<http://www.arbitrage-maritime.org>>

³⁷ Voy. Art. 14 à propos de la possibilité de limiter le nombre d’experts intervenant à l’initiative des parties, <<http://www.lmaa.org.uk>>.

³⁸ Fouchard, Gaillard et Goldman, *Op. cit.*, § n° 1316

³⁹ *The Messianaki Floga*, sentence précitée

⁴⁰ Sentence CCI n° 9154, *Bull. CCI* 2000, vol. 11/1, p. 103-104

⁴¹ *Infra* n° 17

⁴² Art. 17 de la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international*, intégré en 1996, *Pouvoir du tribunal d’ordonner des mesures provisoires* « Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d’une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu’il juge nécessaire en ce qui concerne l’objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d’une provision appropriée ».

⁴³ Art. 183 al. 1 de la *Loi fédérale sur le droit international privé* du 18 déc. 1987 « Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande de l’une des parties » et 183 al. 3 « Le tribunal arbitral ou le juge peuvent subordonner les mesures provisionnelles ou les mesures conservatoires qu’ils ont été requis d’ordonner à la fourniture de sûretés appropriées ».

⁴⁴ Art. 1696-1° du *Code Judiciaire Belge* « Sans préjudice de l’application de l’article 1679.2, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires à la demande d’une partie, à l’exception de la saisie conservatoire » et art. 1696-2° « Le tribunal arbitral peut ordonner une enquête, une expertise, une descente sur les lieux, la comparution personnelle des parties, recevoir le serment à titre décisoire ou le déférer à titre supplétoire. Il peut aussi, aux conditions prévues à l’article 877 du présent Code, ordonner la production de documents détenus par une partie ».

⁴⁵ T. Tateishi, « Japanese interim measures of protection available to parties to arbitration », *The Bulletin of the Japan Shipping Exchange*, vol. n° 42, <[URL:http://www.jseinc.org/index-ehm](http://www.jseinc.org/index-ehm)>, citant une décision invoquée à

prononcer des mesures conservatoires. De même, en droit français, il faut admettre que l'arbitre a le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, alors même qu'aucun article du nouveau Code de procédure civile ne le consacre explicitement. L'opinion contraire⁴⁶ nous paraît trop étroitement légaliste : elle ignore à la fois l'effet utile des textes et le large consensus sur cette question.

B. Mesures conservatoires et droit international privé

14. – Les mesures conservatoires ordonnées par l'arbitre soulèvent deux questions de droit international privé que nous évoquerons brièvement. La première est celle de la loi établissant la compétence de l'arbitre. Des auteurs suggèrent qu'elle relève de « *la loi d'arbitrage du siège, ou en l'absence de toute disposition sur ce point de l'interprétation de la Convention d'arbitrage* »⁴⁷. La seconde consiste à identifier la loi applicable aux mesures conservatoires prononcées par l'arbitre. Sur ce point, l'analogie avec les mesures conservatoires ordonnées par le juge présente ses limites car, contrairement au juge, l'arbitre n'a pas de for : les mesures conservatoires ne sauraient donc relever de la *lex fori*. En l'absence de for, la jurisprudence avait songé à la compétence de la loi du siège du tribunal arbitral, mais son rôle va en s'amoindrissant⁴⁸. Si l'on rattache les mesures conservatoires à la catégorie « procédure », on conclura qu'en application du principe d'autonomie procédurale⁴⁹, l'arbitre est libre de les ordonner, sous réserve de ne pas porter atteinte à la volonté des parties. Si l'on rattache les mesures conservatoires au fond du litige, elles relèveront de la *lex causae*. La liberté de l'arbitre sera moins grande puisqu'il devra se conformer aux dispositions applicables. Dans cette situation, le contenu du droit étatique est de la plus haute importance.

§ 2. L'exécution des mesures conservatoires ordonnées par l'arbitre

15. - La compétence du tribunal arbitral ainsi établie, il reste à définir sous quelle forme les mesures conservatoires doivent être ordonnées. Faut-il préférer une sentence ou bien une ordonnance de procédure (A) ? La réponse détermine les modalités selon lesquelles le juge étatique pourra prêter son concours à l'exécution, en accordant l'exequatur ou en prenant une mesure d'assistance (B).

A. Sentence ou ordonnance de procédure ?

16. – Les parties demandent parfois à l'arbitre de prononcer la mesure conservatoire en la forme d'une sentence arbitrale, car elles espèrent bénéficier du mécanisme d'exequatur de la sentence prévu par la Convention de New York de 1958. Pourtant, elles ne doivent pas oublier qu'une sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation devant les juridictions étatiques, risque qu'elles ne courent pas avec une ordonnance de procédure. Un arrêt récent⁵⁰,

tort comme faisant obstacle à la compétence de l'arbitre : 19 juillet 1954, Docket : Showa 29(mo) 6554 ; 5 *Kakyu Minshu* p. 1110

⁴⁶ J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, § n° 606

⁴⁷ J.-F. Poudret, S. Besson, *Op. cit.*, § n° 606

⁴⁸ Fouchard, Gaillard et Goldman, *Op. cit.*, § n° 1180

⁴⁹ D. Hascher, « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », *Recueil des cours de La Haye*, 1999, Vol. 279, p. 51-194 ; égal. J.-F. Poudret, S. Besson, *Op. cit.*, § n° 624

⁵⁰ Paris, 29 avril 2003, *Gaz. Pal.*, 28-29 mai 2003, *Cahiers arb.*, p. 5, note A. Mourre ; D. 2003, p. 2478, somm. comm., « La première application du référé pré-arbitral de la CCI », obs. T. Clay ; *JCP* 2003, I, 164, § n° 8, obs. J. Béguin

rendu à propos de la procédure de référé pré-arbitral de la CCI, écarte implicitement la qualification de sentence. Il déclare irrecevable le recours en annulation formé contre une ordonnance de « l'arbitre des référés ». Selon la Cour, « l'ordonnance rendue d'après un mécanisme contractuel qui repose sur la coopération des parties a, malgré son application, une nature conventionnelle et, et n'a d'autorité que celle de la chose convenue ». Les ordonnances de procédure assurent une plus grande flexibilité. Si le règlement d'arbitrage et l'acte de mission sont silencieux, le tribunal arbitral a toute liberté de choisir la forme de la sentence ou celle de l'ordonnance. Il semble que les juridictions arbitrales préfèrent la forme de l'ordonnance de procédure⁵¹ : les mesures sont limitées dans le temps à la durée du procès et subordonnées à la décision définitive prise par le tribunal arbitral. Parfois, les juridictions arbitrales choisissent une voie hybride. Ainsi dans une affaire CCI n° 7489⁵², l'arbitre, saisi d'une requête de *security for costs*, a statué en la forme d'une ordonnance de procédure. Il a cependant décidé que le contenu de son ordonnance serait ensuite incorporé dans la sentence finale, ce qui présentait l'inconvénient d'exposer les mesures au recours en annulation frappant la sentence.

B. Exequatur ou assistance du juge d'appui ?

17. – Seul le juge peut contraindre une partie récalcitrante à se conformer à une mesure conservatoire ordonnée par l'arbitre. La coercition et la mise à exécution sont en effet de la compétence exclusive du juge. On peut hésiter sur les modalités d'intervention du juge, selon que l'arbitre a rendu une sentence ou une ordonnance. S'il a rendu une sentence, le bénéficiaire de la mesure conservatoire trouvera commode d'en demander l'exequatur au juge de l'un des nombreux États ayant ratifié la Convention de New York. Et c'est pour cette raison pratique qu'un auteur a soutenu que les sentences prononçant des mesures conservatoires relevaient du régime de la Convention de New York⁵³. D'autres auteurs, au contraire, soutiennent qu'une sentence ordonnant une mesure conservatoire n'est pas une sentence définitive au sens de la Convention⁵⁴. Ils se fondent donc sur une interprétation stricte de la notion de sentence. Même si la mesure conservatoire été prescrite sous le forme d'une sentence arbitrale, il faudrait donc solliciter des mesures d'assistance auprès du juge d'appui, sans bénéficier des garanties de la Convention de New York. Cette interprétation stricte ne trouve pourtant pas de fondement dans la lettre du texte de la Convention qui s'est précisément abstenue de définir la notion de sentence⁵⁵. Et la jurisprudence américaine paraît aussi retenir une interprétation large de la notion de sentence, se contentant de vérifier le caractère « final » de la décision⁵⁶. Quant à l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 29 avril 2003⁵⁷, sa portée est limitée : il concerne seulement la procédure de référé pré-arbitral de la CCI, mais non les mesures conservatoires prises par un arbitre CCI dans le cadre d'une instance arbitrale ordinaire.

⁵¹ Ordonnance rendue le 10 février 1993 dans l'affaire n° 7388, *JDI*, p. 1107, note D.H., à propos de la restitution de garanties appelées abusivement

⁵² Ordonnance rendue le 15 octobre 1992 dans l'affaire CCI n° 7489, *Recueil des décisions de procédure dans l'arbitrage CCI 1993-1996*, Kluwer, 2^{ème} éd., 1998, p. 48

⁵³ Y. Derains, « Expertise technique et référé arbitral », *Rev. arb.* 1982, p. 239-251, spéc. p. 247.

⁵⁴ J.-F. Poudret, S. Besson, *Op. cit.*, § n° 639

⁵⁵ Fouchard, Gaillard et Goldman, *Op. cit.*, § n° 1357

⁵⁶ *Publicis Communications v. True North Communications Inc.* (206 F. 3d 725 (7 th cir), note Ph Pinsolle, *Rev. arb.* 2000, p. 657-664

⁵⁷ Précité, § n° 16

18. - Certains systèmes juridiques ont institué un système particulier d'assistance du juge en matière de mesures conservatoires. Ainsi l'article L 183-2° de la loi fédérale sur le droit international privé dispose que « *si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit* ». Il appartient donc au tribunal arbitral de saisir le juge d'appui des difficultés d'exécution rencontrées par ses ordonnances de procédure. Curieusement, la partie bénéficiaire de la mesure conservatoire n'est pas admise à saisir le tribunal⁵⁸. En principe, le tribunal suisse d'appui ne doit pas rendre une décision d'exequatur de l'ordonnance de l'arbitre. Statuant conformément à son propre droit, le juge suisse doit rendre une ordonnance qui émane de lui-même, ordonnant seulement une mesure conservatoire connue du droit fédéral ou cantonal. En pratique, des auteurs observent pourtant que le juge suisse se contente parfois de déclarer exécutoire l'ordonnance prise par l'arbitre⁵⁹, ce qui équivaut finalement à accorder l'exequatur.

19. – La question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures conservatoires est une question désormais cruciale en droit de l'arbitrage. Le groupe de travail de la CNUDCI prépare actuellement un projet d'article 17 bis sur la reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires ou provisoires⁶⁰, à insérer dans la *Loi type sur l'arbitrage commercial international*. Ce projet d'article formule le principe de la mise à exécution des mesures conservatoires prononcées par l'arbitre sur demande adressée aux juridictions étatiques compétentes. Ces juridictions pourraient seulement refuser la mise à exécution dans des cas limitativement énumérés qui évoquent pour l'instant les griefs de la Convention de New York. Faut-il en déduire que les décisions prescrivant des mesures conservatoires doivent échapper à la procédure d'exequatur ou bien faut-il y voir au contraire une reconnaissance implicite des mérites de la procédure d'exequatur ?

⁵⁸ Ce qui suscite la critique de la doctrine helvétique, voy. J.-F. Poudret, S. Besson, *Op. cit.*, § n° 637

⁵⁹ *Ibid*

⁶⁰ CNUDCI, Groupe de travail II, 2 oct. 2003, A/CN.9/WG.II/WP.125