

Gazette de la Chambre



Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris

Comité éditorial : Philippe Delebecque - Claude Goussot - Jean-Yves Thomas - Michel Leparquier

Éditeur : Philippe Delebecque

3 numéros par an

(Janvier - Avril - Septembre)

Numéro 53 - Automne 2020



"Non potest esse iudex et pars"

Mesures conservatoires et provisoires

L'arbitre et le juge

Olivier Jambu-Merlin

Arbitre maritime

L'office du juge est de dire le droit, littéralement *jurisdictio*, dans le but de trancher un litige entre deux ou plusieurs parties. A ce titre l'arbitre, bien que désigné hors cadre étatique par les parties, est incontestablement juge. Une décision n'étant efficace que si elle est applicable et appliquée, le juge étatique dispose d'un avantage certain sur l'arbitre, l'*imperium* attaché à sa qualité lui donnant les moyens de faire exécuter cette décision. Dans un monde idéal on peut envisager que les parties, venues à l'arbitrage du fait d'une décision supposée consensuelle, la clause compromissoire, ne feront pas de difficultés à appliquer la sentence rendue à l'encontre de l'une d'elles. C'est le plus souvent le cas, et il est relativement peu fréquent que la partie gagnante soit obligée de relancer une procédure en *exequatur* de la sentence dont elle bénéficie. Une telle procédure entraîne des coûts et délais supplémentaires, contraires aux buts recherchés par le choix d'une procédure d'arbitrage.

Mais dans tout litige se fait jour la nécessité de mesures provisoires ou conservatoires : saisies, astreintes, provisions, expertises, *inter alia*. Le cadre judiciaire (civil ou commercial) connaît la procédure de référé, contradictoire, limitée aux parties à l'instance et faisant appel à l'*imperium* du juge. Qu'en est-il en matière d'arbitrage, dont cette dernière notion est par nature absente ? Les textes législatifs traitant de l'arbitrage font place à ces mesures conservatoires, dispositions reprises dans les Règlements d'Arbitrage de certains organismes.

Le Code de Procédure Civile français en pose le principe en son article 1468 : "*le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune*". Le même article en précise les limites : "*toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires*". Le même Code en son article 1449 précise dans quelles conditions le juge étatique peut ordonner ces mêmes mesures en présence d'une procédure d'arbitrage, nous y reviendrons plus loin.

Le Règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale maritime de Paris (CAMP), qui renvoie explicitement, non pas à l'article 1468 du CPC ci-dessus cité, mais à l'article 1467 (actes d'instruction), prévoit en son article XII : "*(Les arbitres) pourront rendre toute sentence d'avant dire droit, ordonner toutes mesures provisoires ou conservatoires et toutes mesures d'instruction (y compris convocations et auditions de sachants) exécutoires au besoin par provision ; ils auront les pouvoirs les plus larges pour rechercher, même d'office, tous les éléments d'appréciation et de décision*".

Le Règlement d'arbitrage de la CCI en son article 28 (1) dit : "*Sauf accord contraire des parties, dès que le dossier lui a été transmis, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge appropriée. Le tribunal arbitral peut subordonner l'octroi d'une telle mesure à la constitution d'une sûreté appropriée par la partie requérante. Une telle mesure prend la forme d'une ordonnance (...)*". Une précision intéressante au second alinéa de ce même article 28, à tout moment de la procédure arbitrale "*les parties peuvent demander à toute autorité judiciaire compétente des mesures provisoires ou conservatoires*", sans qu'une telle demande constitue une renonciation ou une violation de la convention d'arbitrage et sans qu'elle affecte les pouvoirs du Tribunal arbitral. Ce dernier membre de phrase est ambigu : peut-on imaginer une situation où l'une des parties en appelle (pour une expertise par exemple) à l'autorité judiciaire en application de l'art.28(2) alors que l'autre partie aura demandé au tribunal arbitral la même expertise en vertu de l'art.28(1) ?

La même CCI propose également un Règlement de référé pré-arbitral, autonome de toute procédure d'arbitrage, dont les décisions sont rendues sous le vocable d'Ordonnances.

L'article 13 du Règlement de l'Association française d'arbitrage est moins explicite, lorsqu'il traite de mesures d'urgence. Parmi d'autres dispositions, on relève : "*Si le Tribunal arbitral n'est pas encore constitué et que les mesures d'urgence sollicitées ne sont pas susceptibles d'affecter le fond du litige, le Comité d'arbitrage peut, sans être tenu par aucun des délais prévus (...) désigner un arbitre unique avec mission d'organiser la procédure d'urgence. À cet effet, celui-ci convoque les parties par tout moyen. Il prend toute mesure exécutoire qu'il estime appropriée et qui n'affecte pas le fond du litige*". On suppose qu'il va s'agir ici de mesures provisoires ou conservatoires.

Ces prérogatives d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, reconnues au tribunal arbitral, voient leur efficacité soumise au bon vouloir des parties. Le consensualisme qui est supposé prévaloir au moment de l'adoption de la clause compromissoire (quand les parties y ont fait attention, ce qui n'est pas toujours le cas) tend parfois à s'effacer dans les circonstances qui entourent un litige et son règlement. Et force est de constater qu'un tribunal arbitral est, par essence, moins bien armé qu'un tribunal étatique pour faire mettre en œuvre ses décisions. La situation est assez clairement résumée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1998 (*Société Torno SpA*) : "*...et considérant que l'absence d'*imperium* de l'arbitre a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant notamment l'efficacité de sa décision à l'*exequatur* de l'autorité publique ; qu'elle ne lui interdit pas en revanche, lorsque telle est sa mission, 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*".

Ce n'est pas ici le lieu de creuser la distinction entre *imperium summum*, *imperium merum* et *imperium mixtum*, ni d'entrer dans le débat sur la reconnaissance à l'arbitre de ce dernier type d'*imperium*.

Suite et fin de l'article page 2.

Nous nous contenterons de considérer que l'arbitre, juge privé, ne dispose que de la *jurisdictio*, ce que confirment les textes comme les faits. Nous sommes donc amenés à reconnaître que juge et arbitre sont, également sur le terrain de ce que l'on appelle parfois le *Référé arbitral*, voués à la collaboration, ou tout au moins à la cohabitation.

Le juge va pouvoir intervenir dans l'arbitrage au titre des mesures provisoires ou conservatoires à plusieurs moments différents.

Avant toute instance arbitrale. Le cas qui vient spontanément à l'esprit est celui de la saisie conservatoire du navire par les intérêts cargaison au port de déchargement, lorsqu'avaries et/ou manquants auront été constatés. On l'a vu, la saisie est exclue par la loi des prérogatives de l'arbitre, et même les Règlements d'arbitrage les plus avancés (CCI) ne se risquent pas sur ce terrain. De manière plus générale, il faut considérer que les voies d'exécution, de nature coercitive, ne peuvent relever que de l'autorité de l'État, et échappent donc à la compétence des arbitres. La saisie conservatoire a pour but l'obtention par le saisissant d'une garantie, parfois bancaire mais émanant le plus souvent d'un assureur ou d'un P & I Club, cette garantie permettant la mainlevée de la saisie. Cette garantie, limitée dans le temps, et dans son montant, va souvent être assortie d'un compromis d'arbitrage.

Simultanément à cette saisie, le juge des référés pourra être amené à ordonner une expertise judiciaire, dont les conclusions seront produites à l'arbitrage engagé au titre de la garantie accordée.

Le juge des référés est donc ici intervenu hors de toute instance arbitrale, qui ne naîtra qu'ultérieurement à la saisie.

Avant le début de l'instance arbitrale. Il faut ici revenir à l'article 1449 du Code de procédure civile. Le cas de figure le plus courant est celui où les parties sont liées par une clause compromissoire incluse au contrat initial, donnant compétence à un organisme d'arbitrage. Lorsqu'advient le fait générateur du litige, la partie qui s'estime victime procède à une demande d'arbitrage. Un certain temps est nécessaire avant la nomination du Tribunal arbitral qui, pas encore constitué, n'est pas en mesure de prendre une décision de mesure conservatoire. De même, l'occurrence du fait générateur amène souvent l'une des parties à déposer une demande d'arbitrage à titre conservatoire, qui n'entraîne pas la constitution du Tribunal arbitral tant que l'une des parties n'a pas "activé" l'arbitrage. La conservation ou la préservation des preuves va nécessiter la nomination d'un expert judiciaire, d'où intervention du juge étatique. Pratiquement, il s'agira du juge des référés du tribunal, commercial le plus souvent, du lieu où s'est produit, ou a été constaté, le dommage ou son fait générateur. S'est posée la question de la compétence du juge étatique : puisqu'il a connaissance de la procédure arbitrale, ne doit-il pas se déclarer incompétent au profit du tribunal arbitral ? Sur ce point, la rédaction de l'article 1449 exclut sans réserve les mesures d'instruction, conservatoires ou provisoires, du champ de la règle compétence-compétence. On le comprend, en ce que d'une part avant la constitution du Tribunal arbitral, il y a une nécessité évidente à agir sur ce terrain, et que d'autre part la décision à prendre par le juge des référés ne préjuge pas de la décision au fond à prendre ultérieurement par l'arbitre.

La seule difficulté qui pourrait se faire jour résiderait dans le cas d'un référé-provision, si le juge accédait à la demande de l'une des parties au titre de l'article 873 al.2 : "*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable il peut accorder une provision au créancier*". On pourrait alors dire qu'en admettant l'incontestabilité de l'obligation qui sous-tend la demande du prétendu créancier le juge a préjugé de la décision au fond, hors de sa compétence. En termes de procédure strictement judiciaire, le jugement au fond peut toujours revenir sur la validité de la créance reconnue par l'ordonnance de référé. Mais s'agissant d'une procédure extra-judiciaire, l'autorité de la chose jugée ne serait-elle pas opposable à l'arbitre ?

Au cours de l'instance arbitrale. Le juge peut être amené à intervenir en cas de résistance d'une partie à une mesure ordonnée par l'arbitre.

Ce peut être pour la liquidation d'une astreinte. On le sait, l'arbitre peut ordonner la production de pièces sous astreinte. En cas de résistance à cette mesure, il y a fort à craindre que la liquidation de l'astreinte, bien que calculée et ordonnée par le Tribunal arbitral ne doive passer par une mesure d'exécution.

Ce peut être également pour une provision dont le versement aurait été ordonné par le Tribunal arbitral. Une telle demande, et bien entendu la décision l'entérinant, est le plus souvent considérée comme hostile en dépit du supposé consensualisme de l'arbitrage.

Le refus d'exécuter une décision de produire une garantie peut aussi nécessiter l'intervention du juge étatique.

On peut cependant se demander si, en droit français, le recours au juge étatique pour des mesures provisoires ou conservatoires en cours d'instance arbitrale est réellement interdit aux parties. Rien ne le dit. Mais rien ne pousse à souhaiter qu'une fois l'instance engagée les parties puissent "vagabonder", au risque de décrédibiliser l'instance, les arbitres et la sentence à venir.

Pour résumer, en matière de mesures provisoires ou conservatoires le juge peut intervenir soit avant le début de l'instance ce qui répond à une nécessité ; soit durant le cours de l'instance pour pallier le défaut d'*imperium* de l'arbitre, ou pour prendre les décisions qui ne sont pas du ressort de celui-ci, telles que principalement celles relevant des voies d'exécution en général, de la saisie en particulier. Une construction qui n'est pas sans évoquer la notion de juge d'appui, destinée là aussi à pallier le défaut d'*imperium* de l'arbitre, mais dans le domaine de l'organisation de la procédure.

Pour le reste, l'arbitre est libre de répondre aux demandes de mesures conservatoires telles que la nomination d'experts, et aux demandes de mesures provisoires telles que l'attribution de provisions. Ses décisions doivent être prises sous la forme de sentences, débattues contradictoirement.

