

Arbitrage, mesures provisoires et responsabilité du demandeur

Yves Herinckx

Avocat (Bruxelles)

Solicitor (England and Wales)

Conseiller suppléant à la cour d'appel de Bruxelles¹

Résumé

Le nouvel article 1695 du Code judiciaire traite de la responsabilité de celui qui obtient une mesure provisoire ultérieurement jugée inappropriée par le tribunal arbitral. Il ne s'agit pas d'une responsabilité objective découlant automatiquement d'une décision au fond qui contredirait l'apparence de droit retenue au provisoire; le demandeur n'est tenu de réparer le dommage causé par la mesure provisoire que s'il a procédé fautivement. L'auteur compare ce régime à celui qui s'applique aux décisions judiciaires prises en référé ou sur la base de l'article 19 puis contredites au fond, au sort des astreintes, aux mesures provisoires en matière de propriété intellectuelle et aux conséquences de la réformation d'une mesure provisoire en appel ou sur opposition. Il examine ensuite l'articulation des différentes règles lorsqu'une affaire soumise à arbitrage donne lieu à une mesure provisoire ordonnée par le juge étatique. L'article conclut qu'il serait préférable de remplacer le régime actuel par un mécanisme de responsabilité objective.

Mesures provisoires – Responsabilité

Summary

The new Article 1695 of the Judicial Code deals with the liability of the claimant who obtains an interim measure later judged inappropriate by the arbitral tribunal. This

¹ www.herinckx.be

is not a case of strict liability. Liability does not flow automatically from a decision on the merits that contradicts the interim *prima facie* analysis; the claimant must make good the losses of the defendant if and only if it acted improperly. The paper compares this rule to the regimes applicable to *référé* or “Article 19” interim measures issued by State courts and later contradicted on the merits, to the judicial penalties (*astreintes*) attached to interim measures, to certain interim measures in IP matters, and to the reversal of a measure on appeal. The paper then discusses how to combine the various rules when the merits are subject to arbitration and an interim measure is issued by a State court. The author recommends that the current regime be replaced by a strict liability principle.

Interim measures – Liability

1. Le nouvel article 1695 du Code judiciaire prévoit qu’une mesure provisoire² ultérieurement jugée inappropriée par le tribunal arbitral entraîne la responsabilité de celui qui l’a obtenue :

La partie qui poursuit l’exécution d’une mesure provisoire ou conservatoire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une autre partie, si le tribunal arbitral décide par la suite qu’en l’espèce la mesure provisoire ou conservatoire n’aurait pas dû être prononcée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

2. Quelle est la portée de cette disposition ? S’agit-il d’une responsabilité objective, basée sur l’idée que l’exécution d’une mesure provisoire se fait aux risques et périls du demandeur qui devra réparation si l’apparence de droit retenue au provisoire est ensuite contredite au fond ? Ou n’y a-t-il responsabilité qu’en cas de faute ?

L’enjeu pratique de la distinction est important. S’il n’y a responsabilité qu’en cas de faute, la réalité est que le bénéficiaire d’une mesure provisoire est à l’abri des retombées dommageables de la mesure. Il n’y a en soi rien de fautif à exécuter une mesure expressément autorisée par un arbitre ou un juge, fût-ce à titre provisoire³; au contraire, le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire est par

² Nous parlerons dans la présente contribution de « mesure provisoire » alors que le Code judiciaire et la loi type utilisent systématiquement l’expression « mesure provisoire ou conservatoire ». Il s’agit uniquement d’être bref et le lecteur ne doit pas attribuer une quelconque signification à ce choix de vocabulaire.

³ P. MARCHAL, « Les référés », *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 41 : « l’exécution de l’ordonnance [de référé] ne peut, en soi, être considérée comme une faute ». Dans le même sens, E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag, APR*, Malines, Kluwer, 2010, n° 265; G. DE LEVAL, « Le problème de l’exécution de l’ordonnance rendue

excellence la méthode légitime et civilisée de résolution d'un conflit. Ce n'est que dans des circonstances en pratique assez exceptionnelles, que le demandeur est de toute manière en mesure d'éviter, que le comportement de celui-ci sera constitutif de faute. Les praticiens savent à quel point une ordonnance de référé peut dans un tel contexte représenter l'issue finale d'un contentieux et réduire à peu de choses l'enjeu d'une éventuelle procédure au fond. Prenons l'exemple d'un litige portant sur la validité d'une clause de non-concurrence applicable pendant douze mois après la rupture du contrat : si le respect de la clause est ordonné par une mesure provisoire, la sentence qui prononcerait ensuite au fond la nullité de la clause sera sans utilité pratique si le délai de douze mois a entretemps expiré et si le manque à gagner résultant de l'interdiction d'activités concurrentes n'est pas indemnisable. En revanche, si l'on applique un régime de responsabilité objective, le demandeur d'une mesure provisoire doit en assumer les conséquences ; si le demandeur gagne au provisoire mais perd ensuite au fond, c'est lui qui devra supporter la charge économique de la mesure provisoire. La procédure au fond gardera normalement dans un tel cas de figure tout son intérêt. Dans notre exemple de l'ordonnance de non-concurrence, l'indemnisation de douze mois de perte de revenus peut représenter un enjeu significatif.

L'on voit immédiatement que le choix du régime de responsabilité applicable peut fortement influencer la dynamique du procès. Si le risque de responsabilité est faible ou maîtrisable, ce qui est le cas dans un régime basé sur un critère de faute, il est rationnel pour une partie de tenter d'obtenir en début de procédure une mesure provisoire qui pèse lourdement sur l'adversaire ; ceci lui donne un avantage tactique dans d'éventuelles négociations sans risque de retour de flamme. Un tel régime fonctionne donc comme un incitant aux demandes de mesures provisoires lourdes. Si au contraire le risque de responsabilité est réel en cas de perte ultérieure au fond, une partie rationnelle ne demandera de mesure provisoire que si elle est relativement certaine de la force de son dossier et si le coût de la mesure pour son adversaire, qu'elle s'expose à devoir éventuellement indemniser, n'est pas hors de proportion avec l'avantage qu'elle en retirera elle-même. Un régime de responsabilité objective fonctionne donc plutôt comme un incitant à la modération.

par le juge des référés», *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Étude de droit comparé*, sous la direction de J. van Compernelle et G. Tarzia, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 395 (p. 400) ; K. BROECKX, « Risicoaansprakelijkheid bij voorlopige tenuitvoerlegging », note sous Cass. 7 avril 1995, *RW* 1995-96, p. 186, n° 10 ; av. gén. D. THÏJS, concl. avant Cass. 30 mars 2007, *Arr.Cass.* 2007, p. 713, n° 4.2 ; av. gén. G. DUBRULLE, concl. avant Cass. 8 mars 2012, C.11.0124.N, *Arr.Cass.* 2012, p. 582, n° 3. Dans le même sens à propos de l'exécution provisoire d'un jugement (au fond) ultérieurement réformé : Cass. 24 octobre 2003, C.02.0219.F, *Pas.* 2003, p. 1702.

3. Les premiers commentaires de la loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage sont hésitants. Certains auteurs trouvent dans le nouvel article 1695 « une forme de responsabilité objective »⁴, d'autres refusent d'y voir cela⁵. La plupart des commentateurs insistent sur la fonction préventive de la disposition, censée constituer une « mise en garde » ou une « belangrijke waarschuwing » afin d'« éviter que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées à la légère sans considération pour les conséquences sur l'autre partie »⁶.

1. Travaux préparatoires – la loi belge

4. Les travaux préparatoires de la loi du 24 juin 2013 sont ambigus. Le Conseil d'État, dans ses observations sur l'avant-projet de loi, a clairement indiqué qu'il lisait une règle de responsabilité objective⁷ :

Cette disposition est le pendant de l'article 1398, § 2, du Code judiciaire qui énonce la règle selon laquelle l'exécution provisoire d'une décision se fait toujours aux risques et périls de la partie qui la poursuit, disposition contenant, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, un cas de responsabilité objective. [...] Pour assurer la cohérence entre la règle énoncée à l'article [1695] en projet et celle de l'article 1398, § 2, du Code judiciaire, il serait utile de préciser dans le commentaire de l'article qu'aucune faute ne doit être prouvée dans le chef de la partie qui a poursuivi l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire lorsque le tribunal arbitral décide par la suite, au fond, qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être prononcée.

Il est difficile de déterminer si le législateur a voulu s'approprier l'analyse du Conseil d'État. Le gouvernement n'a pas suivi la recommandation faite par le Conseil et n'a pas précisé dans le commentaire de l'article 1695 en projet qu'aucune faute ne doit

⁴ O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *L'arbitrage et le juge étatique, Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la direction d'A. Saletti, J. van Compernelle et J.-Fr. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 161, n° 38.

⁵ D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *De nieuwe arbitragewet 2013*, sous la direction de M. Piers, Anvers, Intersentia, 2013, p. 65, n° 30.

⁶ Les trois expressions sont respectivement des auteurs suivants : M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *JT* 2013, p. 785 (p. 790) ; L. DEMEYERE et H. VERBIST, « De nieuwe Belgische arbitragewet van 24 juni 2013 », *RW* 2014-15, p. 83, n° 29 ; G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *RDIDC* 2014, p. 65, n° 14.7.

⁷ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2743/1, p. 93.

être prouvée. Il n'a pas non plus exprimé un quelconque désaccord avec l'analyse très explicite du Conseil. Il a en revanche écrit que⁸ :

les articles 17 D, E, F et G de la loi CNUDCI sont repris dans le projet. Ils font l'objet des articles 1692 à 1695 en projet. L'essentiel des principes et règles contenus dans ces dispositions correspond en effet à l'état actuel du droit belge, sans que celui-ci ne contienne cependant de dispositions expresses en la matière pour ce qui est des arbitrages. La reprise de la loi type sur ces points permet de clarifier la question et joue un rôle pédagogique.

Faut-il déduire de ce passage une confirmation que l'article 1695 du projet correspond bien à l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire et que le législateur a ainsi voulu se conformer succinctement à la recommandation du Conseil d'État? La référence à «l'état actuel du droit belge» dans l'exposé des motifs renvoie-t-elle à la mention faite par le Conseil d'État de «la jurisprudence de la Cour de cassation»? Une première lecture suggère une réponse positive à ces questions. La difficulté, toutefois, est que l'article 1398, alinéa 2, s'applique en réalité à l'hypothèse où une décision provisoire est réformée en appel de référé mais pas à celle où elle est ultérieurement contredite au fond (voir par. 15 ci-dessous), contrairement à ce que semblait penser le Conseil d'État. Nous estimons dès lors plutôt que la référence à «l'état actuel du droit belge» et au rôle simplement «pédagogique» du nouvel article 1695 signifie que le législateur a voulu aligner le régime de responsabilité pour les mesures provisoires obtenues en arbitrage sur le régime existant en procédure judiciaire. Dans un cadre judiciaire, lorsque c'est le juge du fond qui constate que la mesure provisoire était injustifiée, le demandeur n'est responsable que s'il a commis une faute. L'article 17 G de la loi type a selon nous la même portée vu ses propres travaux préparatoires (voir par. 9 à 11 ci-dessous). L'affirmation dans l'exposé des motifs que l'état actuel du droit belge et la loi type correspondent sur ce point implique dès lors que l'article 1695 vise à établir une règle de responsabilité pour faute et non un principe de responsabilité objective.

Le malentendu entre le Conseil d'État et le législateur est d'autant plus regrettable que nous pensons, à l'instar de la meilleure doctrine⁹ et en ligne avec le droit des grandes places d'arbitrage étrangères¹⁰, qu'un régime de responsabilité objective eût été préférable *de lege ferenda*.

⁸ *Ibid.*, Exposé des motifs, p. 25. Le rapport de la commission de la Justice, n° 53-2743/3, n'a rien ajouté sur la question.

⁹ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, «Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou "qui perd gagne"», *JT* 2014, p. 537, n° 2.B et 2.C; G. DE LEVAL, *op. cit.* («Le problème...»), pp. 400 et s.

¹⁰ France, Suisse, Angleterre, États-Unis en particulier: Y. HERINCKX, «Liability for Inappropriate Interim Measures in Commercial Arbitration», *Cah.arb.* 2014, p. 243, n° 13 à 22.

2. Travaux préparatoires – la loi type de la CNUDCI

5. La loi du 24 juin 2013 est basée sur la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, version 2006. L'article 1695 nouveau du Code judiciaire reprend la formulation de l'article 17 G de la loi type libellé comme suit :

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

L'on observe trois différences de rédaction. La loi belge supprime toute mention des « ordonnances préliminaires » ; la loi type vise par là les ordonnances prononcées sur requête unilatérale, que le législateur belge a délibérément choisi de ne pas autoriser en arbitrage¹¹. La loi belge vise en deuxième lieu la partie qui « poursuit l'exécution » d'une mesure plutôt que simplement celle qui, selon les termes de la loi type, la « demande » ; nous reviendrons plus loin (par. 16) sur la portée de ces mots. Enfin, la loi belge prévoit l'indemnisation du préjudice subi par une « autre partie » alors que la loi type permet d'indemniser une « partie quelconque », cette différence n'ayant probablement aucune portée¹². Pour le reste l'article 1695 et l'article 17 G sont rigoureusement identiques.

6. Le législateur a fait le choix de transposer la loi type dans le droit belge de l'arbitrage, sauf quelques dérogations sans pertinence pour le sujet qui nous occupe, afin « d'aligner notre législation sur les législations les plus avancées en matière d'arbitrage » et visait à « harmoniser la législation belge [...] avec la loi type »¹³.

¹¹ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, Exposé des motifs, *loc. cit.*, pp. 24 et 25.

¹² Le projet initial de la loi type prévoyait une indemnisation en faveur de « the party against whom [the measure] is directed » (*Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-seventh session (Vienna, 7-11 October 2002)*, document A/CN.9/523, § 53, n° 4(a)(v)). Les termes « any party » ont finalement été retenus « for the reason that the measure could impact upon any party » (*Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-fourth session (New York, 23-27 January 2006)*, document A/CN.9/592, § 33), sachant qu'un tribunal arbitral n'a de compétence qu'envers les parties à la procédure mais peut éventuellement conditionner l'octroi d'une mesure provisoire à la fourniture d'une garantie qui couvre les dommages que pourraient subir des tiers (*Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-ninth session (Vienna, 10-14 November 2003)*, document A/CN.9/545, § 67).

¹³ Exposé des motifs, p. 5 ; Rapport, p. 4.

Cette volonté d'alignement et d'harmonisation s'impose à l'interprète de la loi belge, qui devra avoir égard aux travaux préparatoires de la loi type et pourra le cas échéant s'appuyer sur la jurisprudence et la doctrine des autres pays ayant adopté celle-ci. La loi type elle-même précise que « Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application » (art. 2 A); l'on ne peut pas déduire du fait que cette disposition n'a pas été reprise dans la loi belge une volonté implicite du législateur d'écarter les sources d'interprétation internationales¹⁴. Le site web de la CNUDCI publie les travaux, très complets, relatifs au processus d'élaboration de la loi type et un recueil de jurisprudence comparée¹⁵.

7. L'article 17 G date de la révision de la loi type adoptée par la CNUDCI en 2006. La version originale de 1985 prévoyait uniquement, dans son article 17, la possibilité pour le tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et d'« exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée ». Le mot « provision », assez peu heureux, visait en réalité l'idée de « garantie ». La version anglaise de la loi type était plus claire sur ce point et parlait de « security » (la version de 2006 continuera à parler de « security » en anglais mais utilisera le mot « garantie » en français). L'obligation de fournir une garantie implique l'existence d'hypothèses où la mesure provisoire entraîne une responsabilité qui justifie un appel à cette garantie, mais la loi type de 1985 n'en disait rien de plus.

8. Le sujet des mesures provisoires constitue l'un des principaux chapitre de la réforme de 2006 de la loi type. Au début des travaux de la Commission des Nations Unies en 1999, il s'agissait uniquement d'assurer que des mesures provisoires prononcées par des arbitres aient force obligatoire, c'est-à-dire qu'elles puissent recevoir un exequatur¹⁶. Ceci a abouti aux articles 17 H et 17 J de la loi type, transposés par les articles 1696 et 1697 du Code judiciaire.

Le groupe de travail chargé par la CNUDCI d'adapter la loi type a progressivement rajouté plusieurs volets au chapitre des mesures provisoires. Celui des mesures sur requête unilatérale ou *ex parte*, qualifiées d'« ordonnances prélimi-

¹⁴ Sur la pertinence en Belgique des sources relatives à la genèse de la loi type, voir I. VERUGSTRAETE, « De basisprincipes van de arbitrageprocedure », *De nieuwe arbitragewet 2013, op. cit.*, p. 27, n° 17.

¹⁵ Les travaux préparatoires sont disponibles sur www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_travaux.html, et le recueil de jurisprudence sur www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf.

¹⁶ *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-second session (17 May – 4 June 1999)*, document A/54/17, §§ 371 et 380: « It was generally agreed in the Commission that the question of enforceability of interim measures of protection issued by an arbitral tribunal was of utmost practical importance and in many legal systems was not dealt with in a satisfactory way ».

naires» par opposition au vocable « mesure provisoire » retenu pour les mesures accordées suite à une procédure contradictoire (« preliminary order » et « interim measure », respectivement, dans la version anglaise de la loi type), a été l'un des plus controversés. Il a abouti aux articles 17 B et 17 C de la loi type, que le législateur a refusé de transposer en droit belge¹⁷. Un deuxième volet, plus anodin, a porté sur les conditions d'octroi de mesures provisoires et sur le type de mesures pouvant être prononcées par un tribunal arbitral. Ce sont les nouveaux articles 17 et 17 A de la loi type, qui n'ont pas été transposés en droit belge en raison de leur prétendue « rigidité » qui aurait été susceptible de « restreindre la souplesse » de la procédure arbitrale et de « compliquer le travail des arbitres »¹⁸, et qui sur le fond n'apportent pas grand-chose de neuf. Quelques autres dispositions enfin ont été transposées sans variation significative en droit belge : article 17 D sur la modification, la suspension et la rétractation de mesures provisoires, transposé par l'article 1692 du Code judiciaire ; article 17 E sur la constitution d'une garantie, devenu l'article 1693 du Code ; articles 17 F et 1694 sur les informations à fournir par les parties en cas de changement de circonstances ; et articles 17 J et 1698 sur la compétence concurrente du tribunal arbitral et des tribunaux étatiques.

9. Reste le volet de la responsabilité du demandeur de mesures provisoires, qui nous occupe ici. Le sujet fut initialement introduit dans le cadre des discussions relatives aux mesures sur requête unilatérale. Comme l'on sait, la question des requêtes unilatérales était délicate¹⁹ et un consensus n'a pu être trouvé au sein du groupe de travail que moyennant des contreparties : obligation systématique pour le demandeur sur requête unilatérale de fournir une garantie²⁰, et disposition relative à sa responsabilité si la mesure s'avère ultérieurement injustifiée²¹. Il était clair dès le début des discussions que le contentieux relatif à la responsabilité devrait relever de la compétence du tribunal arbitral²².

Le groupe de travail n'a pas pu trouver immédiatement un accord sur les critères déterminant la responsabilité du demandeur. Une première tentative de rédaction

¹⁷ Voir la note 11 ci-dessus.

¹⁸ Exposé des motifs, p. 24.

¹⁹ Voir par exemple H. VAN HOUTTE, « Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration », *Arb.Int'l* 2004, p. 85.

²⁰ Le compromis qui sera en fin de compte atteint sur cette question est exprimé dans l'article 17 E de la loi type : si la procédure est contradictoire, le tribunal arbitral « peut exiger » la constitution d'une garantie, tandis que si la procédure est unilatérale il doit l'exiger « sauf s'il le juge inapproprié ou inutile ».

²¹ *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-seventh session (Vienna, 7-11 October 2002)*, document A/CN.9/523, §§ 23 à 25 et 31.

²² *Ibid.*, § 31.

mentionnait que le demandeur serait objectivement responsable en fonction de la décision finale au fond²³ :

the requesting party shall be [strictly] liable for any costs and losses caused by the measure to the party against whom it is directed [in light of the final disposition of the claims on the merits].

Cette formulation a toutefois donné lieu à des objections. En premier lieu, l'automatisme du lien entre la décision au fond et la responsabilité du demandeur a été contestée²⁴. En second lieu, les termes « strict liability », c'est-à-dire « responsabilité objective », ont été rejetés parce que trop techniques et trop liés à certains systèmes juridiques²⁵. Mais d'autre part le groupe de travail a insisté pour utiliser la formulation comminatoire « shall be liable » plutôt que l'expression plus souple « may be liable »²⁶. À ce stade initial de ses travaux en 2002, le groupe de travail a dû constater que le sujet demandait encore réflexion²⁷.

10. Un an plus tard, il était convenu d'élargir la portée des nouvelles règles de responsabilité aux mesures provisoires accordées après une procédure contradictoire, mais la question du critère de responsabilité faisait encore l'objet de débats. Les idées se fixaient toutefois progressivement en ce sens que l'issue du litige au fond ne devrait pas être déterminante²⁸. Ceci s'est encore confirmé en 2004 à l'occasion de

²³ *Ibid.*, § 53, n° 4(a)(v). Les crochets figurent dans l'original.

²⁴ *Ibid.*, § 65: « Concern was expressed as to any draft which suggested that costs and losses arising from an *ex parte* interim measure should depend on the final outcome of the dispute. It was said that the question whether a requesting party should be liable for such losses or damages should be a question left to the discretion of the arbitral tribunal but disassociated from the final decision on the merits of the case. In this respect it was said that, even if a requesting party ultimately received an award in its favour in the arbitration, it might still be liable for losses or damages in respect of an *ex parte* interim measure of protection that was found to be unjustified. »

²⁵ *Ibid.*, § 66: « the notion of "strict liability" was a term of art that was not understood in all jurisdictions ».

²⁶ *Ibid.*, § 66.

²⁷ *Ibid.*, §§ 66 et 67: « It was said that further thought might need to be given to determining what the trigger for liability was, namely whether the provision was intended to cover the situation where the requesting party had acted negligently or fraudulently, or whether it also covered the situation where an arbitral tribunal had acted in error. [...] It was agreed that the words "to the extent appropriate, taking into account all of the circumstances of the case, in light of the final disposition of the claim on the merits" should be included in square brackets in a future revision of the provision for continuation of the discussion. »

²⁸ *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-ninth session (Vienna, 10-14 November 2003)*, document A/CN.9/545, § 65: « The prevailing view, however, was that the requesting party should be liable only if the measure was ultimately found to have been unjustified. Questions were raised as to the meaning to be attributed to the word 'unjustified' and whether the notion of an 'unjustified' measure should be considered *per se*, or in the light of the results on the merits. It was strongly felt in that respect that the final decision on the merits should not be an essential element in determining whether the interim measure was justified or not. »

la session suivante du groupe de travail qui adopta la formulation définitive du texte. Le texte (« si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure provisoire ou conservatoire n'aurait pas dû être prononcée ») n'est certes pas limpide quant au critère retenu, mais les travaux du groupe de travail indiquent sans ambiguïté qu'une décision contraire au fond n'est pas en elle-même source de responsabilité²⁹ :

It was also suggested that the present conditions set out in paragraph [17 G] might be confusing and the requirement that made liability dependent on the final disposition of the claims on the merits might be inappropriate. In this respect, the Working Group was reminded that, at its thirty-ninth session, it was strongly felt that the final decision on the merits should not be an essential element in determining whether the interim measure was justified or not. For these reasons, a first proposal was made to replace the first sentence of paragraph [17 G] by the words "The requesting party shall be liable for any costs and damages caused by the interim measure of protection to the party against whom it is directed, if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the interim measure should not have been granted". Support was expressed for that proposal.

Une dernière tentative d'encore réexaminer la question un an plus tard n'aboutit à rien³⁰, et le texte fut finalement adopté en 2006 par la CNUDCI puis par l'assemblée générale des Nations Unies dans la forme retenue à cet égard en 2004 par le groupe de travail. C'est cette formulation qui se retrouve aujourd'hui dans l'article 1695 du Code judiciaire.

11. Le bénéficiaire d'une mesure provisoire est responsable, selon l'article 17 G, « si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée ». La formulation est ambiguë mais les travaux préparatoires sont clairs. Il ne s'agit pas, pour décider si la mesure aurait ou non dû être prononcée, de s'appuyer *a posteriori* sur l'autorité de la sentence au fond et de refaire l'analyse initialement provisoire en y intégrant les réponses, de droit ou de fait, entretemps données de manière définitive par le tribunal arbitral. Il n'y a pas de place ici pour une sagesse rétrospective. La question est de savoir si

²⁹ *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its fortieth session (New York, 23-27 February 2004)*, document A/CN.9/547, § 106.

³⁰ *Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-third session (Vienna, 3-7 October 2005)*, document A/CN.9/589, § 47 : « It was pointed out that, as drafted, the text did not appear to envisage liability in the situation where the requirements for the granting of the interim measure had been met but the measure was ultimately found to be unjustified. It was proposed that the words "the interim measure should not have been granted" be replaced by the words "the interim measure was unjustified". That proposal was objected to on the ground that it might be seen as inviting discussion about whether or not the arbitral tribunal had been justified in granting the interim measure and potentially creating liability for the arbitral tribunal itself. After discussion, the proposal was not adopted. »

la mesure n'aurait pas dû être prononcée parce que le demandeur l'a obtenue de manière fautive ou frauduleuse, par exemple en présentant les faits de manière délibérément trompeuse. L'article 17 G n'établit pas un régime de responsabilité objective fondé sur la prise en charge par le demandeur des risques qu'il a créés; il exprime une cause de responsabilité fondée sur la notion de faute³¹.

12. L'on notera que le même groupe de travail a remis l'ouvrage sur le métier lors de la révision du règlement d'arbitrage de la CNUDCI conclue en 2010. Le débat entre les partisans d'une responsabilité pour faute, où le demandeur de mesures provisoires n'encourt aucune responsabilité s'il divulgue de bonne foi la totalité des informations et documents en sa possession, même s'il perd ultérieurement au fond, et les adeptes d'une responsabilité objective où le demandeur doit assumer les risques qu'il prend en sollicitant une mesure provisoire susceptible de causer des dommages, a de nouveau eu lieu et fut encore une fois tranché en faveur d'un régime de responsabilité pour faute³².

3. Responsabilité pour victoires judiciaires provisoires

13. Le Code judiciaire traite en plusieurs lieux des conséquences de revers de fortune procédurale, où la partie qui avait obtenu gain de cause à titre provisoire perd ensuite lors d'un recours ou d'un examen de l'affaire au fond. Nous examinerons ci-dessous les différents cas de figure envisagés par le Code³³.

³¹ L.E. GRAHAM, « Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime) », *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, sous la direction de A.J. van den Berg, ICCA Congress Series, Vol. 14, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 539 (p. 557); P. BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Londres, Sweet & Maxwell, 2010, n° 4A-087; S. BESSON, « Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale – notion, types de mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », *L'arbitre international et l'urgence*, sous la direction de S. Azzali e.a., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 37, n° 91. S. Besson plaide toutefois pour une exception au principe de la responsabilité pour faute dans « le cas des mesures destinées à assurer l'exécution et l'efficacité de la sentence à venir (par exemple, un "freezing order" interdisant à une partie de disposer de certains biens). Dans cette dernière hypothèse, il nous semble que la mesure est injustifiée du seul fait que le requérant n'obtient pas gain de cause sur le fond (ou partiellement injustifiée s'il obtient seulement partiellement gain de cause sur le fond) ».

³² Y. HERINCKX, *op. cit.*, n° 28 à 30.

³³ Nous aurions dû pour être complet analyser également l'article 1371bis, alinéa 6, du Code qui dispose que « La réformation du jugement [attribuant un droit de passage et exécutoire par provision] ne peut donner lieu

3.1. L'article 1398, alinéa 2

14. L'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire, dans le chapitre relatif à l'exécution provisoire, dispose que «l'exécution du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit». C'est une règle de responsabilité objective: en cas de réformation d'un jugement exécutoire par provision, la partie qui en a poursuivi l'exécution est tenue selon la Cour de cassation «d'indemniser le dommage né de la seule exécution, sans qu'il soit requis qu'il y ait eu mauvaise foi ou faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil»³⁴.

15. La règle étant dérogoire au droit commun de la responsabilité, elle est interprétée restrictivement³⁵. Le champ d'application de l'article 1398, alinéa 2, est ainsi limité à l'hypothèse spécifique d'une réformation, en appel ou sur opposition, d'une décision bénéficiant de l'exécution provisoire³⁶. La disposition ne s'applique pas, notamment, en cas de cassation de la décision mise à exécution³⁷. Un pourvoi en cassation n'a pas d'effet suspensif et l'exécution d'un arrêt (ou d'un jugement) ultérieurement cassé n'est pas une exécution «provisoire» au sens du Code judiciaire. L'arrêt de cassation constitue certes un titre qui fonde la restitution de ce qui a été payé ou livré en exécution de la décision cassée, mais il ne permet pas d'obtenir en outre l'indemnisation du préjudice causé par cette exécution. À défaut de démonstration d'une faute de l'exécutant, un tel préjudice reste définitivement à charge de la partie qui s'était exécutée, sous la contrainte le cas échéant, avant d'obtenir gain de cause en cassation. Ceci signifie en particulier que les sommes à restituer suite à l'arrêt de cassation ne portent intérêt qu'à partir de l'arrêt de cassation ou de la mise en demeure qui s'ensuit, et pas à partir du jour où ces sommes avaient été payées en exécution de l'arrêt cassé³⁸.

à d'autres dommages et intérêts que ceux qui sont visés à l'article 682 du Code civil», mais avons craint que le sujet des droits de passage intéresse finalement assez peu les lecteurs de la *Revue*.

³⁴ Cass. 24 octobre 2003, C.02.0219.F, *Pas.* 2003, p. 1702; H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 926; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 182.A.

³⁵ Cass. 23 février 2015, C.14.0396.N; E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, n° 374; av. gén. D. THIJS, concl. avant Cass. 30 mars 2007, C.04.0483.N, *Arr.Cass.* 2007, p. 713 (l'avocat général avait suggéré que l'article 1398, alinéa 2, était l'expression d'un principe général mais n'a pas été suivi par la Cour sur ce point).

³⁶ L'article 1398, alinéa 2, s'appliquera en arbitrage lorsque les parties ont prévu la possibilité d'un appel conformément à l'article 1716 du Code et que les premiers arbitres autorisent l'exécution provisoire de leur sentence ou ordonnance. De telles clauses d'appel sont toutefois extrêmement rares en pratique.

³⁷ Bruxelles 26 mars 2002, *JT* 2002, p. 434; G. DE LEVAL, *op. cit.* (*Éléments...*), n° 182.B.

³⁸ Cass. 23 février 2015, C.14.0396.N; Anvers 29 septembre 2010, *RDJP* 2011, p. 217; Anvers 5 février 2008, *RW* 2008-09, p. 1385 et *NjW* 2009, p. 454; E. DIRIX et K. BROECKX, *loc. cit.* Le point de départ des intérêts sur les restitutions dues après cassation reste toutefois incertain selon PH. GÉRARD, H. BOULARBAH et

La responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2, ne s'applique pas non plus lorsqu'une mesure provisoire est rétractée ou modifiée en raison d'un changement de circonstances³⁹, ni lorsqu'une saisie conservatoire autorisée par le juge des saisies est rétractée en cas de changement de circonstances sur la base de l'article 1419, alinéa 2⁴⁰. Pas de responsabilité objective, encore, si une saisie conservatoire dûment autorisée est rétractée ou réformée sur tierce opposition⁴¹, ou suite à la décision au fond qui déclare la créance du saisissant non établie⁴². L'exécution provisoire d'un jugement déclaratif de faillite n'entraîne pas la responsabilité du créancier à la demande de qui la faillite a été prononcée, parce que c'est le curateur et non le créancier demandeur qui procède à l'exécution⁴³.

Même solution toujours lorsqu'il s'agit de pensions alimentaires accordées par un jugement passé en force de chose jugée mais à titre de provision dans l'attente du prononcé définitif d'un divorce⁴⁴.

16. Il n'y a responsabilité objective qu'en cas de véritable exécution forcée, ce qui suppose au moins un commandement, ou une signification qui fasse courir une astreinte⁴⁵. Une exécution volontaire par le débiteur condamné, la décision fût-elle exécutoire par provision, ne suffit pas à rendre l'article 1398, alinéa 2, applicable. Le créancier conserve en effet toujours le droit de ne pas mettre la décision à exécution avant qu'elle soit coulée en force de chose jugée, précisément pour éviter de s'exposer à un risque de responsabilité. Parallèlement, le débiteur peut légitimement et sans faute s'abstenir d'exécuter volontairement une décision exécutoire par

J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », *RPDB*, Bruxelles, Bruylant, 2012, n° 778. Les intérêts sur les sommes à restituer après réformation en appel d'un jugement exécutoire par provision sont en revanche des intérêts compensatoires qui courent depuis le paiement : Gand 1^{er} juin 2012, *RDJP* 2013, p. 82 ; Bruxelles 22 mars 2002, *RDJP* 2002, p. 180 ; K. BROECKX, *op. cit.*, n° 17.

³⁹ Sur la réversibilité des mesures provisoires en cas de changement de circonstances, voir de manière générale Cass. 18 avril 2002, C.99.0114.N, *Pas.* 2002, p. 923, Cass. 24 avril 2009, C.07.0368.N, *Pas.* 2009, p. 1012 et, spécifiquement pour les mesures ordonnées sur requête unilatérale, l'article 1032 du Code judiciaire.

⁴⁰ Cass. 10 septembre 2004, C.03.0136.N, *Pas.* 2004, p. 1294.

⁴¹ Cass. 17 février 2005, C.03.0475.F, *Pas.* 2005, p. 395. Pour une appréciation critique de l'arrêt, voir H. BOULARBAH, *op. cit.* (*Requête unilatérale...*), n° 936.

⁴² Cass. 11 mars 2005, C.03.0591.N, *Pas.* 2005, p. 583, et sur renvoi Bruxelles 15 décembre 2009, *RABG* 2011, p. 8, à propos d'une saisie en matière de contrefaçon ; E. DIRIX et K. BROECKX, *loc. cit.*

⁴³ Cass. 2 octobre 1997, C.95.0233.N, *Pas.* 1997, I, 941.

⁴⁴ Cass. 30 mars 2007, C.04.0483.N, *Pas.* 2007, p. 623, et concl. av. gén. D. THIJS, *Arr.Cass.* 2007, p. 713.

⁴⁵ Liège 24 octobre 1997, *JLMB* 1998, p. 322 ; Comm. Bruxelles 15 janvier 2003, *JLMB* 2003, p. 1585 ; H. BOULARBAH, *op. cit.* (*Requête unilatérale...*), n° 926. À défaut d'astreinte, une signification du jugement, fût-elle suivie d'une lettre comminatoire de l'huissier, ne constitue pas un acte d'exécution forcée et ne suffit pas à rendre l'article 1398, alinéa 2, applicable : G. DE LEVAL, *op. cit.* (*Éléments...*), n° 182.A et note 169, renvoyant à comm. Charleroi, 8 mars 2002, *RDJP* 2002, p. 193.

provision, et attendre d'être confronté à une mise à exécution forcée, afin que son éventuel préjudice soit couvert par le demandeur en cas de réformation ultérieure⁴⁶. Ceci explique la légère différence de formulation relevée plus haut entre l'article 17 G de la loi type (responsabilité de celui qui « demande » une mesure provisoire) et l'article 1695 du Code judiciaire (responsabilité de celui qui en « poursuit l'exécution »). Le législateur a semble-t-il voulu maintenir l'exigence d'un acte d'exécution forcée comme condition de responsabilité. L'approche est curieuse : si l'on comprend qu'une cause de responsabilité objective telle que prévue à l'article 1398, alinéa 2, doit être soumise à des conditions strictes, l'on comprend mal pourquoi ceci serait également le cas d'une cause de responsabilité pour faute comme celle de l'article 1695. Si vraiment le demandeur d'une mesure provisoire a commis une faute et que celle-ci présente un lien de causalité avec un préjudice subi par une autre partie, l'on ne voit pas bien pourquoi le simple fait qu'il n'y ait pas eu de mise à exécution forcée de la mesure devrait être source d'immunité.

3.2. Les décisions de référé

17. Quant aux ordonnances de référé – par nature provisoires – dont l'exécution a entraîné un préjudice, la jurisprudence et la doctrine font une distinction très nette entre deux hypothèses⁴⁷. Si l'ordonnance est réformée en appel de référé, ou sur opposition, c'est la responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2, qui s'applique : le demandeur de la mesure initialement exécutée puis réformée en appel ou sur opposition doit réparer le préjudice subi par le défendeur. Si en revanche c'est le juge du fond qui met fin à la mesure – et l'on sait qu'une décision de référé cesse de plein droit de sortir ses effets dès que le juge du fond rend une décision contraire quant aux droits contestés⁴⁸ – le droit commun de l'article 1382 du

⁴⁶ Cass. 26 février 2010, C.08.0597.F, et concl. av. gén. A. HENKES, *Pas.*, 2010, p. 576.

⁴⁷ A. VAN OEVELEN et D. LINDEMANS, « Het kort geding: herstel van schade bij andersluidende beslissing van de bodenrechter », *TPR* 1985, p. 1051 ; P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 39 à 41 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, n° 265 ; H. BOULARBAH, « Variations autour de l'appel des ordonnances "sur référé" », *Imperat lex, Liber amicorum Pierre Marchal*, Gand, Larcier, 2003, p. 225, n° 3 ; ST. BRIJS, « L'intervention du juge des référés dans l'exécution – l'exécution des décisions du juge des référés », *Le référé judiciaire*, sous la direction de J. Englebert et H. Boularbah, Bruxelles, CJB, 2003, p. 309, n° 35 et 36. Voir également les références citées à la note 50 et l'exposé par les professeurs van Compernelle et de Leval, dans leurs études citées à la note 9, de ce qu'ils qualifient d'enseignement traditionnel.

⁴⁸ Cass. 26 juin 2014, C.13.0336.N, et concl. av. gén. A. VAN INGELGEM ; Cass. 24 janvier 2014, C.12.0359.F, *Pas.* 2014, p. 259 ; Cass. 28 janvier 2011, C.09.0360.N, *Pas.* 2011, p. 348 (ce dernier arrêt étant rendu dans une affaire où le paiement d'une provision avait été ordonné en référé, et où la procédure au fond était un arbitrage CEPANI). La mesure de référé cesse de sortir ses effets dès le prononcé de la décision contraire

Code civil s'applique: le demandeur ne devra réparer le préjudice que si le défendeur peut démontrer une faute de sa part, ce qui en pratique signifie très généralement qu'il n'y aura aucune indemnisation.

C'est d'ailleurs en grande partie cette dichotomie entre les deux régimes d'indemnisation qui explique l'un des plus spectaculaires revirements de jurisprudence effectués par la Cour de cassation ces dernières années. Un arrêt du 17 avril 2009, appelé à déterminer ce que doit faire une cour d'appel lorsqu'une ordonnance de référé entreprise devant elle a entretemps été exécutée de sorte qu'il n'y a plus d'urgence, avait jugé que le juge d'appel « ne doit plus se prononcer sur la base des droits apparents des parties et sur la légalité de la mesure demandée, même pas pour le passé, et peut se borner à constater le défaut d'urgence de la cause »⁴⁹. Le juge du fond, et lui seul, n'avait plus qu'à tirer les marrons du feu. Mais c'était oublier que la décision de ce dernier, à supposer qu'elle contredise l'appréciation faite par le juge des référés, ne réparerait pas nécessairement le préjudice causé par la mesure de référé. Seule une réformation en appel de référé permet en effet d'invoquer la responsabilité objective – c'est-à-dire automatique – de l'article 1398, alinéa 2⁵⁰. D'où le renversement opéré moins de deux ans plus tard par un arrêt du 4 février 2011: « le juge qui connaît en degré d'appel du recours dirigé contre une décision relative à des mesures en référé, est tenu d'examiner la légalité de ces mesures »⁵¹.

au fond, même si celle-ci n'est pas exécutoire par provision et fait l'objet d'un appel: Gand 22 février 2011, RW 2012-13, p. 510. La règle connaissait une exception en matière d'annulation de brevets, où les mesures provisoires continuaient à sortir leurs effets aussi longtemps que la décision d'annulation était vulnérable à un recours: Cass. 24 juin 2013, C.12.0450.F, Pas. 2013, p. 1450, et concl. av. gén. J.-M. GENICOT; Cass. 5 janvier 2012, C.11.0101.N, Pas. 2012, p. 33 (mais une décision de fond qui constate l'absence de contrefaçon d'un brevet mettait immédiatement fin aux effets de la décision de référé fondée sur une apparence de contrefaçon: comm. Bruxelles 18 février 2014, IRDI 2014, p. 400). Cette exception a été supprimée par un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2014 (*loc. cit.*; voir également dans le même sens Cass. 12 septembre 2014, C.13.0232.N), qui laisse toutefois la porte ouverte, au cas par cas, à des mesures conservatoires se poursuivant au-delà d'une décision d'annulation du brevet « si [le titulaire du brevet] rend suffisamment plausible le fait que son recours contre cette décision [d'annulation] aboutira et que de telles mesures s'imposent eu égard aux circonstances de la cause telles la durée de la procédure et l'étendue du dommage éventuel ».

⁴⁹ Cass. 17 avril 2009, C.08.0329.N, Pas. 2009, p. 944.

⁵⁰ H. BOULARBAH, G. CLOSSET-MARCHAL, G. DE LEVAL, J. ENGLEBERT, F. GEORGES, D. MOUGENOT, CHR. PANIER et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Il y a urgence! », note critique sous l'arrêt du 17 avril 2009, JT 2009, p. 672; S. MOSSELMANS, « De taak van de appelrechter in kort geding bij gebrek aan urgentie », note critique sous l'arrêt du 17 avril 2009, RW 2009-10, p. 1778; M. REGOUT, « Le point sur l'évolution des référés commerciaux », *Réalités et fictions du droit des garanties, Hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, sous la direction de M. Grégoire, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 113, n° 16; J. VAN DONINCK, « De taak van de appelrechter in kort geding: wijsheid achteraf », note sous Cass. 4 février 2011, RW, 2011-12, p. 866, n° 5.

⁵¹ Cass. 4 février 2011, C.10.0459.N, Pas. 2011, p. 440, JT 2011, p. 246 avec note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK. Dans le même sens, Cass. 16 juin 2011, et concl. av. gén. A. HENKES, C.10.0153.F, Pas. 2011, p. 1672.

3.3. Les astreintes

18. Un régime similaire s'applique à l'astreinte qui accompagne une mesure provisoire ordonnée en référé. L'article 1385*quater* du Code judiciaire dispose que «L'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation». Cette règle n'empêche pas que l'astreinte soit supprimée ou modifiée à l'occasion d'un appel dirigé contre la décision qui l'a prononcée, même si les conditions d'exigibilité de l'astreinte se sont entretemps réalisées⁵². Une partie qui est condamnée sous astreinte par une ordonnance de référé et ne respecte pas la condamnation peut ainsi encore échapper à l'astreinte, ou se la faire rembourser, si elle obtient gain de cause en appel de référé.

En revanche, une éventuelle décision contraire du juge du fond n'a aucun effet sur les astreintes déjà encourues en vertu d'une décision de référé. Pour l'avenir, la décision au fond met fin aux effets de la décision de référé, de sorte que l'astreinte cessera de s'accumuler. Mais pour le passé, l'astreinte courue en raison de l'infraction à la mesure ordonnée en référé reste due. Si elle a déjà été payée, elle n'est pas restituable; si elle ne l'a pas encore été, le créancier peut encore en poursuivre l'exécution⁵³. Un jugement rendu le 5 décembre 2003 par le tribunal de commerce de Gand⁵⁴ fournit une illustration parfaite de la règle, dans un cas d'école. L'affaire concerne le bail commercial d'une salle de fitness. Le bailleur, qui exploite lui-même un centre sportif dans l'immeuble, soutient que le bail implique une obligation de non-concurrence à charge du locataire et lui reproche d'avoir ouvert un second centre de fitness à proximité. Il obtient une ordonnance de référé interdisant au locataire, sous astreinte, de faire une quelconque publicité pour son second centre. Le locataire enfreint l'ordonnance et paie les astreintes. Au fond, le juge de paix puis le tribunal de commerce décident que le locataire n'était tenu

⁵² C.J. Benelux 14 avril 1983, n° A82/8, *Vanschoonbeek c. Vanschoonbeek*, et concl. av. gén. E. KRINGS, *RW* 1983-84, col. 223 et www.courbeneluxhof.be; Mons 30 juin 2014, *JLMB* 2014, p. 116 (précisant que l'appel peut être limité à l'astreinte et ne pas porter sur la condamnation principale); Bruxelles 28 octobre 2009, *JT* 2010, p. 41 (précisant que la cour d'appel peut modifier ou supprimer l'astreinte même si elle confirme la mesure principale); K. WAGNER, *Dwangsom*, *APR*, n° 113 à 116; S. BEERNAERT, «Algemene principes van het civiele kort geding», *RW* 2001-02, p. 1341, n° 34 et 35 (l'auteur réserve toutefois l'hypothèse où l'ordonnance est réformée au seul motif que l'urgence a entretemps disparu, auquel cas l'astreinte encourue resterait due).

⁵³ *Ibid.*; Cass. 24 janvier 2014, *loc. cit.*; P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 39 à 41; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2014, n° 865 et 954; ST. BRIJS, *op. cit.*, n° 42; *contra*: J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, «L'astreinte», *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 110; G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, t. I, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 620, note 32; voir aussi G. CLOSSET-MARCHAL, «L'appel de référé en question», *RCJB* 2012, p. 391, n° 34.

⁵⁴ Comm. Gand 5 décembre 2003, *TGR* 2004, p. 11.

par aucune obligation de non-concurrence. Le tribunal, toutefois, refuse d'accorder au locataire le remboursement des astreintes qu'il a payées.

3.4. Les mesures provisoires « article 19 »

19. L'octroi de mesures provisoires n'est pas l'apanage du juge des référés. Le juge du fond peut également, sur la base de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire « avant dire droit, à tout stade de la procédure, ordonner une mesure préalable destinée [...] à régler provisoirement la situation des parties ». L'utilité pratique de cette disposition s'est considérablement accrue depuis sa modification par la loi du 26 avril 2007 et l'introduction d'un mécanisme de saisine permanente du juge à cet égard, en débats succincts⁵⁵.

20. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont à notre connaissance abordé la question de la responsabilité du demandeur d'une mesure « article 19 » qui est ultérieurement réformée en appel ou contredite au fond⁵⁶.

Si la mesure est réformée en appel (et l'on sait qu'un jugement octroyant une mesure provisoire sur la base de l'article 19 est susceptible d'appel immédiat conformément à l'article 1050, alinéa 1^{er}, du Code⁵⁷), la situation est simple : l'article 1398, alinéa 2, et son régime de responsabilité objective s'appliquent si la mesure avait été déclarée exécutoire par provision⁵⁸.

L'hypothèse de la décision contraire au fond est plus complexe. À la différence de la situation examinée au paragraphe 17 ci-dessus, où le juge du fond rend une décision contraire à celle qui avait été rendue antérieurement par le juge des référés, c'est ici le même juge qui rend deux décisions successives : une première fois au provisoire sur la base d'un examen plus ou moins sommaire des droits apparents des parties, et une seconde fois au fond de manière définitive. Rien n'exclut que l'examen approfondi de l'affaire, appuyé le cas échéant sur des dossiers plus complets, le mène à une conclusion différente de celle qu'il avait d'abord retenue provisoirement. Or la raison pour laquelle, dans le cas d'une décision de référé

⁵⁵ Voir notamment H. BOULARBAH et V. PIRE, « Les débats succincts et les mesures avant dire droit », *Les lois de procédure de 2007... revisited!*, sous la direction de P. Van Orshoven et B. Maes, Bruges, La Chartre, 2009, p. 1, n° 28 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, « L'avant dire droit : champ d'application et traits de procédure », *JT* 2012, p. 96.

⁵⁶ On en trouve une brève mention chez H. BOULARBAH et V. PIRE, *op. cit.*, n° 43.

⁵⁷ Sauf quelques exceptions : voir G. CLOSSET-MARCHAL, *ex. jur.*, « Droit judiciaire privé, Les mesures d'instruction », *RCJB* 2011, p. 89, n° 49 à 51.

⁵⁸ Une mesure « art. 19 », par opposition à une ordonnance de référé, n'est pas de plein droit exécutoire par provision sauf si elle porte sur une mesure d'instruction (art. 1039, alinéa 2, 1398, alinéa 1^{er}, et 1496, C. jud.).

suivie d'une décision contraire au fond, l'on considère que les effets passés de la décision de référé ne sont pas affectés par la décision ultérieure au fond est basée sur l'idée, dégagée par la Cour de cassation dès 1930, que « l'instance en référé et celle au principal sont deux instances séparées, se mouvant sur des plans différents, et devant des juridictions différentes » et que, selon les termes du Procureur général Paul Leclercq dans ses conclusions précédant l'arrêt, « le juge au principal [...] ne peut la reviser [la décision sur référé] et dire que le juge des référés s'est trompé »⁵⁹. Cette justification n'est pas transposable telle quelle au cas de la mesure provisoire « article 19 » ultérieurement contredite par le même juge dans le cadre de la même instance. Nous pensons néanmoins que la cohérence du droit et le principe de non-discrimination exigent d'appliquer à cette hypothèse la même solution que celle qui est retenue lorsqu'une décision de référé est ultérieurement contredite au fond, c'est-à-dire que la responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2, ne joue pas, que le demandeur de la mesure provisoire ne sera responsable que si une faute de sa part est démontrée, et que les éventuelles astreintes déjà encourues restent acquises. L'on ne voit en effet pas en quoi la différence d'origine des mesures (référé ou art. 19), provisoires par nature dans chaque cas, serait pertinente pour justifier une différence de traitement quant à la responsabilité et aux astreintes qui s'ensuivent.

3.5. Propriété intellectuelle : les articles 1369bis/3 et 1369ter

21. La propriété intellectuelle est par excellence un domaine où les mesures provisoires sont susceptibles de donner lieu à un important contentieux de la responsabilité. Le président du tribunal a le pouvoir, dans le cadre d'une procédure de saisie en matière de contrefaçon, d'interdire à titre provisoire la commercialisation de marchandises prétendument contrefaites avant que la contrefaçon et la validité des droits invoqués aient été établis au fond (art. 1369bis/1 du Code judiciaire). Une telle mesure est lourde et susceptible d'entraîner des pertes considérables. La complexité technique des droits invoqués est en outre telle que leur première analyse faite au provisoire et, souvent, sans le bénéfice de la contradiction, est spécialement vulnérable à l'erreur.

L'article 1369bis/3, § 2, du Code judiciaire prévoit dès lors que :

⁵⁹ Cass. 6 février 1930, et concl. proc. gén. P. LECLERCQ, *Pas.* 1930, I, 87. Y renvoient, notamment: av. gén. A. HENKES, concl. avant Cass. 16 juin 2011, C.10.0153.F, *Pas.* 2011, p. 1672, n° 16; E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, n° 262; H. BOULARBAH e.a., *op. cit.* (« Il y a urgence! »), n° 7; H. BOULARBAH, *op. cit.* (« Variations... »), n° 2; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, *op. cit.*, n° 1.A; A. VAN OEVELEN et D. LINDEMANS, *op. cit.*, n° 1.

Dans les cas où les mesures de description ou de saisie sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du requérant, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte au droit de propriété intellectuelle en cause, le tribunal peut condamner le requérant, sur demande du défendeur, à verser à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

Une règle analogue figure à l'article 1369ter, § 3, à propos des mesures provisoires obtenues en la matière suite à une procédure en référé plutôt que par le biais d'une saisie. Ces deux articles ont été introduits dans le Code par une loi du 10 mai 2007 transposant la directive européenne 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

22. Auparavant, la question ne faisait pas l'objet de dispositions légales spécifiques et était réglée par la jurisprudence de la Cour de cassation selon les mêmes principes que lorsqu'il s'agit de mesures provisoires ordonnées en référé: une réformation suite à la tierce opposition ou à l'appel du prétendu contrefacteur entraînait l'application du régime de responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2; mais une décision au fond concluant à l'absence de contrefaçon ou à la nullité des droits invoqués avait pour seul effet la mainlevée de l'interdiction ou de la saisie et n'impliquait aucun droit à indemnisation (sauf faute, sachant que l'absence de droits du demandeur ne suffisait pas à établir celle-ci)⁶⁰.

Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques sévères de la doctrine, qui constate qu'elle « aboutit en pratique à une véritable impunité » ou rend « difficile ou illusoire » la réparation du dommage causé par une saisie s'avérant rétrospectivement injustifiée⁶¹.

23. Les nouvelles règles introduites en 2007 n'ont pas clos le débat. La faute en est à l'incohérence des travaux préparatoires. L'exposé des motifs déclare que le projet de loi visait à assurer l'indemnisation de la personne visée par la mesure « s'il est jugé qu'il n'y a pas atteinte au droit de propriété intellectuelle en cause » et que « la jurisprudence estime d'ores et déjà que la saisie en matière de contrefaçon est exécutée au risque du saisissant » (ce qui est inexact dans l'hypothèse du jugement contraire au fond)⁶². D'où controverse entre ceux (majoritaires, dont

⁶⁰ Cass. 10 septembre 2004, C.03.0136.N, *Pas.* 2004, p. 1294; Cass. 11 mars 2005, C.03.0591.N, *Pas.* 2005, p. 583; V. PEDE, « Enkele beschouwingen aangaande de aansprakelijkheid van de beslaglegger bij een onrecht beslag inzake namaak in het licht van twee recente cassatiearresten », *IRDI* 2005, p. 379.

⁶¹ Ces termes sont respectivement de F. DE VISSCHER, note sous Cass. 11 mars 2005, *AM* 2005, p. 400, n° 3, et de L. DE GRUYSE, « La Cour de cassation: gardienne des droits intellectuels? », *JT* 2007, p. 673, n° 36.

⁶² Projet de loi relatif aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2944/1, p. 66.

nous sommes) qui voient dans ces affirmations une volonté d'étendre la responsabilité objective à l'hypothèse où la mesure provisoire est ensuite contredite au fond, et ceux qui y voient une volonté de maintenir en place la jurisprudence antérieure⁶³.

La jurisprudence sur la question est limitée mais semble s'orienter vers une confirmation de la jurisprudence antérieure et rejeter l'idée d'une responsabilité objective. Un jugement du 3 novembre 2010 du tribunal de commerce de Bruxelles analyse les travaux préparatoires et en tire la conclusion que la responsabilité du demandeur en saisie-description n'est pas objective et requiert la démonstration d'une faute⁶⁴. Un autre jugement du même tribunal, rendu le 11 octobre 2013, concerne une affaire où le titulaire d'un brevet pharmaceutique ultérieurement annulé avait fait interdire en référé la commercialisation d'un médicament générique concurrent et où le fabricant du produit générique réclamait l'indemnisation de son manque à gagner. Le tribunal rejette la demande d'indemnisation sur la base d'une lecture du nouvel article 1369ter, § 3, qui lui donne une portée identique à celle de la jurisprudence antérieure: aussi longtemps que le brevet n'est pas annulé il y a une « menace d'atteinte » aux droits de son titulaire, de sorte que les conditions d'application prévues par le texte de l'article ne sont pas remplies⁶⁵.

⁶³ En faveur de la responsabilité objective (avec parfois des nuances auxquelles la présente classification binaire ne rend pas justice): F. DE VISSCHER et P. BRUWIER, *La saisie-description et sa réforme*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 215 et 216; B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 627; V. PEDE, « Schadevergoeding bij onterrecht beslag inzake namaak. Quo vadis? », *IRDI* 2010, p. 274; H. BOULARBAH, *op. cit.* (*Requête unilatérale...*), n° 942; A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 576nonies; L. VAN BUNNEN, *ex. jur.*, « Brevets d'invention », *RCJB* 2009, p. 121, n° 23; F. DE VISSCHER, « La preuve des atteintes aux droits de propriété intellectuelle – Réforme de la saisie-description », *Sanctions et procédures en droits intellectuels*, sous la direction de F. Brisson, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 43 et 44; B. VAN REEPINGHEN et L. VAN REEPINGHEN, « Les droits intellectuels renforcés: la contrefaçon en point de mire », *JT*, 2008, p. 149, n° 17.

En faveur du maintien de la responsabilité pour faute (moyennant certaines nuances également): P. CALLENS, « Gevolgen van de omzetting van de Handhavingsrichtlijn op de aansprakelijkheid van de uitvoerder van een beslag inzake namaak », *Ann.prat.comm.* 2009, p. 789, n° 14 à 21; P. CAPPUYNS, « De prima facie geldigheid van octrooien en de schorsende werking van het beroep: de recente cassatierechtspraak vergeleken met die van onze buurlanden », *RDC* 2014, p. 499, n° 61.

Voir également K. ONGENA, « Commentaar bij art. 1369bis/3 Ger.W. », *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk recht*, n° 2; O. MIGNOLET et V. CASSIERS, « Droits intellectuels – saisie-description », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 767.

⁶⁴ Comm. Bruxelles 3 novembre 2010, *IRDI* 2010, p. 474.

⁶⁵ Comm. Bruxelles 11 octobre 2013, *Novartis c. Mylan*, R.G. A/10/01478, www.ie-forum.be, réf. IEFbe 684. L'argument de texte retenu par le tribunal nous paraît faible; les termes « menace d'atteinte » proviennent directement de la directive 2004/48, où l'expression « dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle » fait suite aux dispositions qui permettent une saisie-description en cas d'allégation sérieuse par le demandeur qu'« il a été porté atteinte à

Un jugement du tribunal de commerce de Gand applique en revanche un principe de responsabilité objective: le tribunal accorde, sans examiner l'existence d'une faute, une indemnisation sur la base de l'article 1369*bis*/3, § 2, à charge du demandeur d'une saisie-description fondée sur la contrefaçon d'une marque annulée par le jugement; mais la question de la nature de la responsabilité n'avait pas été soulevée par les parties et n'est pas spécifiquement abordée par le tribunal de sorte que l'autorité du jugement sur ce point est limitée⁶⁶.

24. Les articles 1369*bis*/3, § 1^{er}, et 1369*ter*, § 2, du Code judiciaire permettent au président du tribunal d'imposer au demandeur la constitution d'une garantie comme condition d'octroi d'une mesure de saisie ou de référé en matière de propriété intellectuelle. Une telle garantie ne change rien à l'étendue de la responsabilité assumée par le demandeur. Elle ne couvre que «l'indemnisation éventuelle de tout préjudice subi par le défendeur, conformément aux dispositions du § 2» ou «du paragraphe 3», c'est-à-dire le risque d'un défaut de paiement. Le critère retenu par la jurisprudence pour exiger ou non une garantie est ainsi celui de la solvabilité du demandeur⁶⁷.

Une telle garantie n'est pas comparable au mécanisme des *cross-undertakings in damages* du droit anglais, qui consistent en un engagement de la part du demandeur d'indemniser le défendeur si la mesure octroyée s'avère ultérieurement injustifiée, notamment parce que contredite au fond⁶⁸.

3.6. Inversement: responsabilité de celui qui est visé par la mesure provisoire

25. Nous avons vu qu'une mesure provisoire ultérieurement contredite au fond n'entraîne pas *ipso facto* la responsabilité du demandeur. Les deux procédures, au provisoire et au fond, sont autonomes l'une par rapport à l'autre; une décision rendue au fond dans un sens déterminé n'implique pas que la décision provisoire en sens contraire n'aurait pas dû être prise.

son droit de propriété intellectuelle ou qu'une telle atteinte est imminente» et permettent des mesures de référé «visant à prévenir toute atteinte imminente à un droit de propriété intellectuelle» (directive 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, articles 7, par. 1 et 4, et 9, par. 1(a) et 7). La référence à une «menace d'atteinte» vise ainsi simplement l'hypothèse où la saisie ou la mesure de référé a été ordonnée à titre préventif, face à une atteinte «imminente», et pas l'incertitude quant à l'existence de la contrefaçon.

⁶⁶ Comm. Gand 13 décembre 2012, *Ing.cons.* 2012, p. 851.

⁶⁷ Bruxelles 25 mars 2013, *IRDI* 2013, p. 196.

⁶⁸ Y. HERINCKX, *op. cit.*, n° 18.

Un arrêt de la Cour de cassation daté du 8 mars 2012 pousse cette logique jusqu'à son extrême limite⁶⁹. L'espèce était curieuse: ce n'était pas la partie qui avait dû subir une mesure provisoire ensuite contredite au fond qui réclamait dédommagement, mais bien celle qui avait obtenu la mesure et avait depuis lors perdu au fond. L'importateur Citroën rompt le contrat d'un concessionnaire avec effet immédiat, vraisemblablement pour faute grave. Le concessionnaire obtient une ordonnance de référé qui impose à l'importateur de poursuivre provisoirement l'exécution du contrat. Le juge du fond décide ensuite que la rupture immédiate par l'importateur était justifiée. Le concessionnaire réclame néanmoins des dommages et intérêts en raison d'une prétendue mauvaise exécution par l'importateur de ses obligations pendant la période entre la décision de référé et la décision au fond. La cour d'appel rejette cette demande d'indemnisation au motif que, la convention ayant été valablement rompue dès l'origine, le concessionnaire ne peut plus reprocher à l'importateur de l'avoir mal exécutée. Le pourvoi soutient que l'ordonnance de référé devait être respectée aussi longtemps que la décision au fond n'en avait pas fait cesser les effets, ce qui justifiait la demande de dommages et intérêts du concessionnaire. La Cour de cassation y répond ceci:

Le non-respect de la décision de référé jusqu'à la décision contraire du juge du fond peut donner lieu à des dommages-intérêts, dans la mesure où le dommage est la conséquence spécifique de l'inexécution de la décision judiciaire de référé en tant que telle et pas du non-respect des droits allégués par le demandeur en référé, dont les prétentions ont été déclarées non fondées par le juge du fond

et rejette le pourvoi parce qu'en l'espèce la cour d'appel avait constaté que «le dommage allégué [...] était la conséquence du mode d'exécution de la concession après la date à laquelle elle avait été valablement résiliée et non de l'inexécution de la décision de référé en tant que telle».

La décision semble paradoxale: mal exécuter l'ordonnance de référé est source de responsabilité, mal exécuter le contrat ne l'est pas, mais l'ordonnance imposait précisément d'exécuter le contrat. Comment faut-il comprendre l'arrêt? Deux lectures sont possibles. La première donne à l'arrêt une portée essentiellement formelle: les plaideurs doivent être attentifs dans une situation de ce type à présenter leur dommage comme résultant de la violation de la décision de référé plutôt que de la violation des droits sous-jacents. La seconde, qui nous paraît meilleure, voit dans l'arrêt une application des mêmes principes qu'en matière de cumul de responsabilités aquilienne et contractuelle. L'on connaît la règle: la responsabilité aquilienne ne peut être invoquée que si la faute invoquée constitue un manque-

⁶⁹ Cass. 8 mars 2012, C.11.0124.N, et concl. av. gén. G. DUBRULLE, *Pas.* 2012, p. 546.

ment non seulement à l'obligation contractuelle mais aussi au devoir général de diligence et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution du contrat⁷⁰. Lorsqu'il s'agit du non-respect d'une décision de référé, l'arrêt considérerait – si notre lecture est la bonne – que la désobéissance à la décision de justice est en soi un manquement au devoir général de diligence⁷¹, de sorte que seule la deuxième condition doit encore être examinée; exiger, comme le fait la Cour dans l'arrêt du 8 mars 2012, que le dommage soit la conséquence spécifique de l'inexécution de la décision judiciaire de référé en tant que telle et pas du non-respect des droits allégués revient alors au même que d'exiger que le dommage soit autre que ce qui est dû à la mauvaise exécution du contrat.

26. Quoiqu'il en soit de la véritable portée de cet arrêt, nous en retenons aux fins de la présente contribution une nouvelle affirmation du principe que l'autorité d'une décision de référé ne disparaît pas, pour le temps déjà écoulé, en raison de la décision au fond qui contredit les apparences de droit sur lesquelles la décision provisoire était fondée. Le non-respect d'une telle décision reste susceptible dans certaines circonstances d'engager la responsabilité de celui à qui elle s'adressait, eût-il entretemps gagné au fond.

4. Mesures provisoires judiciaires et arbitrage au fond : quelles règles ?

27. Lorsqu'un tribunal arbitral est appelé à ordonner des mesures provisoires et que celles-ci s'avèrent ultérieurement injustifiées, c'est normalement le même tribunal arbitral qui traitera des éventuelles questions d'indemnisation en faisant application du nouvel article 1695 du Code judiciaire. Mais qu'en est-il lorsque, dans une affaire qui relève au fond de l'arbitrage, une mesure provisoire a été prise par le juge étatique? Le critère de responsabilité est-il celui de l'article 1695 ou celui du droit commun de la procédure judiciaire? Et de qui l'indemnisation relève-t-elle: du tribunal arbitral ou du juge étatique⁷²?

⁷⁰ H. DE PAGE et P. VAN OMMESLAGHE, *Traité*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. II, n° 813 à 820; parmi une abondante jurisprudence, Cass. 29 septembre 2006, C.03.0502.N, *Pas.* 2006, p. 1911.

⁷¹ Mais l'on a vu plus haut (n° 16 et note 46) que, dans un arrêt du 26 février 2010, la Cour de cassation a énoncé que « de la seule circonstance qu'une partie a refusé d'exécuter volontairement un jugement exécutoire par provision, il ne peut se déduire qu'elle a commis une faute ». La portée exacte de l'arrêt du 8 mars 2012 reste donc quelque peu mystérieuse.

⁷² L'analyse faite ici suppose un contexte domestique belge à tous égards. Pour une analyse de droit international privé lorsque le contexte est international, par exemple si le juge étatique n'est pas celui du lieu de l'arbitrage, voir notre contribution citée à la note 10, n° 43 à 57.

28. En ce qui concerne tout d'abord le critère de responsabilité (responsabilité objective ou responsabilité pour faute), il faut distinguer deux cas de figure.

Si la mesure provisoire judiciaire se révèle injustifiée parce qu'elle est contredite par la décision au fond du tribunal arbitral, peu importe le choix entre l'article 1695 et le droit commun: le premier est de toute manière conforme au second. Les deux régimes n'imposent de responsabilité au demandeur qu'en cas de faute de sa part; il n'y a ni dans l'un ni dans l'autre de responsabilité objective.

Mais si la mesure provisoire judiciaire est réformée par le juge judiciaire lui-même, en appel ou sur opposition, il faut à notre sens appliquer la responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2, plutôt que la responsabilité pour faute de l'article 1695. Le régime de l'article 1398, alinéa 2, est en effet intrinsèquement lié au caractère exécutoire par provision de la décision judiciaire et à l'effet rétroactif d'une réformation en cas de recours⁷³. La circonstance que le fond du litige doive ensuite être tranché par des arbitres est sans aucune pertinence à cet égard; la problématique découle entièrement de la procédure judiciaire et de ses deux ressorts.

29. Quant à la compétence, la seconde phrase de l'article 1695 prévoit que «le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure» et ceci s'applique selon nous également lorsque la mesure provisoire en question provient du juge étatique.

L'étendue de la compétence des arbitres dépend de la volonté des parties. C'est leur convention d'arbitrage, et elle seule, qui fonde la compétence du tribunal arbitral et en fixe les limites. La seconde phrase de l'article 1695 n'est dans ce contexte rien d'autre qu'une règle d'interprétation de cette convention. Déterminer si les arbitres ont le pouvoir de statuer sur l'indemnisation du dommage provoqué par une mesure provisoire judiciaire revient à interpréter la convention d'arbitrage.

En théorie rien n'empêcherait les parties de régler la question par une clause expresse de leur convention, ou par renvoi à un règlement d'arbitrage qui contiendrait une telle clause, mais en pratique ceci ne se rencontre jamais⁷⁴ et c'est donc la volonté implicite des parties qu'il faut rechercher. Les principes d'interprétation d'une convention d'arbitrage sont ceux du Code civil, avec en premier lieu la règle posée par son article 1156 selon lequel il faut «rechercher quelle a été la commune intention des parties». L'on suppose à l'occasion de cette analyse que

⁷³ L'article 20 du Code judiciaire parle de l'«anéantissement» de la décision entreprise.

⁷⁴ Le Règlement 2013 du CEPANI, en particulier, ne dit rien à cet égard. Le Règlement 2012 de la CCI prévoit la compétence du tribunal arbitral pour les questions de responsabilité résultant de mesures provisoires prises par un arbitre d'urgence (art. 29, par. 4), mais n'en dit rien non plus lorsque les mesures provisoires sont prises par un juge étatique.

les parties poursuivent leurs intérêts avec bon sens et rationalité, ce qui justifie d'adopter comme directive d'interprétation qu'«il faut dans un souci évident de sécurité juridique dans les relations d'affaires, éviter que les litiges découlant d'une même convention soient soumis pour certains à l'arbitrage et pour d'autres au juge ordinaire»⁷⁵. Il est légitime de penser que les parties ont voulu concentrer la totalité des litiges relatifs à leur convention devant un même tribunal et n'ont pas voulu que des demandes d'indemnisation relèvent de juridictions différentes selon qu'elles soient fondées directement sur une violation contractuelle ou proviennent d'une mesure provisoire obtenue – fût-ce devant un juge étatique – à propos de la même convention.

Le tribunal arbitral sera en outre généralement mieux placé pour apprécier si l'obtention de la mesure provisoire était fautive et évaluer le dommage qu'elle a provoqué. L'appréciation de la faute requerra souvent de comparer les allégations et les pièces présentées par le demandeur lors de sa demande de mesure provisoire avec la réalité des faits révélée par la décision au fond; or le tribunal arbitral viendra précisément de s'être plongé dans l'examen des faits et des preuves et pourra procéder à cette comparaison de manière beaucoup plus efficace qu'un tribunal étatique qui devrait reprendre l'examen à zéro. La familiarité du tribunal avec le dossier facilitera aussi l'évaluation du dommage. Le tribunal arbitral, enfin, pourra traiter de la question dans le cadre de la procédure arbitrale en cours, tandis que le juge étatique devrait être saisi par une nouvelle procédure. Le juge des référés n'est en effet pas compétent pour attribuer des dommages et intérêts (sauf pour procédure téméraire et vexatoire sur la base de l'article 563, alinéa 3, du Code judiciaire); même lorsque la cour d'appel réforme une ordonnance de référé et qu'il y a lieu d'appliquer l'article 1398, alinéa 2, du Code, ce n'est pas la cour d'appel statuant en référé qui peut accorder une indemnisation sur cette base⁷⁶.

Nous en déduisons que la règle d'interprétation fixée par la seconde phrase de l'article 1695 se rapporte aussi bien aux suites des mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral que de celles ordonnées par le juge étatique.

30. L'article 1695 permet au tribunal arbitral d'accorder des dommages et intérêts en raison de mesures provisoires injustifiées «à tout moment pendant la

⁷⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 172; G. KEUTGEN, «L'interprétation de la convention d'arbitrage», *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 345, n° 8. La jurisprudence affirme encore parfois qu'une convention d'arbitrage doit s'interpréter restrictivement, ce qui nous paraît inexact (Anvers 3 décembre 2012, *RDC* 2014, p. 373).

⁷⁶ Bruxelles 24 mai 2012, *Ius & Actores* 2012, p. 101, avec note critique G. DE LEVAL; Bruxelles 17 octobre 2008, *JLMB* 2010, p. 1607; H. BOULARBAH, *op. cit.* (*Requête unilatérale...*), n° 928.

procédure». Il ne faut pas en déduire que, si l'action en dommages et intérêts est introduite après la clôture de la procédure arbitrale, les juridictions ordinaires redeviendraient compétentes. Le champ de compétence respectif des deux juridictions dépend de la portée de la convention d'arbitrage et pas du moment auquel la procédure est introduite. Il n'existe pas de principe d'épuisement des conventions d'arbitrage : si plusieurs litiges successifs surgissent et qu'ils tombent chacun dans le champ de la convention d'arbitrage, ils pourront donner lieu chaque fois à une nouvelle procédure arbitrale⁷⁷. La clôture d'une procédure arbitrale dessaisit le tribunal constitué aux fins de cette procédure particulière et met fin à ses fonctions, mais n'épuise pas la convention d'arbitrage qui reste en vigueur pour le reste⁷⁸.

Une demande d'indemnisation introduite après la clôture de la procédure arbitrale ne pourra bien entendu plus être introduite devant le même tribunal arbitral, qui n'est plus en fonction. Il faudra le cas échéant entamer un nouvel arbitrage⁷⁹.

⁷⁷ De même, l'annulation d'une sentence arbitrale n'entraîne aucun effet dévolutif en faveur du tribunal étatique, qui ne peut pas se saisir du litige à la place des arbitres; une nouvelle procédure arbitrale devra le cas échéant être entamée: G.-A. DAL et G. KEUTGEN, «National Report for Belgium (2014)», *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. No. 82*, sous la direction de J. Paulsson et L. Bosman, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, § VII(2)(i); avant la loi du 24 juin 2013: D. MATRAY et F. MOREAU, «Les voies de recours contre les sentences arbitrales», *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Liège, CUP, 2002, p. 259, n° 40; H. VERBIST, «De vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgisch arbitragerecht door de Wet van 19 mei 1998», *TPR* 1999, p. 1755, n° 36; J. LINSMEAU, «L'annulation des sentences arbitrales en droit belge», *L'arbitrage, Travaux offerts au Professeur Albert Fettweis*, sous la direction de L. Matray et G. de Leval, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 91, n° 90. De même encore, l'expiration du délai d'arbitrage avant le prononcé de la sentence met fin à la mission des arbitres mais pas à la convention d'arbitrage et une nouvelle procédure arbitrale peut être mise en œuvre: B. HANOTIAU, «L'obligation pour l'arbitre de respecter les délais d'arbitrage», *JT* 1999, p. 720, n° 7.

⁷⁸ Le Code judiciaire prévoit exceptionnellement une hypothèse de réversion de la compétence arbitrale vers les tribunaux étatiques «lorsque les mêmes arbitres ne peuvent plus être réunis [en cas de] demande d'interprétation, de rectification ou de compléter la sentence» (art. 1715, § 6).

⁷⁹ C'est en ce sens uniquement qu'il faut comprendre le passage suivant des travaux préparatoires de la loi type, relatif au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des dommages et intérêts: «A concern was expressed that an application [for damages] could be made by the responding party well after the final award had been rendered. A suggestion was made that the subparagraph should make it clear that the jurisdiction only applied until the award was decided» (*Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-ninth session (Vienna, 10-14 November 2003)*, document A/CN.9/545, § 72).

5. Cohérence et opportunité ?

31. L'analyse des différents chapitres du Code judiciaire relatifs aux conséquences des mesures provisoires qui s'avèrent ultérieurement injustifiées révèle une approche cohérente, appliquée de la même manière par la jurisprudence quel que soit le type de mesure (judiciaire ou arbitrale, en référé ou sur la base de l'article 19, de droit commun ou en matière de propriété intellectuelle) et qu'il s'agisse de questions de responsabilité ou du sort des astreintes. Cette approche s'articule sur deux principes.

D'une part, un recours (appel ou opposition) contre la mesure provisoire elle-même aboutit en cas de succès à l'effacement complet des effets de la mesure: la mesure est supprimée avec effet rétroactif; si elle a dans l'intervalle fait l'objet d'une exécution provisoire qui ait entraîné un dommage, ce dommage doit automatiquement être indemnisé par le biais d'une responsabilité objective du demandeur; enfin, les astreintes éventuellement encourues sont supprimées et doivent le cas échéant être remboursées.

D'autre part, une décision au fond qui contredit la mesure provisoire, typiquement parce qu'elle ne reconnaît pas les droits apparents sur lesquels la mesure provisoire était fondée, n'affecte la mesure provisoire que pour l'avenir: tous les effets passés de la mesure sont maintenus; si son exécution a entraîné un dommage, celui-ci n'est pas indemnisable sauf démonstration d'une faute imputable au demandeur (et le simple fait que le demandeur ait perdu au fond ne démontre pas le caractère fautif de son action provisoire); les astreintes qui ont sanctionné le non-respect de la mesure provisoire jusqu'à la décision contraire au fond restent dues.

32. Les professeurs van Compernelle et de Leval ont brillamment exposé l'inopportunité de ce second principe, qu'ils qualifient d'« erroné en droit, choquant en équité, générateur de discriminations injustifiées et préjudiciable au droit d'accès au juge ». Ils recommandent d'appliquer la responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2, aussi et *a fortiori* au cas où une mesure provisoire est contredite au fond⁸⁰. Nous n'aurons pas la prétention de refaire ici leur démonstration et nous limiterons à l'illustrer à l'aide de l'exemple qui a servi d'introduction à la présente contribution (par. 2 ci-dessus).

Rappelons l'hypothèse: un litige porte sur l'application d'une clause de non-concurrence couvrant une période de douze mois après la rupture du contrat.

⁸⁰ Voir leur étude citée à la note 9, n° 2 et § C.

Le bénéficiaire de la clause obtient une mesure provisoire ordonnant à sa contrepartie, sous astreinte, de s'abstenir jusqu'à l'expiration des douze mois d'exercer des activités concurrentes. Un an plus tard le tribunal arbitral décide au fond que la clause n'était pas valable (ou qu'elle ne portait pas sur les activités visées par la mesure provisoire). Ajoutons à l'exemple que le défendeur s'est efforcé de se conformer à l'ordonnance mais n'a mis fin aux activités concurrentes en cours qu'avec quelques jours de retard, ce qui a rendu l'astreinte exigible.

Les principes dégagés ci-dessus n'accordent aucune indemnité au défendeur et permettent au demandeur de conserver l'astreinte. Ceci alors qu'il a été jugé que la clause de non-concurrence n'aurait pas dû être appliquée, que le défendeur a subi près de douze mois de manque à gagner, et que le demandeur a en fait bénéficié de l'exécution presque complète d'une clause de non-concurrence à laquelle il n'avait pas droit. Où est l'équité, et où est l'absence de préjudice au principal ?

Rajoutons encore un élément à l'exemple: le défendeur a fait appel contre l'ordonnance. Première variante: la cour d'appel statue avant les arbitres et confirme l'ordonnance; rien ne change par rapport au paragraphe précédent. Seconde variante: la sentence arbitrale est rendue avant que la cour d'appel n'ait statué. La cour est alors liée par l'autorité de chose jugée de la sentence et doit mettre à néant l'ordonnance, qui s'appuyait sur une apparence de droit entretemps jugée inexacte. La responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2, entre en jeu; le demandeur doit tenir le défendeur indemne du manque à gagner subi pendant près de douze mois et doit lui rembourser les astreintes perçues. Tout cela suite au calendrier de fixation devant la cour d'appel... Où est la prévisibilité du droit ?

33. Fondamentalement, c'est le concept même de « provisoire » qui est mis à mal par la jurisprudence actuelle. Pour qu'une mesure soit véritablement provisoire et ne porte pas préjudice au fond, il faut que le juge ou l'arbitre qui statue ultérieurement au fond puisse défaire ce qui n'a été imposé que provisoirement; il ne peut pas être tenu de reconnaître à la mesure provisoire des effets irréversibles⁸¹. Certes, la situation mise en place par la décision provisoire sera souvent irréver-

⁸¹ Comparer la jurisprudence constante du président du tribunal de l'Union européenne selon laquelle « la situation juridique créée par une ordonnance de référé doit être réversible » et « la décision prise par le juge des référés doit présenter un caractère provisoire en ce sens qu'elle ne saurait ni préjuger du sens de la future décision au fond ni la rendre illusoire en la privant d'effet utile », notamment prés. trib. UE 23 janvier 2012, T-607/11R, *Henkel*, n° 23 et 24, et prés. trib. UE 11 mars 2013, T-462/12R, *Pilkington Group*, n° 29 et 30 (pourvoi rejeté par prés. CJUE 10 septembre 2013, C-278/13P(R)). La formule est plus contraignante que celle, tout aussi constante, de la Cour de cassation selon laquelle « le juge des référés [...] ne peut rendre des décisions déclaratoires de droits ni régler définitivement la situation juridique des parties », notamment Cass. 2 mars 2012, C.11.0089.F, *Pas*, 2012, p. 490.

sible en fait et une réfection en nature ne sera pas toujours possible, mais c'est précisément pour cela qu'existent les réparations par équivalent.

En empêchant que la décision au fond entraîne automatiquement la correction des conséquences de la décision provisoire, et en particulier la réparation des dommages qu'elle a entraînés, la jurisprudence actuelle donne à certains égards un caractère définitif à des mesures censées n'être que provisoires. Le juge du fond est impuissant à remettre entièrement les choses dans l'état que commandent les droits respectifs des parties tels qu'il les détermine. Le préjudice censément provisoire subi par le défendeur reste définitivement à sa charge.

Le juge du provisoire, inversement, se voit charger d'un poids plus lourd que ce que la nature de sa tâche paraît appeler. Lorsqu'il procède à la balance des intérêts sur la base des apparences de droit, il ne peut pas compter que le juge du fond rééquilibrera plus tard cette balance en fonction de la vérité des droits. Les charges qu'il aura imposées au défendeur seront susceptibles de rester sans compensation.

34. Les professeurs van Compernelle et de Leval ont appelé la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence relative à l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire de façon à y soumettre également les mesures provisoires ultérieurement contredites au fond. Nous partageons leur souhait.

Une telle évolution prétorienne risquerait toutefois de laisser l'arbitrage à la traîne : la responsabilité pour les mesures provisoires ultérieurement contredites par une sentence arbitrale au fond resterait soumise au nouvel article 1695 du Code judiciaire, dont l'interprétation est commandée par la loi type, et ne basculerait pas simultanément vers un régime de responsabilité objective (sauf peut-être en application du principe d'égalité et de non-discrimination, voir paragraphe 35 ci-dessous). Une modification législative paraît ici souhaitable. L'article 1695 pourrait ainsi être remplacé par la formulation suivante :

L'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour les frais et dommages causés par la mesure à une autre partie à tout moment pendant la procédure.

Ceci dérogerait au choix fondamental d'aligner le droit belge de l'arbitrage sur la loi type. Mais le législateur s'est déjà autorisé certains écarts par rapport à la loi type sans que ceci n'ait soulevé de grandes objections ; en outre, un régime de responsabilité objective rapprocherait le droit belge du droit des principales places d'arbitrage⁸².

⁸² Voir la note 10.

Reste la problématique des astreintes, qui relève du droit du Benelux plutôt que du droit belge. Les conclusions du Procureur général Krings précédant l'arrêt du 14 avril 1983 de la Cour de justice Benelux⁸³ précisent expressément qu'une décision contraire au fond ne fait pas disparaître l'astreinte prononcée en référé, mais l'arrêt a une portée plus limitée. L'arrêt se limite à la question du sort de l'astreinte en cas de réformation en appel de la décision qui l'a prononcée. Il nous semble dès lors que la question n'est pas tranchée au niveau de la Cour de justice et qu'une évolution prétorienne reste possible, moyennant éventuellement une nouvelle question préjudicielle⁸⁴.

35. Le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination permettrait-il, si l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1398, alinéa 2, devait être modifiée, de modifier dans le même sens l'interprétation de l'article 1695 et de ne plus aligner la portée de cette dernière disposition sur celle de l'article 17 G de la loi type? Nous le pensons.

La coexistence d'interprétations divergentes de ces deux dispositions du Code judiciaire constituerait une différence de traitement difficile à justifier. Le cadre procédural – judiciaire dans un cas, arbitral dans l'autre – n'est pas un critère pertinent pour expliquer que la responsabilité découlant de mesures provisoires soit objective dans le premier cas et à base de faute dans le second⁸⁵. L'arbitrage n'est en effet un mode alternatif de résolution des litiges qu'en ce qui concerne la procédure. En ce qui concerne le fond, les arbitres sont tenus de statuer en droit, exactement de la même manière que les juges. La solution d'un litige qui est juridiquement exacte devant un tribunal étatique est également celle qui est juridiquement exacte devant un tribunal arbitral. Les chemins sont différents, le point d'arrivée doit en principe être le même⁸⁶. Il n'est donc pas justifiable d'appliquer,

⁸³ Voir la note 52.

⁸⁴ Une question préjudicielle devrait obligatoirement être posée si elle surgit devant la Cour de cassation; elle est facultative pour les autres juridictions (traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, art. 6, par. 2 et 3).

⁸⁵ Sans même compter la difficulté de justifier le choix d'une règle ou de l'autre dans les situations de compétence concurrente, où le fond (et donc le pouvoir de statuer sur la question de responsabilité) relève de l'arbitrage mais où les mesures provisoires peuvent avoir été ordonnées par des arbitres ou par un juge étatique.

⁸⁶ Le lecteur nous pardonnera le caractère trop absolu de la formule qui, exacte en principe, appelle des nuances – mais ceci exigerait des développements qui sortent du cadre de la présente contribution. Les praticiens, d'une part, savent à quel point les méthodes d'administration des preuves peuvent mener à des résultats radicalement différents selon qu'ils plaident devant des arbitres ou devant un tribunal national. Sur le plan théorique, d'autre part, l'on sait par exemple que les arbitres ne sont pas tenus par les règles de droit international privé qui s'imposent au juge étatique (art. 1710, § 2, du Code judiciaire), et l'on connaît le débat sur le pouvoir des arbitres d'écarter les dispositions impératives du droit applicable pour donner priorité aux dispositions contractuelles (art. 1710, § 4).

quant aux critères de responsabilité, des règles de fond différentes selon que la procédure soit arbitrale ou judiciaire.

La volonté du législateur de transposer la loi type de la CNUDCI n'est pas une justification suffisante de la différence de traitement. La Cour constitutionnelle admet, il est vrai, que la coexistence d'ordres juridiques différents (droit international, droit européen, droit national) puisse justifier l'application de règles de droits différentes selon que les catégories de personnes concernées relèvent d'un ordre ou d'un autre; ainsi, des situations soumises au droit de l'Union européenne peuvent être traitées différemment de situations purement nationales⁸⁷. Mais il ne s'agit pas de cela ici: la loi type de la CNUDCI n'est pas un instrument obligatoire de droit international. Elle a été approuvée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies qui « recommande à tous les États d'envisager d'adopter les articles révisés de la Loi type »⁸⁸. C'est une recommandation et rien de plus. Le législateur belge ne peut la mettre en œuvre qu'en se conformant à ses propres règles constitutionnelles et en particulier au principe d'égalité et de non-discrimination⁸⁹.

Si l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire devait à l'avenir être interprété dans le sens recommandé par van Compernelle et de Leval, la technique de l'interprétation conforme à la Constitution⁹⁰ imposera alors d'interpréter dans le même sens l'article 1695 du Code et d'y lire une règle de responsabilité objective, entraînant automatiquement la responsabilité du demandeur d'une mesure provisoire qui est ultérieurement contredite par une sentence arbitrale rendue au fond. Une telle interprétation s'écartera de l'intention des rédacteurs de la loi type, mais la fidélité à la Constitution doit avoir priorité sur la fidélité aux intentions de la CNUDCI. Cette interprétation permettra également de faire l'économie de la modification législative suggérée au paragraphe précédent.

⁸⁷ A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS et W. VERRIJDT, *Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique présenté au XVI^e congrès de la conférence des cours constitutionnelles européennes, Vienne 12-14 mai 2014*, www.const-court.be, n° 45 à 48.

⁸⁸ Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 4 décembre 2006, document A/RES/61/33, www.un.org.

⁸⁹ Voir par analogie, sur la nécessité de respecter ce principe lorsque le législateur transpose des directives européennes qui lui laissent une marge d'appréciation, A. ALEN e.a., *op. cit.*, n° 53; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof », *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, sous la direction de J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, Anvers, Intersentia, 2006, p. 239, n° 26. Voir également, sur la nécessité de respecter l'article 16 de la Constitution lorsque « le législateur fait usage d'une possibilité prévue par une disposition d'un traité », C.C. 16 janvier 2014, n° 3/2014, B.9.5.

⁹⁰ A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, n° 481.

6. Considérations pratiques

36. Avant de conclure, nous souhaitons encore évoquer quelques considérations pratiques à l'attention des praticiens confrontés à un dossier d'arbitrage qui appelle une mesure provisoire.

Le demandeur a le choix : il peut solliciter la mesure provisoire auprès du juge étatique ou du tribunal arbitral. S'il s'agit d'une mesure lourde, susceptible d'entraîner un préjudice significatif chez son adversaire, un facteur de choix important sera le risque de responsabilité. Ce risque n'est en effet pas le même suivant que la mesure soit ordonnée par le tribunal arbitral ou par le juge ordinaire. Dans le premier cas, il n'y a pas d'appel possible contre l'ordonnance des arbitres et, même si la sentence finale décide plus tard que le demandeur avait tort et que les apparences de droit retenues au provisoire étaient fausses, le demandeur ne devra en principe pas réparer le préjudice subi par son adversaire (sauf s'il a mené la procédure provisoire de manière fautive, par exemple en trompant les arbitres sur la réalité des faits, mais ceci est un risque évitable). Dans le second cas en revanche la décision du juge peut être entreprise devant la cour d'appel et, si celle-ci réforme la première décision, le demandeur sera automatiquement tenu d'indemniser l'autre partie.

Le défendeur, pour sa part, qui fait l'objet d'une mesure provisoire prononcée à son encontre par le juge judiciaire doit être conscient de l'utilité d'interjeter appel, même s'il a déjà entièrement exécuté la mesure en question et quitte à laisser traîner l'affaire au rôle de la cour d'appel. Certes c'est au fond et devant les arbitres que se déroulera l'essentiel de la suite de l'affaire, mais s'il obtient en fin de compte gain de cause devant les arbitres la seule manière d'obtenir avec certitude l'indemnisation du préjudice causé par la mesure provisoire sera alors de réactiver la procédure d'appel et d'obtenir un arrêt de réformation (la cour d'appel étant entretemps tenue par la décision du tribunal arbitral quant au fond et ne pouvant plus procéder à une appréciation propre des apparences de droit), qui lui permettra ensuite d'invoquer la responsabilité objective du demandeur.

Les arbitres, enfin, qui délibèrent sur une demande de mesure provisoire doivent mentalement anticiper sur la suite de la procédure et savoir ce qu'ils pourront ou ne pourront pas faire pour corriger les choses si, après examen complet de l'affaire au fond, ils veulent modifier leur analyse provisoire. Le caractère éventuellement non indemnisable du préjudice que la mesure provisoire provoquera chez le défendeur est un élément qu'ils ne doivent pas simplement ignorer.

7. Conclusion

37. Les mesures provisoires sont par nature accordées après un examen sommaire de l'affaire. L'apparence de droit retenue au provisoire peut être infirmée par la sentence arbitrale rendue au fond après meilleure analyse; les dossiers constitués après une phase de production de documents ou les auditions de témoins peuvent révéler que les faits ne sont pas tels que le tribunal arbitral ou le juge étatique le pensait lors de l'octroi de la mesure provisoire. Dans l'intervalle, la mesure provisoire peut avoir causé un dommage. Ce dommage doit-il être réparé par la partie qui a sollicité la mesure ?

Quelle que soit la configuration procédurale choisie, que la mesure provisoire ait été accordée par les arbitres ou par le juge étatique, la circonstance que la décision provisoire soit ultérieurement contredite au fond n'entraîne aucune responsabilité. Les effets que la mesure a produits dans l'intervalle ne sont pas effacés; le dommage qu'elle a éventuellement causé ne doit pas être réparé et les astreintes que son non-respect a entraîné restent dues. Cette solution est retenue tant par le nouvel article 1695 du Code judiciaire en matière d'arbitrage que par le droit commun de la procédure judiciaire et certaines règles de procédure spécifiques, notamment en matière de propriété intellectuelle (du moins, dans ce dernier cas, si l'on en croit la jurisprudence plutôt que la doctrine). Le demandeur de mesures provisoires ne sera responsable que s'il a agi fautivement. C'est au tribunal arbitral qu'il reviendra le cas échéant d'accorder des dommages et intérêts, même lorsque la mesure provisoire a été accordée par le juge étatique.

Lorsque la mesure provisoire est accordée par le juge ordinaire et est ensuite réformée en appel ou sur opposition, la solution est différente. C'est dans ce cas le régime de responsabilité objective de l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire qui s'applique. Les éventuelles astreintes encourues dans l'intervalle sont effacées. L'allocation de dommages et intérêts relève ici encore de la compétence du tribunal arbitral.

38. La non-responsabilité de principe du demandeur d'une mesure provisoire ensuite contredite au fond aboutit à des conséquences inéquitables et à une différence de traitement injustifiée selon que la mesure puisse encore être réformée sur recours ou non. Il serait souhaitable d'appliquer à tous les cas de figure la responsabilité objective actuellement réservée à l'hypothèse de la réformation.

Dans l'état actuel du droit, les plaideurs et les arbitres doivent avoir à l'esprit que le dommage provoqué par une mesure provisoire qui s'avérerait ensuite injustifiée ne sera pas nécessairement réparable.