

CHAPITRE 23

LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES :
À PROPOS DE QUELQUES QUESTIONS RÉCURRENTES
DANS L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

ALEXIS MOURRE*

et

ALEXANDRE VAGENHEIM*

Avec l'accroissement de la durée et de la complexité des procédures arbitrales, le recours aux mesures provisoires pour protéger les droits d'une partie pendant la procédure est devenu de plus en plus fréquent. Le pouvoir d'ordonner de telles mesures est inhérent à l'exercice de la *jurisdictio*, que ce soit par le juge ou par l'arbitre.

De telles mesures, dont la palette est large, sont d'abord caractérisées par leur caractère non définitif, et donc par le fait que le juge ou l'arbitre peuvent à tout moment les modifier ou les rapporter.

La loi type de la CNUDCI, dans sa rédaction issue des amendements adoptés en 2006, définit ainsi la mesure provisoire comme une « mesure temporaire », par laquelle le tribunal arbitral ordonne à une partie « a) de préserver ou de rétablir le *statu quo* en attendant que le différend ait été tranché ; b) de prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même ; c) de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure ; d) de sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend »¹.

Ces mesures sont également caractérisées par l'objectif poursuivi, qui est de préserver les droits d'une partie. C'est alors leur caractère conservatoire qui est mis en avant. Le Règlement d'arbitrage de la CCI fait ainsi référence aux termes « provisoires ou conservatoires »². La loi fédérale suisse sur le droit international privé et le décret français du 13 janvier 2011 font également référence aux

* Alexis MOURRE et Alexandre VAGENHEIM, avocats au Barreau de Paris.

¹ Article 17 (2).

² Article 23.

PARTIE II – CHAPITRE 23

mesures provisoires ou « conservatoires »³. Le droit de l'Union européenne exprime clairement cette dimension fonctionnelle en caractérisant ces mesures comme celles qui sont « destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond »⁴.

Le recours aux mesures provisoires et conservatoires n'est pas nouveau en droit international public. L'article 41, § 1^{er} des statuts de la Cour internationale de Justice disposait déjà que « la Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire ».

Ces mesures ont ensuite trouvé leur place dans la Convention de Washington du 18 mars 1965 ; cette dernière a cependant tenu compte de la nature particulière de l'arbitrage entre investisseurs et Etats en limitant le pouvoir des arbitres à la formulation de recommandations, terme moins prescriptif que celui d'ordonnance ou de décision. Cette marque de déférence à l'égard de la souveraineté des Etats s'exprime à l'article 47 § 1 de la Convention de Washington, qui dispose que, sauf accord contraire des parties, le tribunal arbitral « peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires » propres à sauvegarder leurs droits.

Les mesures provisoires ou conservatoires qui peuvent être ordonnées en cours d'arbitrage peuvent être relatives tant à l'administration de la procédure qu'aux droits substantiels des parties. Certains tribunaux ont semblé considérer que l'article 47 de la Convention de Washington a un domaine large et s'applique indifféremment à la préservation des droits substantiels des parties et à l'administration de la preuve. Le tribunal arbitral a ainsi, dans l'affaire *Biwater*, estimé que : « *the precise dividing line between what is (i) properly a provisional measure under Article 47 and (ii) an order under Article 43 may not always be immediately obvious. This is all the more so given that (as set out above) Article 47 extends to the protection of procedural rights with respect to evidence, and given that tribunals have in the past made recommendations for the marshalling and preservation of evidence under Article 47 (arguably) might also have been made under Article 43* »⁵.

Il est cependant permis de penser que les rédacteurs de la convention ont entendu soumettre les demandes à caractère probatoire à un régime particulier. L'article 43 de la convention fait ainsi référence au pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner la production de preuves, de visiter tous sites concernés par le litige et de mener toutes enquêtes, et l'article 19 du Règlement prévoit que le tribunal peut rendre

³ Article 183 LDIP ; article 1468 CPC.

⁴ CJCE, *Reichert II*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Rec.* 1992, p. 2175, n° 34.

⁵ CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, ordonnance de procédure n° 1, § 80, *adde*, Ch. SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention : A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, CUP, 2009, § 80, p. 780.

LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES QUELQUES QUESTIONS RÉCURRENTES

les ordonnances nécessaires à la conduite de la procédure. Comme on le verra, la distinction ainsi établie peut ne pas être sans conséquences.

Le présent article n'a pas pour objet de traiter de toutes les questions relatives aux mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage d'investissement, celles-ci ayant été traitées de façon exhaustive dans d'autres études⁶. Nous nous limiterons à aborder ici certaines questions particulières qui nous paraissent mériter un éclairage particulier.

Nous traiterons ainsi, après un rappel général des conditions requises pour l'octroi de mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage d'investissement (I), de l'exclusivisme imparfait de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI en la matière (II), du pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures *ex parte* en présence d'un Etat (III), du pouvoir injonctif des arbitres, des astreintes et de l'exécution en nature en matière d'investissements internationaux (IV), et enfin des mesures ordonnant la constitution d'une *security for costs* (V).

I. LES CONDITIONS DE L'OCTROI
DE MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

L'article 39 du Règlement CIRDI prévoit que le tribunal arbitral peut prononcer des mesures provisoires ou conservatoires sur requête d'une des parties⁷ ou de sa propre initiative⁸ (art. 39.3), cette dernière hypothèse étant cependant très rare en pratique.

La multiplication de demandes de cette nature a permis aux tribunaux du CIRDI de dégager progressivement les conditions dans lesquelles celles-ci peuvent être accueillies. Nous nous limiterons ici à traiter des questions qui reviennent avec le plus de fréquence. Nous examinerons ainsi tout d'abord l'appréciation *prima facie* de sa compétence par le tribunal arbitral (A), puis le contrôle exercé par le tribunal sur le fond de la mesure sollicitée (B). Nous nous interrogerons enfin sur la portée de la notion de recommandation dans l'arbitrage CIRDI (C).

A. L'examen *prima facie* de la compétence du tribunal arbitral

Lorsque la compétence du tribunal arbitral n'est pas contestée ou que ce dernier s'est déjà prononcé sur sa compétence, celui-ci est en principe également compétent pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires. Il se peut, en revanche, que de telles demandes soient formées alors que la compétence du

⁶ A. ANTONIETTI, « ICSID and Provisional Measures: An Overview », *Int. Law Forum*, 2005, vol. 7, p. 10 ; R. ZIADÉ, « Mesures provisoires et conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Ch. LEBEN (dir.), Paris, LGDJ/Anthemis, 2009 ; L. MALINTOPPI, « Provisional Measures in Recent ICSID Proceedings : What Parties Request and What Tribunals Order », in *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Ch. BINDER *et al.* (eds), Oxford, OUP, 2009, pp 157-184.

⁷ Article 39 (1) du Règlement CIRDI.

⁸ Article 39(3) du Règlement CIRDI.