



Chapitre d'actes

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Mesures "ex parte" et injonctions préliminaires

Kaufmann-Kohler, Gabrielle

How to cite

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Mesures 'ex parte' et injonctions préliminaires. In: Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : évolutions et innovations. Jacquet, Jean-Michel (Ed.). Paris : Litec, 2007. p. 91–103. (Colloques & débats)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44088>

Mesures *ex parte* et injonctions préliminaires

Gabrielle KAUFMANN-KOHLER

Professeur à l'université de Genève (1)

Phénomène somme toute assez rare dans la pratique, les mesures provisoires *ex parte* ont soulevé de véritables passions à l'occasion de la révision de l'article 17 de la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Cette contribution aborde le sujet en trois temps. Tout d'abord, elle expose le débat et les enjeux (I). Ensuite, elle esquisse l'issue des débats, soit le contenu principal des nouvelles dispositions de la loi-type en la matière (II). Enfin, elle conclut en plaçant ces dispositions dans le contexte plus large de l'évolution du droit de l'arbitrage international (III).

I. – Le débat et les enjeux

Les mesures *ex parte* ont suscité les plus vives controverses et occupé une partie considérable du temps consacré par le groupe de travail de la CNUDCI à la révision de l'article 17 de la loi-type (2). La question qui appelait une réponse était pourtant simple : faut-il donner aux arbitres le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires sans audition de la partie contre laquelle les mesures sont requises ? En d'autres termes, faut-il admettre les mesures non contradictoires ou *ex parte* (3) en arbitrage ?

La réponse divisait les esprits. Deux camps s'affrontaient. D'une part, le camp emporté par les États-Unis répondait par l'affirmative : il convient que l'arbitre ait le pouvoir d'ordonner des mesures *ex parte* et le juge celui de les exécuter, le défendeur n'étant averti qu'après l'exécution. D'autre part, le camp mené par le Royaume-Uni, soutenu par les principales institutions d'arbitrage, opposait un non catégorique : on ne saurait admettre que l'arbitre ordonne des mesures *ex parte* et encore moins, bien sûr, que le juge les exécute (4).

(1) L'auteur remercie très vivement M. Victor BONNIN, assistant au département de droit international privé de la faculté de droit de Genève, de son aide précieuse dans les recherches effectuées en vue de la rédaction de cet article, recherches à jour au printemps 2006.

(2) V. notamment A/CN.9/487 ; A/CN.9/523 ; A/CN.9/545 ; A/CN.9/569 ; A/CN.9/573 ; A/CN.9/589 ; A/CN.9/592 ; A/CN.9/WG.II/WP.119 ; A/CN.9/WG.II/WP.121 ; A/CN.9/WG.II/WP.127 ; A/CN.9/WG.II/WP.129 ; A/CN.9/WG.II/WP.134 ; A/CN.9/WG.II/WP.138 ; A/CN.9/WG.II/WP.141.

(3) La formule *ex parte* est notamment utilisée en droit américain pour qualifier les *temporary restraining orders*, qui sont aussi dits *without notice*, par opposition aux *preliminary injunctions* (V. par ex. L. TELPY, R. WHITTEN, *Civil Procedure*, New York 2000, p. 568).

(4) Un certain nombre d'arbitres internationaux ont pris la même position. V. H. VAN HOUTTE, *Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration*, (2004) 20 Arb. Int'l 85. – Y. DERAINS, *The view against arbitral ex parte interim relief*, Disp. Res. J., août-oct. 2003, p. 61 s. – V. aussi la déclaration du Club d'arbitres de Milan du 11 octobre 2002.

Cette opposition prit des airs de guerre de religion plus que de débat scientifique et menaça de faire échouer l'ensemble du projet. Cela eût été regrettable ; les mesures *ex parte* sont un sujet de moindre utilité pratique auquel il a été attribué une importance démesurée. Or, le projet contient d'autres dispositions, en particulier sur la difficile interaction entre tribunaux étatiques (5) et tribunaux arbitraux et sur l'exécution des mesures provisoires par les tribunaux (6), dont l'incidence pratique est évidente, et qui méritaient mieux qu'un enterrement.

Le débat pour ou contre les mesures *ex parte* fut dense. Le principal argument invoqué en faveur des mesures *ex parte* réside dans l'efficacité accrue de l'arbitrage (7). Quant aux arguments à l'encontre de telles mesures (8), ils sont plus nombreux mais ne résistent guère à un examen rigoureux, comme le démontrent les considérations qui suivent. Celles-ci se limitent à cinq principaux arguments.

1. – La nature consensuelle de l'arbitrage

Le premier argument concerne l'incompatibilité des mesures *ex parte* avec la nature consensuelle de l'arbitrage (9). Il procède d'une mauvaise compréhension du caractère consensuel. L'arbitrage est certes consensuel en sa source que constitue la convention d'arbitrage. Il ne l'est plus par la suite. Sauf accord des parties, c'est l'arbitre qui détermine, voire impose la procédure (10). C'est également l'arbitre qui tranche le litige dans une sentence qui a la même valeur qu'un jugement et n'a rien de consensuel.

2. – L'impartialité de l'arbitre

Le deuxième argument tient à l'impartialité de l'arbitre et plus précisément au risque que l'arbitre soit influencé lors de l'appréciation du fond du litige par la décision qu'il a rendue sur mesures provisoires (11). Ce risque de prévention n'est pas propre aux mesures *ex parte* (12). Il est toutefois particulièrement aigu lorsque l'arbitre ou le juge n'entend qu'une seule partie et court ainsi le risque d'être influencé de manière partielle, voire même induit en erreur et abusé. Cet aspect, particulier aux mesures *ex parte*, renvoie à la problématique du respect du contradictoire traitée plus loin.

Reste la question plus générale de l'impartialité du juge du provisoire qui décide au fond. La Cour de cassation française considère que lorsqu'un juge a

(5) Art. 17 *undecies*, A/CN.9/592, annexe 1 (les références aux articles du projet de réforme de la loi modèle sont faites au texte de l'annexe 1 du document CNUDCI A/CN.9/592).

(6) Art. 17 *novies* et 17 *decies*. – V. aussi art. 17 *quater* (5) sur l'exécution des injonctions préliminaires.

(7) J. CASTELLO, *Arbitral ex parte interim relief*, Disp. Res. J, août-oct. 2003, p. 60, 69. – V. notamment A/CN.9/523, §§ 19, 24 ; A/CN.9/WG.III/WP.111, § 19. – V. sur le principe d'efficacité en procédure arbitrale en général, D. HASCHER, *Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international* : RCADI 1999, 50, p.108 s.

(8) H. VAN HOUTTE, *supra*, note 4, p. 87 s. – Y. DERAIS, *supra*, note 4, p. 61 s. – Y. DERAIS, *L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte* : *Gaz. Pal.*, 5 nov. 2003, p. 14 s. – V. notamment A/CN.9/523, §§ 21-23, et la proposition de la Chambre de commerce internationale, A/CN.9/WG.III/WP.129.

(9) H. VAN HOUTTE, *supra*, note 4, p. 89. – Y. DERAIS, *supra*, note 4, p. 62, A/CN.9/523, § 21.

(10) G. KAUFMANN-KOHLER, « Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité », in *Liber Amicorum Claude Reymond*, Paris 2004, p. 162 s. – T. CLAY, *L'arbitre*, Paris 2001, § 802 s. – D. HASCHER, *supra*, note 4, p. 108 s. – P. MAYER, *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law* : *Rev. arb.* 1995, 2, p. 163 s. – A. PHILIP, *The duties of an arbitrator*, L. NEWMAN, R. HILL (éd.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Berne 2004, p. 73 s.

(11) A/CN.9/523, § 21 ; A/CN.9/WG.III/WP.129, p. 3. – H. VAN HOUTTE, *supra*, note 4, p. 87. – Y. DERAIS, *supra*, note 4, p. 62-63. – Y. DERAIS, *supra*, note 4, p. 15.

(12) A. YESILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, La Haye 2005, p. 183.

statué sur une demande de référé-provision, il ne saurait ensuite trancher le fond (13). Cette conclusion ne peut être transposée sans autre réflexion à l'arbitrage. En effet, le critère du référé-provision – le caractère non sérieusement contestable de l'obligation (14) – apparaît beaucoup plus exigeant que celui de la vraisemblance du droit prévalant en matière de mesure provisoire arbitrale (15). En droit comparé, c'est d'ailleurs souvent le juge du fond qui ordonne les mesures provisoires en raison de l'unité du procès civil. C'est le cas des droits espagnol (16), italien (17) et allemand (18). En Italie en particulier, on estime que cette solution souligne le lien téléologique unissant mesures provisoires et fond et permet une meilleure coordination de l'instruction des faits (19). Elle est toutefois considérée comporter un risque de prévention si la mesure provisoire anticipe la décision au fond par une appréciation approfondie (20).

Quid de la garantie du juge indépendant selon l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ? Pour la Cour européenne des droits de l'homme cette garantie ne s'applique pas aux mesures provisoires, faute de « contestation » sur un « droit » (21), car « [ces] procédures visent en effet à régler une situation temporaire en attendant qu'il soit statué au principal, et ne tendent donc pas à une décision sur des droits et obligations de caractère civil » (22).

(13) Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, *Bord Na Mona* : *Bull. civ. ass. plén.* n° 5 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, cette exigence devant s'apprécier objectivement ; dès lors, un juge qui a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation ». – V. aussi, B. MELIN-SOUCRAMANIAN, *Le juge des référés et le contrat*, Aix-en-Provence 2000, § 571 s.

(14) NCP, art. 809.

(15) V. A. YESILIRMAK, *supra*, note 12, p. 177 : « [to] satisfy the tribunal that the moving party has, with reasonable probability, a case, or alternatively, to determine that the claim is frivolous or vexatious. »

(16) J. GARBERI (dir.), *Los procesos civiles*, Barcelone 2001, p. 488 : « L'instance qui connaît de l'action au fond est mieux placée que quiconque pour examiner et décider de la réalisation des conditions légales d'adoption [de la mesure provisoire] » [traduction de l'auteur].

(17) Art. 669 *ter*, 1^{er} paragraphe du Code de procédure civile italien :

Prima dell'inizio della causa di merito la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito.

« Avant l'instance au fond, la demande est présentée au juge compétent pour connaître au fond » [traduction de l'auteur].

Art. 669 *quater* 1^{er} paragraphe :

Quando vi è causa pendente per il merito la domanda deve essere proposta al giudice della stessa.

« Quand l'instance au fond est pendante, la demande doit être soumise au juge saisi du fond » [traduction de l'auteur].

(18) ZPO, § 937 :

Für den Erlass einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

« Le tribunal du fond est compétent pour l'octroi de mesures provisoires » [traduction de l'auteur].

(19) V. C. MORETTI, *Le cumul du provisoire et du fond par un même juge et l'impartialité requise par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, COMPERNOLLE, TARZIA (dir.), *Les mesures provisoires en droits belge, français et italien*, Bruxelles 1998, p. 250.

(20) C. MORETTI, *supra*, note 19, p. 260. – J.-V. COMPERNOLLE, « Le cumul du provisoire et du fond au regard du principe d'impartialité », in COMPERNOLLE, TARZIA *supra*, note 19, p. 240 s., à propos de l'art. 19.2 du Code judiciaire belge (« Le juge peut, avant dire droit, ordonner une mesure préalable destinée à instruire la demande ou à régler provisoirement la situation des parties »).

(21) Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse, qui peut porter aussi bien sur l'existence même que sur l'étendue ou les modalités d'exercice d'un droit. L'invocation de ce droit doit être au moins soutenable en droit interne et son sort doit dépendre de l'issue de la procédure (ACEDH, 28 juin 1990, *Skärby c/ Suède*, A n° 180, § 27. – V. aussi ACEDH, 27 oct. 1987, *Pudas c/ Suède*, A n° 125, § 31. – ACEDH, 23 oct. 1985, *Bentham c/ Pays-Bas*, A n° 97, § 32).

(22) ACEDH, 28 juin 2001, *Maillard Bous c/ Portugal*, req. n° 41288/98, § 19 (matière civile). – V. aussi FROWEIN, PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Kehl et a. 1996, p. 191. – HAEFLIGER, SCHÜRMAN, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, Berne 1999, p. 147. – M.-E. VILGIER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zurich 1999, § 391, 402. – Décision de la Commission européenne des droits de l'homme (la « Commission »), 11 mai 1981, *X. c/ Royaume-Uni*, n° 7990/77. – Commission, 2 déc. 1991, *Öst. Gemeinschaft für Nichtraucher et Rockenbauer c/ Autriche*, n° 17200/91.

Mais la réponse ne saurait s'arrêter là. La vraie question ici est quelque peu différente : du fait qu'il s'est prononcé sur les mesures *ex parte*, l'impartialité de l'arbitre est-elle compromise par la suite, qu'il s'agisse de la décision sur les mesures provisoires contradictoires ou de la décision au fond ? Selon la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Piersack c/ Belgique* (23), suivi d'autres tel *Hauschildt c/ Danemark* notamment, « [a]ux fins de l'article 6, paragraphe 1 (art. 6-1), l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime » (24).

L'impartialité subjective se présume (25). Sauf circonstances très exceptionnelles, elle ne devrait pas soulever de difficultés s'agissant des mesures arbitrales *ex parte*.

L'impartialité objective est plus problématique. Elle doit être niée quand des faits vérifiables donnent lieu à des doutes légitimes ou objectivement justifiés (26). Tel n'est pas nécessairement le cas du seul fait que le juge a déjà connu de la cause à un stade antérieur (27). Des circonstances particulières peuvent toutefois venir modifier cette affirmation. Dans ce contexte, il est important que les questions résolues par le juge au stade antérieur ne se confondent pas avec celles qui lui sont soumises au fond. En d'autres termes, il faut que l'issue de la cause ne soit pas prédéterminée, mais qu'elle reste au contraire indécise (28).

Dans l'affaire *Hauschildt c/ Danemark*, le juge avait à plusieurs reprises eu à décider de la détention provisoire du prévenu jugé ultérieurement. En elles-mêmes, ces décisions ne mettaient pas en cause son impartialité (29). En revanche, la justification utilisée jetait un doute légitime. En effet, le juge s'était fondé sur une disposition présupposant qu'il avait la conviction d'une culpabilité « très claire » (30). Dès lors, « l'écart entre la question à trancher pour recourir audit article et le problème à résoudre à l'issue du procès »

(23) ACEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, A n° 53.

(24) ACEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, A n° 154, § 46. – V. aussi ACEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, A n° 86, § 26 (matière pénale).

(25) *Hauschildt c/ Danemark*, *supra*, note 24, § 47 et ACEDH, *Padovani c/ Italie*, 26 févr. 1993, A n° 257, § 26.

(26) *Hauschildt c/ Danemark*, *supra*, note 24, § 48 ; *Padovani c/ Italie*, *supra*, note 24, § 27.

(27) *Hauschildt c/ Danemark*, *supra*, note 24, § 50-51. – V. aussi *Padovani c/ Italie*, *supra*, note 25, § 28. – V. aussi sur le cumul ou la coïncidence de fonctions, P. VAN DIJK, G.J.H VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, La Haye/Londres/Boston 1998, p. 454. – C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich 2003, p. 351 ; *Piersack c/ Belgique*, *supra*, note 23, § 30 ; *De Cubber c/ Belgique*, *supra*, note 24, § 27. – Le tribunal fédéral suisse a admis au regard de l'article 6-1 CEDH qu'un juge du fond se soit prononcé antérieurement sur des requêtes de mesures provisoires (ATF 114 la 50 ; traduction française *Semaine judiciaire* 1989, p. 78 et 79 et *Padovani c/ Italie*, *supra*, note). Dans cet arrêt, le tribunal fédéral a insisté sur le fait que l'on ne pouvait « énumérer exhaustivement toutes les circonstances propres à faire douter de l'indépendance et de l'impartialité du juge » et qu'il fallait donc apprécier le cas concret et se demander si « les prises de position antérieures du juge lui laissent une entière liberté de jugement. »

(28) AUER, MALINVERNI, HOTTELUER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les libertés fondamentales*, Berne 2006, p. 579.

(29) « (...) les questions qu'un magistrat doit trancher de la sorte avant les débats ne se confondent pas avec celles qui dicteront son jugement final. En se prononçant sur la détention provisoire (...), il apprécie sommairement les données disponibles pour déterminer si de prime abord les soupçons de la police ont quelque consistance ; lorsqu'il statue à l'issue du procès, il lui faut rechercher si les éléments produits et débattus en justice suffisent pour asseoir une condamnation. On ne saurait assimiler les soupçons à un constat formel de culpabilité » (*Hauschildt c/ Danemark*, *supra*, note 24, § 50).

(30) *Hauschildt c/ Danemark*, *supra*, note 24, § 52.

devenait « infime », de telle sorte que l'impartialité faisait défaut. La violation de l'article 6-1 CEDH fut donc admise.

Avant de poursuivre, il faut se demander si la jurisprudence précitée est transposable à l'arbitrage, ce qui suppose de répondre à deux questions : Tout d'abord, rendue en matière pénale, est-elle transposable à la matière civile ? Ensuite, rendue en matière de justice étatique, est-elle transposable à l'arbitrage ?

On considère généralement qu'en matière civile, l'interdiction du cumul de fonctions s'applique de manière différente en raison surtout de la maxime des débats qui y prévaut (31) et de l'unité du procès civil (par opposition au procès pénal divisé en procédure d'instruction et procédure de jugement) (32). C'est dire que l'application est nécessairement moins rigoureuse.

Quant à l'application des garanties de l'article 6 CEDH à l'arbitrage, on sait qu'elle est débattue (33) et que la jurisprudence de la CEDH n'est guère concluante (34). Face à une situation incertaine et à la tendance contemporaine généralisée consistant à étendre le recours aux droits de l'homme, il semble prudent aujourd'hui de raisonner en arbitrage comme si les garanties de l'article 6-1 CEDH s'appliquaient.

Qu'en tirer maintenant pour nos besoins ? Il faut commencer par identifier les questions que l'arbitre doit trancher pour décider d'une mesure *ex parte*, ou injonction préliminaire au sens de la loi-type, puis examiner si elles se confondent avec celles qui déterminent le fond du litige. Comme nous le verrons, l'injonction préliminaire est sujette à la condition que la communication préalable de la requête de mesures provisoires soit susceptible de compromettre l'effet de ces mesures (35). Pour le surplus, elle est soumise aux mêmes conditions que l'octroi des mesures provisoires elles-mêmes prévues à l'article 17 *bis*, à savoir un risque de dommage difficilement réparable et des « chances raisonnables » de succès sur le fond, étant précisé que la « décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque ».

De toute évidence, les exigences liées à la communication de la requête et au risque de dommage ne sauraient se confondre avec le fond. Une hésitation existe en revanche s'agissant des chances de succès au fond. Pour respecter l'article 6-1 CEDH, il semble primordial que l'examen du fond reste superficiel et entièrement ouvert à un examen approfondi ultérieur sur la base de l'ensemble du dossier (36). Cette précaution doit prévaloir non seulement en matière de mesure *ex parte* ou injonction préliminaire. Elle vaut aussi pour les mesures provisoires prononcées après l'audition de l'autre partie.

(31) P. MARTENS, *La tyrannie de l'apparence, Observations sub Cour européenne des droits de l'homme*, 22 février 1996, en cause *Bulut c/ Autriche* : *Rev. trim. droits de l'homme* 1996, 627, p. 655.

(32) AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *supra*, note 28, p. 579.

(33) A. JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, Frankfurt am Main 2002. – CH. JARROSSON, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme* : *Rev. arb.* 1989, p. 573. – A. MOURRE, *Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme* : *Gaz. Pal.*, 1^{er} déc. 2000, p. 16.

(34) V. par ex. la décision sur la recevabilité du 23 février 1999, *Suovaniemi c/ Finlande*, n° 31737/96. – Commission, 12 déc. 1983, *Bramelid et Malmstrom c/ Suède*, n° 8588/79 et 8589/79. – Commission, 4 mars 1987, *R. c/ Suisse*, n° 10881/84. – Commission, 2 déc. 1991, *Jakob Boss Sohne KG c/ Allemagne*, n° 18479/91. – Commission, 27 nov. 1996, *Nordstrom c/ Pays-Bas*, n° 28101/95.

(35) Art. 17 *ter* (2).

(36) P. MARTENS, *supra*, note 31, p. 655.

3. – Le respect du contradictoire

Le troisième argument vise le respect du contradictoire (37) ancré à l'article 18 de la loi-type, dans les diverses législations nationales d'arbitrage (38) et à l'article V(1)(b) de la convention de New York. En brandissant le contradictoire comme arme contre les mesures *ex parte*, on perd de vue que les tribunaux étatiques rendent des mesures sans audition de la partie adverse.

À titre de procédures civiles nationales permettant des mesures provisoires non contradictoires, citons les articles 493 (39) et 812 (40) du NCPC, le paragraphe 937, alinéa 2 de la *Zivilprozessordnung* allemande, (41) l'article 733, alinéa 2 de la loi de procédure civile espagnole (42), l'article 669 *sexies*, alinéa 2 du Code de procédure civile italien (43), l'article 280 du projet de procédure civile suisse (44) ou encore la *Rule 25.3* des règles anglaises de procédure

(37) H. VAN HOUTTE, *supra*, note 4, p. 90-91. – Y. DERAÏNS, *supra*, note 4, p. 63.

(38) Par ex. art. 14 à 17 et 1460 du NCPC ; art. 182, al. 3 du LDIP suisse ; art. 33, loi anglaise sur l'arbitrage ; art. 1694, al. 1^{er} du Code judiciaire belge ; art. 24, al. 1^{er} de la loi espagnole sur l'arbitrage ; art. 1042 du ZPO allemande.

(39) NCPC, art. 493 :

« L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ».

(40) NCPC, art. 812 :

« Le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi. Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement. Les requêtes afférentes à une instance en cours sont présentées au président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi ».

V. aussi l'article 851 pour le juge d'instance, l'article 875 du NCPC pour le président du tribunal de commerce et l'article 958 pour le premier président de la cour d'appel.

(41) ZPO, art. 937, al. 2 :

(2) *Die Entscheidung kann in dringenden Fällen sowie dann, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist, ohne mündliche Verhandlung ergehen.*

« (2) Dans les cas urgents et dans les cas où la requête d'ordonnance de mesures provisoires est à rejeter, la décision peut être rendue sans audience » [traduction de l'auteur]

(42) Art. 733 de la loi de procédure civile espagnole :

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.*

« 2. Nonobstant le paragraphe précédent, lorsque le requérant le demande et démontre l'urgence ou que l'audition préalable compromettrait l'objectif de la mesure provisoire, le tribunal pourra octroyer la mesure sans autre formalité par un "auto" [décision motivée ne tranchant pas le fond, V. art. 206 de la loi de procédure civile espagnole], dans un délai de cinq jours, en motivant séparément l'existence des conditions justifiant la mesure provisoire et les raisons de l'octroi des mesures sans entendre le défendeur » [traduction de l'auteur].

(43) Art. 669 *sexies* :

Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunto ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa con lo stesso decreto l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto (...).

« Quand la convocation de la partie adverse pourrait compromettre l'efficacité de la mesure, il [le juge] procède par décret motivé après avoir si nécessaire pris les informations sommaires. Dans un tel cas, dans le même décret, il fixe l'audience de comparution des parties dans un délai qui ne saurait dépasser quinze jours assignant au requérant un délai péremptoire qui ne saurait dépasser huit jours pour la notification du recours et du décret. À cette audience, le juge, par ordonnance, confirme, modifie ou révoque les mesures prononcées par décret (...) » [traduction de l'auteur].

(44) Art. 280, projet de procédure civile suisse :

« 1 En cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque de collusion, le tribunal peut ordonner provisoirement des mesures provisionnelles à réception de la requête et sans entendre la partie adverse.

2 Il impartit en même temps à la partie adverse un bref délai pour se prononcer et statue ensuite sur la requête ».

www.ofj.admin.ch/etc/media/lib/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozess.Par.0002.File.tmp/entw-zpo-f.pdf. Lorsqu'il sera en vigueur, ce texte remplacera les lois existantes de procédure civile cantonale.

civile. (45) Au niveau européen, la Cour de justice des Communautés européennes statuant en application de la convention de Bruxelles n'a pas permis l'exécution à l'étranger de mesures *ex parte* (46). Elle a cependant parfaitement admis que les États contractants connaissent un régime de mesures provisoires *ex parte*, dans les termes suivants :

« S'il est exact que des procédures du type de celles en cause autorisant des mesures provisoires et conservatoires sont connues dans le système juridique de tous les États contractants et peuvent, lorsque certaines conditions sont réunies, être considérées comme ne violant pas les droits de la défense, il y a cependant lieu de souligner que l'octroi de ce genre de mesures demande de la part du juge une circonspection particulière et une connaissance approfondie des circonstances concrètes dans lesquelles la mesure est appelée à faire sentir ses effets. Suivant les cas, et notamment suivant les usages commerciaux, il doit pouvoir limiter son autorisation dans le temps ou, en ce qui concerne la nature des avoirs ou marchandises qui font l'objet des mesures envisagées, exiger des garanties bancaires ou désigner un séquestre, et de façon générale subordonner son autorisation à toutes les conditions qui garantissent le caractère provisoire ou conservatoire de la mesure qu'il a ordonnée ». (47)

Sur le plan international, on se référera à l'article 8 des principes Ali/Unidroit de procédure civile transnationale (48) ou aux principes 6 à 8 sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international élaborés par l'Association de droit international (49), qui tous deux admettent le prononcé de mesures *ex parte*, à la condition principale que la partie à l'encontre de laquelle la mesure a été ordonnée soit entendue sans tarder.

En opposant la violation du contradictoire aux mesures *ex parte*, on ignore encore que l'arbitre exerce une mission juridictionnelle, qui consiste à trancher un litige en lieu et place des tribunaux étatiques par une décision contraignante de même valeur qu'un jugement. Or, on ne voit guère pourquoi l'ordre juridique qui confie une telle mission à l'arbitre ne lui reconnaît pas les pouvoirs nécessaires à sa mise en œuvre, comme il le fait pour le juge. Les principes fondamentaux de procédure auraient-ils une autre signification pour l'arbitre que pour son collègue magistrat de l'ordre judiciaire?

(45) Rule 25.3 :

(1) *The court may grant an interim remedy on an application made without notice if it appears to the court that there are good reasons for not giving notice.*

(46) V. art. 27-2 de la convention de Bruxelles ; art. 27-2 de la convention de Lugano ; art. 34-2 du règlement de Bruxelles.

(47) CJCE, 21 mai 1980, aff. C-125/79, [1980] ECR 1553, *Denilauler d Couchet*, n° 15.

(48) « Art. 8, Mesures provisoires et conservatoires

(...)

8.2 Un tribunal peut accorder une mesure provisoire sans notification préalable uniquement si l'urgence et de prépondérantes raisons d'équité l'exigent. Le demandeur doit communiquer tous les éléments de fait et moyens de droit que le juge doit équitablement prendre en considération. Une personne à l'encontre de laquelle une telle ordonnance *ex parte* a été rendue doit pouvoir contester dans les délais les plus brefs possibles le bien-fondé de l'ordonnance ».

(49) Principe 6

« Le demandeur devrait faire en sorte que le défendeur soit promptement informé de la décision rendue, nonobstant toute formalité de notification de la décision prescrite par la loi et les conséquences juridiques qui peuvent en découler ».

Principe 7

« Le défendeur devrait avoir le droit d'être entendu dans un délai raisonnable et de contester la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée ».

Principe 8

« Le tribunal devrait avoir le pouvoir d'exiger des garanties du demandeur ou de poser d'autres conditions en cas de dommage causé au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi de la mesure. En décidant si une garantie doit être imposée au demandeur, le tribunal devrait apprécier si le demandeur peut effectivement faire face à une action en dommages et intérêts destinée à compenser le dommage causé ».

On admet en effet aujourd'hui que l'arbitre est un juge (50), bien que ses pouvoirs soient limités en matière d'*imperium* (51). Comme le juge, l'arbitre a la *jurisdictio*, à savoir le pouvoir de dire le droit. Par conséquent, son activité est régie par les principes essentiels du procès civil, dont le respect du contradictoire. Compte tenu de l'assimilation de l'arbitre au juge, il n'y a pas de raison d'appliquer le principe du contradictoire différemment devant l'arbitre et devant le juge.

Cela étant, les textes internationaux – hormis bien sûr la loi-type – et les lois nationales d'arbitrage ne contiennent pas de référence expresse au pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures *ex parte*. La doctrine mentionne parfois qu'en cas d'urgence ou pour ménager l'effet de surprise, l'arbitre peut procéder *ex parte* à condition de prévoir l'audition de l'autre partie à brève échéance. Il en va ainsi notamment de la doctrine allemande (52).

Les règlements d'arbitrage sont généralement aussi muets sur la question, avec une exception de taille en matière d'arbitrage sportif. Le Code de l'arbitrage en matière de sport du tribunal arbitral du sport, le règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques, et le règlement d'arbitrage pour la Coupe du Monde FIFA 2006 prévoient tous la possibilité de mesures *ex parte* « en cas d'extrême urgence » (53).

4. – La confiance

Le quatrième argument est lié au principe du contradictoire et aborde la question sous l'angle de la confiance (54). Il pose que le bon fonctionnement de l'arbitrage requiert la confiance et que la confiance présuppose la transpa-

(50) T. CLAY, *supra*, note 10, p. 64-65.

(51) L'*imperium* est divisé en *imperium mixtum* et *imperium merum* (Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris 1991, p. 245, n° 43 s. – T. CLAY, *supra*, note 10, n° 109. – P. MAYER, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires », in *Études de procédure et de l'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 437, n° 3. – L'*imperium merum* évoque le pouvoir de contraindre et échappe à l'arbitre (T. CLAY, *supra*, note 10, p. 97 ; Ch. JARROSSON, n° 53 s.). L'*imperium mixtum* permet de justifier certains pouvoirs tel celui d'ordonner des mesures provisoires (Ch. JARROSSON, n° 97). Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires n'est pas une manifestation de la *jurisdictio* – l'arbitre ne dit pas le droit – ni de l'*imperium merum*, car la mesure provisoire n'est qu'un accessoire rendant la *jurisdictio* efficace (Ch. JARROSSON, n° 61, avec l'exemple d'une mesure d'instruction). À noter encore que rien n'empêche l'arbitre, alors même qu'il est privé d'*imperium merum* et donc de pouvoir coercitif « de prescrire aux parties des obligations de faire, sauf à faire dépendre l'exécution forcée de sa décision du contrôle préalable de l'autorité publique », CA Paris, 19 mai 1998, *Sté Torno SpA* : *Rev. arb.* 1999, 3, 601, p. 605. – V. aussi P. MAYER, n° 11.

(52) SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Munich 2005, p. 165. – S. BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, Munich 2000, p. 165. – H.-J. SCHROTH, *Einstweiliger Rechtsschutz im deutschen Schiedsverfahren*, dans (2003) 1 *SchiedsVZ* 102, p. 109. – D'un autre avis, H.-C. SCHEEF, *Der einstweilige Rechtsschutz und die Stellung des Schiedsrichter bei dem Abschluss von Schiedsvergleichen nach dem deutschen und englischen Schiedsverfahrensrecht*, Frankfurt am Main et a., 2000, p. 34 s.

(53) Art. R. 37, 3 du Code d'arbitrage du TAS ; art. 14, Règlement des Jeux olympiques, repris textuellement à l'art. 15 du Règlement d'arbitrage de la Coupe du Monde FIFA 2006, dont le libellé est le suivant : « Art. 15, Effet suspensif ou mesures provisionnelles d'extrême urgence

En cas d'extrême urgence, le Président de la Chambre *ad hoc* ou la Formation, si elle est déjà constituée, peut statuer sur une demande tendant à la suspension des effets de la décision contestée ou à l'obtention de toute autre mesure provisionnelle sans audition préalable du défendeur. La décision octroyant de telles mesures cesse de déployer ses effets au plus tard lorsque la Formation rend une décision au sens de l'article 20 du présent règlement.

Pour décider de l'octroi de mesures provisionnelles, le Président de la Chambre *ad hoc* ou la Formation prend en considération le risque de dommage irréparable qu'encourt le demandeur, les chances de succès de la demande au fond et l'importance des intérêts du demandeur par comparaison à ceux du défendeur ou à ceux d'autres membres de la communauté olympique ».

(54) H. VAN HOUTTE, *supra*, note 4, p. 93, sur la confiance placée aux arbitres nommés par les parties.

rence (55). De nature plus psychologique et sociologique que juridique, l'argument revêt un poids indéniable. Il ne saurait cependant être décisif compte tenu des considérations qui suivent. Si l'existence d'un rapport de confiance est sans nul doute souhaitable, ce n'est pas pour autant un élément nécessaire de l'arbitrage. Le droit de l'arbitrage est ainsi fait que l'arbitre peut mener sa mission à terme même en l'absence de confiance des parties, de par ses pouvoirs procéduraux et la compétence du juge d'appui.

Par ailleurs, la confiance en un processus peut aussi être minée par l'inefficacité de ce dernier, par l'incapacité à prendre des mesures de protection urgentes indispensables au vu des circonstances (56). Il est vrai qu'en théorie les parties peuvent s'adresser au juge pour requérir des mesures urgentes. En pratique, l'accès au juge peut cependant être fermé, que ce soit en raison de dispositions procédurales restrictives ou de préjugés protectionnistes tendant à épargner la partie s'opposant à la requête (57).

Enfin, l'argument postule que la confiance est fonction de la transparence. Tel n'est pas nécessairement le cas. Que l'on songe simplement à la confiance que les parties placent dans un médiateur, alors même que celui-ci opère parfois dans la plus parfaite opacité.

L'objection liée à la confiance est parfois soulevée en rapport avec les arbitres nommés par les parties (58), une partie perdant supposément confiance en « son » arbitre parce qu'il aurait participé à rendre une mesure *ex parte*. L'objection repose alors sur une acception différenciée de l'indépendance et impartialité, les coarbitres étant « moins indépendants » que le président. Bien qu'elle soit parfois malmenée dans la pratique, l'indépendance est selon la formule de Thomas Clay – monolithique (59). Les arbitres doivent agir en toute indépendance, qu'ils soient nommés par les parties ou non. Parce qu'il associe confiance et partialité, l'argument ne peut être que rejeté.

5. – L'utilité des mesures *ex parte*

Le cinquième et dernier argument consiste à affirmer que les mesures *ex parte* ne servent à rien (60). Cet argument part du postulat que, pour être efficaces, des mesures *ex parte* doivent être immédiatement exécutoires. À supposer – ainsi va l'argument – qu'il existe un juge accessible ayant le pouvoir de les exécuter, alors pourquoi ne pas demander d'emblée de telles mesures au juge ? S'il n'existe pas de juge accessible, pourquoi ne pas demander à l'arbitre avec notification à l'autre partie – des mesures provisoires contradictoires assorties d'une décision immédiate de maintien du statu quo jusqu'au prononcé sur les mesures contradictoires ?

Cette argumentation n'est pas très éloignée de la solution finalement retenue par le groupe de travail de la CNUDCI. Nous y reviendrons. En l'état, notons simplement deux considérations. Tout d'abord, en pratique, le recours au juge de l'exécution n'est pas un passage obligé. L'expérience démontre que les parties se plient le plus souvent spontanément à une décision provisoire

(55) V. contribution de E. Loquin dans le présent ouvrage.

(56) J. CASTELLO, *supra*, note 7, p. 66.

(57) V. aussi J. CASTELLO, *supra*, note 7, p. 66.

(58) H. VAN HOUTTE, *supra*, note 4, p. 93.

(59) T. CLAY, *supra*, note 10, p. 290.

(60) H. VAN HOUTTE, *supra*, note 4, p. 89. – Y. DERAÏNS, *supra*, note 8, p. 15.

de l'arbitre (61). Ensuite, compte tenu du laps de temps nécessaire à un tribunal arbitral pour prendre une décision de maintien du *statu quo*, la notification antérieure à la partie contre laquelle la mesure est requise risque de compromettre l'objectif recherché, l'effet de surprise étant largement compromis.

Avant de clore ce chapitre, relevons encore l'argument invoqué parfois de l'absence de recours contre les mesures arbitrales *ex parte*. On y répondra que la reconsidération de la mesure *ex parte* lors de l'audition de l'autre partie fait office de voie de recours *de facto* (62).

II. – Contenu des nouvelles dispositions de la loi-type

Tels sont les arguments pour et contre les mesures *ex parte*. Quelle a été l'issue du débat dans le groupe de travail de la CNUDCI ? En cours de révision, alors que les travaux risquaient de s'enliser, une proposition de la délégation suisse et de l'Association suisse de l'Arbitrage tenta de concilier les positions extrêmes dans un compromis bien helvétique. La proposition (63) fut reprise par le secrétariat et subit par la suite diverses modifications (64). L'esprit de compromis reste toutefois bien visible dans le texte finalement adopté.

A. – Un compromis sous forme d'injonction préliminaire

En quoi consiste le compromis ? Quel est le contenu des nouvelles dispositions de la loi-type sur les mesures *ex parte* ? La règle est que les mesures provisoires sont accordées en procédure contradictoire (65). Une exception est toutefois admise. Elle est ancrée aux articles 17 *ter* et *quater* et soumise à des conditions assez restrictives. Elle permet à une partie qui dépose une requête de mesures provisoires de demander au tribunal le prononcé d'une injonction préliminaire (66). Le seul but de cette injonction est d'éviter que l'exécution ultérieure de la mesure provisoire sollicitée soit compromise (67).

(61) V. A/CN.9/460, § 118 : « (...) dans la pratique, les parties tendent à respecter en tout état de cause de telles mesures, notamment pour éviter d'avoir à supporter les frais qu'entraîne leur non-application, ou parce qu'elles répugnent à déplaire au tribunal arbitral. » À notre connaissance, il n'existe pas de statistiques qui permettraient de vérifier de manière plus scientifique cette constatation fondée sur l'expérience.

(62) J. CASTELLO, *supra*, note 7, p. 67. L'article 17 *quater* oblige le tribunal à entendre toute partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée.

(63) Le texte de la proposition figure dans A/CN.9/569, § 22. La proposition prenait pour point de départ l'état des travaux de la session de Vienne de 2004. A/CN.9/WG.II/WP.131. Ces deux textes aboutirent à un nouveau texte, A/CN.9/WG.II/WP.134.

(64) A/CN.9/573, § 27. – Le compromis négocié à New York consistait à permettre les injonctions préliminaires ayant le caractère d'une ordonnance de procédure, non celui d'une sentence, sans autoriser d'exécution de ces injonctions. Le texte du compromis de New York figure dans la note du secrétariat A/CN.9/WG.II/WP.138, et a formé la base des débats ultérieurs, A/CN.9/589, § 49 s.

(65) Art. 17 stipulant le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires et définissant ces mesures ; art. 17 *bis* posant les conditions d'octroi des mesures provisoires.

(66) Art. 17 *ter* (1) :

« 1. Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête en injonction préliminaire ordonnant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée. »

(67) Art. 17 *ter* (1) *in fine*, *supra*, note 66 et art. 17 *ter* (2) :

« 2. Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure. »

L'injonction préliminaire peut s'appliquer à toute catégorie de mesures provisoires (68). Lorsqu'elle est accompagnée d'une demande d'injonction préliminaire, la requête de mesures provisoires n'est pas communiquée à la partie adverse avant la décision sur injonction préliminaire (69). Les conditions pour l'octroi d'une injonction préliminaire sont les mêmes que celles qui régissent les mesures provisoires (70). S'y ajoutent l'existence d'un dommage irréparable qui doit pouvoir être évité par l'injonction préliminaire et le risque que la mesure provisoire soit compromise faute d'injonction (71).

B. – Les restrictions

Si ces conditions sont remplies, la mesure *ex parte* est admissible. Elle est toutefois sujette aux restrictions suivantes :

Les parties peuvent exclure l'application des dispositions sur les mesures *ex parte*. Elles ont donc la faculté d'*opting-out* (72). Cette solution a fait l'objet de nombreux débats (73) qui portèrent sur l'alternative *optout* ou *optin*. L'*optout* a prévalu parce qu'il favorise l'harmonie des solutions et est conforme à l'approche d'autres dispositions de la loi-type (74). Autre sujet de discussion, la faculté devait-elle appartenir aux États ou aux parties ? À juste titre, la seconde hypothèse *prima*, les États en leur qualité de législateurs étant de toute manière libres de reprendre la loi-type en tout ou en partie ou d'en modifier certaines dispositions (75).

Sauf si l'arbitre l'estime inappropriée ou inutile, l'injonction est subordonnée à la fourniture de sûretés (76).

Tant que l'autre partie n'a pas été entendue, la requérante est soumise à une obligation de « *full and frank disclosure* » (77), soit une obligation de révéler

(68) Cela constitue une évolution par rapport au *stop order* prévu à une certaine phase des travaux. – Sur ce sujet, V. A/CN.9/569, § 30. Pendant la 41^e session, il fut clarifié que même si la rédaction pouvait paraître restrictive, elle devait être interprétée largement de façon à comprendre une obligation d'agir ainsi qu'une obligation de s'abstenir, A/CN.9/569, § 31. Cette proposition fut discutée à la 42^e session et finalement le *stop order* fut remplacé par une formule comprenant plus clairement des actes actifs et passifs, A/CN.9/573, § 29.

(69) Art. 17 *ter* (1) *supra*, note 66.

(70) Art. 17 *ter* (3) :

« 3. Les conditions définies à l'article 17 *bis* s'appliquent à toute injonction préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 17 *bis* soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'injonction est prononcée ou non ».

(71) Art. 17 *ter* (2) *supra*, note 66.

(72) Art. 17 *ter* (1) :

« 1. *Sauf convention contraire des parties*, une partie peut présenter (...) » (italiques ajoutés).

(73) La question fut soulevée à la 37^e session (A/CN.9/523, § 29), suite à une proposition des États-Unis (A/CN.9/WG.II/WP. 121). Elle fit l'objet d'un premier débat à la 39^e session (A/CN.9/545, § 52), repris lors de la 42^e session (A/CN.9/569, § 20-21), avant d'y être adoptée (A/CN.9/573).

(74) A/CN.9/569, § 20 et A/CN.9/573, § 18 s. En faveur de l'*optin*, on invoquait qu'il respectait mieux la nature consensuelle de l'arbitrage et que l'*optout* était susceptible de soulever des objections d'ordre public dans certains pays ; V. A/CN.9/569, § 21.

(75) A/CN.9/573, § 1-17.

(76) Art. 17 *sexies* (2) :

« Le tribunal arbitral exige que la partie qui requiert une injonction préliminaire constitue une garantie en rapport avec l'injonction, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile ».

(77) Art. 17 *septies* (2) :

« 2. La partie qui requiert une injonction préliminaire signale au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir l'injonction, et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'injonction a été requise ait eu la possibilité de présenter ses arguments. Par la suite, le requérant est tenu, en ce qui concerne l'injonction préliminaire, de la même obligation d'information que celle qui incombe à un demandeur en ce qui concerne une mesure provisoire en vertu du paragraphe 1 du présent article ».

tout fait pertinent qu'il soit en sa faveur ou à son détriment (78) et qu'il soit intervenu avant ou après l'injonction. Cette obligation est bien connue du droit anglais où elle constitue un principe général de procédure. En matière de mesures provisoires *ex parte*, elle vise non seulement les faits mais toute autre considération pertinente (79) et couvre tant les éléments que le requérant connaissait que ceux qu'il aurait dû connaître s'il avait entrepris les investigations adéquates (80).

Après avoir prononcé l'injonction, le tribunal arbitral transmet à l'autre partie non seulement la demande de mesure provisoire, la requête d'injonction et la décision accordant ou refusant l'injonction, mais encore « toutes autres communications (...) y compris en indiquant le contenu de toute communication orale » (81). La loi-type cherche ainsi à minimiser les risques de prévention dus à des contacts entre le tribunal et une partie seulement. Ce faisant, elle admet expressément les communications orales entre le tribunal arbitral et la seule requérante. Sur le plan pratique, on peut estimer que des arbitres expérimentés chercheront à éviter de tels contacts et trancheront sur documents, quitte à rejeter la demande d'injonction si le bien-fondé n'est pas avéré sur cette base.

Lors de la transmission qui vient d'être évoquée, le tribunal arbitral invite l'autre partie à présenter ses arguments « dès que possible » (82). Par là, le contradictoire est respecté. Dans le cours des débats, il avait été proposé d'exiger l'audition de l'autre partie dans les 48 heures. La préférence fut toutefois donnée à une formule plus simple, le délai de 48 heures ne permettant pas nécessairement à la partie touchée par la mesure de préparer sa défense (83).

Le tribunal arbitral doit se prononcer « rapidement » sur toute contestation de l'injonction (84). On peut certes se demander s'il n'eût pas été préférable d'exiger des arbitres qu'ils tranchent dans un délai maximum donné. La formule vague qui a été retenue a toutefois l'avantage de s'adapter aux circonstances particulières, le délai maximum résultant de toute manière de la durée de vie de l'injonction.

L'injonction expire en effet de plein droit vingt jours après son prononcé (85). C'est donc dans ce délai maximum que le tribunal arbitral doit

(78) Sur ce sujet, V. S. GEE, *Commercial Injunctions*, London 2004, p. 241. – *O'Regan v. Lambic Productions* [1989] 139 N.L.J. 1378.

(79) S. GEE, *supra*, note 78, p. 239. – *Siporex Trade SA v. Comdel Commodities Ltd* [1986] 2 Lloyd's Rep. 428, p. 437; *Brink's Mat Ltd v. Elcombe* [1988] 1 W.L.R. 1350, 1356; *Boyce v. Gill* [1981] 64 L.T. 824, p. 825.

(80) J. P. GAFFNEY, *Ex parte measures in international arbitration*, (2002) 17 Mealey's Int'l Arb. Rep. 39, p. 41.

(81) Art. 17 quater (1) :

« 1. Immédiatement après s'être prononcé sur une requête en injonction préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête en injonction préliminaire, l'injonction préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale ».

(82) Art. 17 quater (2) :

« 2. Concomitamment, le tribunal arbitral donne à toute partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments dès que possible ».

(83) A/CN.9/545, § 79; A/CN.9/568, § 52 s.; A/CN.9/573, § 43 s.

(84) Art. 17 quater (3) :

« 3. Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'injonction préliminaire. »

(85) Art. 17 quater (4) :

« 4. Une injonction préliminaire expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie contre laquelle cette injonction est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments ».

entendre l'autre partie et trancher, soit en annulant l'injonction, soit en la transformant en une mesure provisoire contradictoire, soit en ordonnant une autre mesure provisoire.

Dernière restriction, l'injonction préliminaire ne peut faire l'objet d'une exécution par un tribunal étatique (86). C'est la partie du compromis évoqué plus haut.

À ces restrictions propres à l'injonction préliminaire, vient s'ajouter que la requérante est responsable de tous les frais et dommages causés par une injonction injustifiée (87), responsabilité qui s'applique de la même manière aux mesures provisoires (contradictoires) injustifiées.

III. – Une nouvelle pierre apportée à l'édifice de l'arbitrage transnational

Pour conclure, replaçons l'article 17 nouveau, et en particulier les dispositions sur les mesures *ex parte* ou injonctions préliminaires, dans un contexte plus large. Nous assistons depuis une cinquantaine d'années à la construction progressive d'un droit transnational de l'arbitrage. Enchevêtrement de normes de niveaux et de natures différents fait de conventions internationales, lois-types, législations nationales, règlements institutionnels, recommandations, « *guidelines* » et pratique quotidienne des tribunaux arbitraux.

Cette multiplicité complexe produit graduellement un tout cohérent. Non qu'il n'y ait plus de différences. Il y a et il y aura toujours des différences. Mais une grande convergence domine (88). Les dispositions sur l'injonction préliminaire de l'article 17 concilient des approches diamétralement opposées. Quelles qu'aient été les difficultés, le processus d'élaboration de ces dispositions a abouti à l'émergence d'un consensus et apporte ainsi une nouvelle pierre à l'édifice du droit transnational de l'arbitrage.

(86) Art. 17 *quater* (5) :

« 5. Une injonction préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette injonction préliminaire ne constitue pas une sentence. »

(87) Art. 17 *octies* :

« La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une injonction préliminaire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure ou l'injonction à une partie quelconque, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'injonction n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure. »

(88) G. KAUFMANN-KOHLER, *Mondialisation de la procédure arbitrale*, Ch-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles 2001, p. 277 s.