



HAL
open science

L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et du droit koweïtien

Ali Alenezi

► To cite this version:

Ali Alenezi. L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et du droit koweïtien. Droit. Université de Lyon, 2022. Français. NNT : 2022LYSE3023 . tel-04026457

HAL Id: tel-04026457

<https://theses.hal.science/tel-04026457v1>

Submitted on 13 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



N° d'ordre NNT : 2022LYSE3023

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Opérée au sein de
L'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de droit N° 492

Discipline de doctorat : Droit
Mention : Droit privé

Soutenue publiquement le 30 août 2022 par :

Ali ALENEZI

L'EFFICACITÉ DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES DANS L'ARBITRAGE INTERNE ÉTUDE DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT KOWEÏTIEN

Directeur de thèse : Cyril NOURISSAT

Devant le jury composé de :

Monsieur ALENZI Masad

Professeur associé, Université du Koweït

Madame FERRAND Frédérique

Professeure des universités, Université Jean Moulin Lyon III

Monsieur NOURISSAT Cyril

Professeur des universités, Université Jean Moulin Lyon III, Directeur de recherche

Monsieur RACINE Jean-Baptiste

Professeur des universités, Université Paris-Panthéon Assas (Paris II), Rapporteur

Monsieur STRICKLER Yves

Professeur des universités, Université de Nice-Sophia-Antipolis, Rapporteur

Madame WEILLER Laura

Maîtresse de conférences habilitée à diriger des recherches, Aix-Marseille Université

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : LE RÉFÉRÉ ARBITRAL, UNE ALTERNATIVE EN QUÊTE DE CRÉDIBILITÉ

Titre I : Une indifférence quant au fondement de la compétence

Chapitre I : La compétence du juge des référés, une compétence juridictionnelle

Chapitre II : La compétence de l'arbitre, un fondement conventionnel

Titre II : Une différence quant à l'étendue des pouvoirs

Chapitre I : Un pouvoir issu des conditions de saisine du juge

Chapitre II : Un pouvoir issu de la mission confiée aux arbitres

PARTIE II : LE RÉFÉRÉ ARBITRAL, UNE SOLUTION EN QUÊTE D'UNE NÉCESSAIRE COMPLÉMENTARITÉ

Titre I : Un déroulement entre célérité et difficultés

Chapitre I : La célérité confrontée aux difficultés de constitution du tribunal arbitral ou à la personnalité de l'arbitre

Chapitre II : La célérité confrontée au principe du contradictoire et à la nature des mesures provisoires

Titre II : Un dénouement entre exécution spontanée et exécution forcée

Chapitre I : L'exécution spontanée des « décisions » arbitrales

Chapitre II : L'exécution forcée des sentences arbitrales

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AFA.	Règlement d'arbitrage de l'Association française
AJ Fam.	Actualité juridique : Famille (Dalloz)
AJD	Actualité juridique (Dalloz)
al.	Alinéa
APD	Archive philosophie du droit
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation française
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation français
CA.	Cour d'appel
Cah. arb.	Cahiers de l'arbitrage
Cass.	Cour de cassation
Cass. F.	Cour de cassation française
Cass. K.	Cour de cassation koweïtienne
CE.	Conseil d'État français
CEDH.	Convention européenne des droits de l'homme
CCI.	Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale
Ch. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation koweïtienne
C.N.U.D.C.I	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
CPC	Code de procédure civile
CPCF	Code de procédure civile français
CPCCK	Code de procédure civile koweïtien
CPK	Code de la preuve koweïtienne
CPCÉ	Code de procédure civile égyptien
Civ. 1 ^{ère} .	Première chambre civile
Civ. 2 ^{ème} .	Deuxième chambre civile
Civ. 3 ^{ème} .	Troisième chambre civile
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Com. K.	Chambre commerciale de la Cour de cassation koweïtienne
Comm.	Commissaire ou commission
D.	Dalloz
DA	Droit administratif (LexisNexis)

Doct.	Doctrine
éd.	Édition
esp.	Espèce
etc.	<i>Et cetera</i>
Fasc.	Fascicule
F.	français(e)
<i>Gas. pal.</i>	Gazette du Palais
ICDR	Règlement du Centre International de Résolution des Différends
Ibidem.	Au même endroit
<i>In</i>	Dans
<i>J. Cl.</i>	Répertoire de JurisClasseur (Encyclopédies)
JCP	Semaine Juridique Juris-Classeur périodique (LexisNexis)
JCP N	Juris-Classeur périodique, édition notariale
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
JDI clunet.	Journal du droit international
LGDJ	librairie générale de droit et de jurisprudence
K.	Koweïtien(ne)
LPA	Les Petites Affiches (Lextenso)
n°	Numéro
obs.	Observation
préc.	Précité
Procédures	Revue Procédures (LexisNexis)
Puf.	Presse Universitaire de France
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDF	Revue de droit fiscal (DF avant 1998)
RDP.	Revue de droit public
RDJS	Revue des Juristes de Sciences
Rev.	Revue
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé (Dalloz)
Rev. Jurisp. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RIDC	Revue internationale du droit comparé
RDIDA	Revue de droit international d'Assas

RRJ	Revue de la recherche juridique (PUAM)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
RJO	Revue juridique de l'ouest
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)
s.	Suivant
S.	Recueil Sirey
sem.	Semestre
SCC	Règlement de la Chambre de commerce de Stockholm
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation français
synt.	Synthèse
t.	Titre
TGI.	Tribunal de Grande Instance
TF.	Tribunal fédéral suisse

À mes parents
À mon épouse

INTRODUCTION

« L'idée de justice ne se réalise pas seulement dans la sagesse des décisions juridictionnelles ; elle s'exprime aussi dans leur rapidité et leur effectivité. Pour répondre aux besoins des justiciables las d'attendre trop longtemps des décisions qui, intervenues trop tard, sont dépourvues d'intérêt, le législateur moderne a tracé les voies procédurales d'une justice expéditive destinée à évacuer rapidement les affaires simples, à préparer l'instruction et le jugement des affaires plus complexes, voire à prendre des mesures nécessitant l'examen de questions délicates mais que l'urgence ne permet pas de différer [...] »¹.

Communication de M. Vincent DELAPORTE lors des Travaux du Comité français de droit international privé en 1987- 1988.

1. Définition générale de l'arbitrage. L'arbitrage est généralement considéré comme une justice privée, alternative à la justice étatique, dont les représentants sont des arbitres érigés en véritables juges qui rendent des « décisions »² ayant l'autorité de la chose jugée³.

2. Définition française et koweïtienne de l'arbitrage. En droit français, l'arbitrage peut se définir comme un « mode non étatique de règlement des litiges dans lequel les parties confient le soin de trancher leur différend à des personnes privées »⁴. Il peut également se

¹ V. DELAPORTE, *Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé*, Trav. Com. fr. DIP 1986-1988, p.147.

² À cet égard, l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, rend soit une ordonnance, soit une sentence. Cependant, nous utilisons parfois le terme de « décision arbitrale » pour faire référence aux jugements arbitraux sans précision la forme de ce jugement. Ainsi, lorsque nous utilisons dans cette étude le terme de décision arbitrale, nous faisons uniquement référence au jugement de l'arbitre peu importe sa forme, qu'il s'agisse d'une sentence ou d'une ordonnance.

³ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil, Synt.*, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence », 2020, n° 1 s. ; En ce sens v. également : de même auteur, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique, distinction avec d'autres institutions, avantages et inconvénients », 2013, n° 1.

⁴ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2019, p.43. Pour d'autres définitions v. aussi en ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016, p.80.

définir comme un « jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention »⁵.

De la même manière, en droit koweïtien, l'arbitrage s'entend comme un système de justice privée, organisée par la loi, permettant aux parties de trancher leur litige grâce à l'intervention des arbitres⁶.

3. L'origine historique de l'arbitrage. Les études historiques menées en France et au Koweït affirment que l'arbitrage a une origine ancienne mais que les contours précis de cette origine sont inconnus. Ainsi, « il semblerait qu'à toutes époques et dans toutes civilisations, les hommes aient ressenti le besoin de confier leurs litiges à des juges privés en marge de la justice officielle du souverain »⁷. À cet égard, l'arbitrage était par exemple connu en Mésopotamie dans le cadre des affaires commerciales et des successions⁸. Ainsi, dès le XIX^{ème} siècle avant Jésus Christ., il apparaît que les litiges en droit commercial et en droit des successions pouvaient déjà être tranchés par des juges choisis par les parties⁹.

4. Dans la Grèce antique, les philosophes grecs tels qu'Aristote et Platon s'intéressaient également à l'arbitrage comme un mode alternatif de résolution des litiges¹⁰. Cependant, la première loi sur l'arbitrage n'a été édictée qu'à l'époque du droit classique grec à Athènes, en 403 ou 402 avant Jésus Christ¹¹. À cette époque, les parties étaient libres de choisir leur arbitre en lui donnant le pouvoir de juger n'importe quel litige. La décision arbitrale, c'est-à-dire la sentence, bénéficiait également dans le droit classique grec de l'autorité de la chose jugée¹².

5. Cependant, l'arbitrage a pu totalement prendre vie sous l'empire du droit romain. Ainsi, les termes d'arbitre, de sentence, de clause compromissoire et de compromis sont apparus à Rome¹³. En effet, il est considéré par certains auteurs français que le régime de compromis

⁵ O. POMIÈS, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, 2011, p.31.

⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage koweïtien, Étude comparative avec la France après la réforme du 2011*, 2^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2012, p.14.

⁷ É. LOQUIN, *J. Cl. Civile*, Fasc. 1010, « ARBITRAGE. – Aperçu historique. – Aperçu de droit comparé », 2013, n° 1.

⁸ S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000, p.557 s.

⁹ S. ALNAHY, « Commentaires sur l'ancien droit irakien », *Revue sumérien*, t. I, 2, 1949, p.32 s. ; A. SHOQRY, « La civilisation arabe ancienne », *Revue de la tradition arabe*, t. I, année 1, 1979, p.46 s. Disponibles sur : https://archive.org/details/sumer_201609/sumer01/page/n33/mode/2up, consulté le 10 mars 2021.

¹⁰ J. VELISSAROPOULOS-KAKAROSTAS, « L'arbitrage dans la Grèce antique, époque archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000, p.9.

¹¹ É. LOQUIN, Fasc. 1010, « ARBITRAGE. – Aperçu historique... », préc, n° 4.

¹² J. VELISSAROPOULOS-KAKAROSTAS, *op. cit.*, p.19 s.

¹³ B. de LOYNES de FUMICHON, M. IMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003, p.26 s.

qui est pratiqué aujourd'hui, trouve « ses racines dans le droit romain »¹⁴. À cet égard, il faut noter que le régime de l'arbitrage tel qu'organisé en droit romain a été repris dans l'Empire byzantin¹⁵.

6. À l'époque médiévale, l'arbitrage a connu une belle vivacité, il permettait alors aux parties à un litige d'éviter la complexité des juridictions étatiques ordinaires¹⁶. En effet, il était particulièrement utilisé dans le domaine ecclésiastique où il avait pour but de « trancher un litige dans l'amour du prochain »¹⁷. De plus, l'arbitrage se retrouvait également, à l'époque, dans le milieu des commerçants dans lequel il était considéré comme la voie de justice principale au détriment de la justice étatique qui s'avérait trop complexe¹⁸.

7. **L'origine de l'arbitrage en France et au Koweït.** Selon la doctrine française, « une forme d'âge d'or »¹⁹ de l'arbitrage a été connue au moment de la Révolution française. En ce sens, la loi des 16 et 24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire invitait les citoyens à recourir à l'arbitrage en déclarant que « l'arbitrage était le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, [et que] les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis »²⁰.

8. En France, au XIX^{ème} siècle et dans l'ancien Code de procédure civile français (CPCF) de 1806, l'arbitrage était organisé aux articles 1003 et 1028 sous un titre unique s'intitulant « des arbitrages »²¹. Cependant, la doctrine française affirme que même avec ces deux dispositions, les magistrats restaient à cette époque les seuls à devoir appliquer les lois²². Ainsi, c'est plus tard, au XX^{ème} siècle et après la Première Guerre mondiale, que l'arbitrage a véritablement commencé à apparaître comme un mode alternatif de résolution des litiges, grâce à l'évolution de la jurisprudence française²³, et à la création de la Cour d'arbitrage de la

¹⁴ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, 1^{ère} éd., 2016, p.20. ; É. LOQUIN, Fasc. 1010, « ARBITRAGE. – Aperçu historique... », préc, n° 5.

¹⁵ D. PAPADAYOU, « L'arbitrage byzantin », *Rev. arb.*, 2000, p.349.

¹⁶ Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle », *Rev. arb.*, 1999, p.417.

¹⁷ Y. JEANCLOS, *op. cit.*, p.437.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*

²⁰ C. JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique du XVIIe au XIXe siècle », *Rev. Arb.*, 2005, p.3.

²¹ É. LOQUIN, Fasc. 1010, « ARBITRAGE. – Aperçu historique... », préc, n° 25.

²² J.-J. CLÈRE, « L'arbitrage révolutionnaire, apogée et déclin d'une institution », *Rev. arb.*, 1981, p. 37.

²³ C. JALLAMION, « La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2015, p.739 s.

Chambre de commerce internationale en 1923²⁴. Le CPCF de 1806, avec ses deux dispositions, fût applicable jusqu'aux réformes opérées par les lois du 5 juillet 1972 et du 9 juillet 1975. À cet égard, ces deux dernières lois n'ont ajouté au droit de l'arbitrage que les articles 2059 et 2060 du Code civil, et qui sont « à peu de choses près, la copie des anciens articles 1003 et 1004²⁵ du Code de procédure civile » de 1806²⁶.

9. Par la suite, le décret numéro 80-354 du 14 mai 1980 organisa l'arbitrage interne jusqu'en 2011. Toutefois, l'article 2061 du CPCF²⁷ fut modifié par la loi du 15 mai 2001 qui a réhabilité la clause compromissoire²⁸. Puis, le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 a bouleversé un pan considérable du droit de l'arbitrage en conférant un plus large pouvoir aux arbitres français en droit interne ainsi qu'international²⁹. Également, la loi numéro 2016-1547 du 18 novembre 2016 a ajouté une évolution fondamentale par l'article 2061 qui est lié aux clauses compromissoires en droit interne³⁰. Enfin, en 2019 plusieurs décrets et lois conféraient à l'arbitrage u 19-222 de programmation 2018-2020 et de réforme pour la justice, a reconnu un cadre général réglemant les plateformes d'arbitrage en litige³¹, et les décrets numéro 2019-1419 et 2019-912 ont simplifié les procédures de l'intervention du juge d'appui dans la mission arbitrale³².

10. Quant au Koweït, les études historiques affirment que l'arbitrage a préexisté à la Charia³³. Au demeurant, l'arbitrage était prévu par certaines dispositions avant même

²⁴ En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.21.

²⁵ L'ancien article 1004 du CPCF prévoyait que « lorsque la déclaration du pourvoi ne contient pas l'énoncé, même sommaire, des moyens de cassation invoqués contre la décision attaquée, le demandeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, faire parvenir au greffe de la Cour de cassation, au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la déclaration, un mémoire contenant cet énoncé ».

²⁶ É. LOQUIN, Fasc. 1010, « ARBITRAGE. – Aperçu historique... », préc, n° 35.

²⁷ En France, cet article a été modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Il dispose que « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

²⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁹ En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1010, « ARBITRAGE. – Aperçu historique... », préc, n° 62 s.

³⁰ L'article 2061 dispose que « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

³¹ Selon le professeur Thomas CLAY, cette disposition fait évoluer la nature de l'arbitrage puisqu'aucune disposition dans le Code civil ou d'autre code traitait du rôle des outils numériques en matière d'arbitrage. En ce sens v. : Th. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2021, p.10 s.

³² *Ibidem*.

³³ La Charia est la loi islamique, dont la source principale est le Coran. En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.182. ; A. HISHAM, A. ABOMOHAMMED, t. I, *La biographie du prophète*, Dar Al-Rayan de patrimoine, 1987, p.164.

l'émergence de la Constitution koweïtienne de 1962³⁴. En effet, le décret de 1959 relatif à l'organisation des juridictions judiciaires donnait déjà compétence aux juges étatiques pour arbitrer les litiges existants entre les individus³⁵. Cependant, le Code de procédure civile koweïtien (CPCCK) adopté en 1960, a consacré pour la première fois les règles relatives à l'arbitrage exercé cette fois-ci par les arbitres³⁶. Ensuite, le décret numéro 3 de 1971, en abrogeant le CPCCK adopté en 1960, a réorganisé l'arbitrage notamment avec l'article 264 au CPCCK³⁷. L'ensemble de ces règles est finalement resté inchangé jusqu'à l'entrée en vigueur du CPCCK de 1980, qui a à nouveau réorganisé les règles relatives à l'arbitrage aux articles 173 à 188. Ainsi, le CPCCK de l'année 1980 demeure toujours en vigueur et reste inchangé.

11. Une saisine par une clause compromissoire ou un compromis. En droits français et koweïtien, les litigants ne peuvent pas saisir une institution arbitrale sauf s'ils remplissent des conditions préalables. En effet, ces conditions se caractérisent par la forme de la convention d'arbitrage. En ce sens, les justiciables peuvent, en droit français, recourir aux arbitres par leur volonté, soit en insérant une clause compromissoire dans le contrat qui se définit comme une « convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats », soit par le compromis, c'est-à-dire une « convention par laquelle les parties à un litige déjà né soumettent celui-ci à l'arbitrage »³⁸. Ces définitions ont été reprises implicitement par le législateur koweïtien qui, à l'article 173 alinéa 1 du Code de procédure civile koweïtien (CPCCK), prévoit qu' « il est possible de conclure une convention d'arbitrage pour un litige donné ou pour un différend pouvant naître de l'exécution d'un contrat »³⁹. Autrement dit, le droit koweïtien envisage, au visa d'un même article, la clause compromissoire et le compromis⁴⁰.

12. La distinction entre l'arbitrage et d'autres modes de résolution des litiges. En droits français et koweïtien, pour ne pas confondre l'arbitrage avec les autres institutions

³⁴ A. ALTABTABAEI, *Le régime constitutionnel au Koweït, étude comparative*, 5^{ème} éd., 2009, p.21 s.

³⁵ A. ALREMH, *La décision de l'arbitrage conformément au Code de procédures civiles et commercial, au code de l'arbitrage judiciaire, « étude comparative en droit koweïtien, en droit égyptien et en Charia »*, 2^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2009, p.22.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ L'ancien art. 264 du CPCCK concernait l'exécution des décisions des juridictions étatiques.

³⁸ Art. 1442 du Code des procédures françaises (CPCF).

³⁹ تنص المادة ١٧٣ فقرة ١ من قانون المرافعات الكويتي على انه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين".

⁴⁰ La doctrine koweïtienne affirme que cet article (173 al.1 du CPCCK) comporte les deux types de convention d'arbitrage. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.107 s.

similaires, l'arbitrage doit être distingué de l'expertise⁴¹, de la conciliation⁴², de la transaction⁴³ ou de la médiation⁴⁴.

13. En droit français, le juge étatique n'est pas tenu de qualifier de la même manière que les parties la mission conférée au tiers intervenant dans le cadre d'une institution (conciliation, médiation ou autre) ou sur le fondement d'un contrat⁴⁵. En effet, il a été jugé le 31 mars 1862 que la qualification du mode de résolution du litige ne dépend pas des termes employés par les parties d'un contrat mais de la nature de la mission conférée à ce tiers⁴⁶. De la même manière, cette solution a été réaffirmée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 26 octobre 1976, lorsqu'elle a jugé que « la qualité des tiers chargés d'une mission par les parties à un contrat ne saurait dépendre des termes employés par celles-ci, mais ressort de la nature de la mission à eux confiée ; qu'il appartenait donc aux juges du fond d'apprécier souverainement si la mission des personnes désignées par la convention comme experts ou membres d'une commission arbitrale consistait à fixer, en tant que mandataires des parties des valeurs destinées à s'incorporer à un contrat de partage, qui n'était soumis pour sa validité à aucune forme particulière, ou à régler, en tant qu'arbitres, un litige né ou à naître »⁴⁷.

14. En droit koweïtien, la jurisprudence prend implicitement le même chemin que la jurisprudence française. Toutefois, il faut noter que la jurisprudence koweïtienne ne donne pas de règle générale, comme la jurisprudence française, qui permet au juge étatique de distinguer le contrat ou l'institution propre à l'arbitrage, quelle que soit la qualification des parties. A cet égard, la Cour de cassation koweïtienne distingue la nature de l'institution ou du contrat selon chaque affaire portée devant elle. Par exemple, elle distingue l'arbitrage et la médiation selon

⁴¹ L'expertise peut se définir comme une « procédure de recours à un technicien consistant à demander à un spécialiste, dans les cas où le recours à des contestations ou à une consultation ne permettrait pas d'obtenir les renseignements nécessaires, d'éclairer le tribunal sur certains aspects du procès nécessitant l'avis d'un homme de l'art ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.487 s.

⁴² La conciliation est définie comme un « acte de procédure par lequel le demandeur expose ses chefs de demande et les raisons de fait et de droit invoquées à leur soutien, [...] par le dépôt des conclusions que le débat est lié. Le juge a l'obligation de répondre à tous les chefs des conclusions ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.244.

⁴³ La transaction est définie comme un « contrat par lequel les parties mettent fin à un litige ou l'évitent en se consentant des concessions réciproques ». À cet égard : R. CABRILLAC, *op. cit.*, p.506.

⁴⁴ La médiation est « l'intervention d'un tiers qui propose une solution pour régler à l'amiable un différend ». En ce sens : R. CABRILLAC, *op. cit.*, p.340.

⁴⁵ Ch. JARROSSON, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p.5.

⁴⁶ Arrêt cité par : É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », *préc.*, n° 52.

⁴⁷ Cass. Civ. 1^{re}., 26 octobre 1976, *Rev. arb.*, 1977, p.336, obs. B. OPPETIT.

les éléments propres à chacune de ces deux institutions⁴⁸. Ainsi, la manière de distinguer l'arbitrage d'autres institutions est similaire en France et au Koweït, à la différence qu'il n'existe pas au Koweït de règle générale qui permet au juge étatique d'éviter les qualifications des parties⁴⁹.

15. Nature juridique de l'arbitrage. En France et au Koweït, la possibilité de confondre l'arbitrage avec les autres modes voisins de résolution des litiges ne fait pas l'objet d'un débat comme c'est le cas concernant la nature juridique de l'arbitrage lui-même. En effet, il existe en France comme au Koweït, plusieurs théories sur la nature de l'arbitrage, notamment concernant sa nature juridictionnelle, conventionnelle ou mixte.

16. Dimension juridictionnelle. S'agissant des partisans de la thèse juridictionnelle, nommés aussi les « décisionnistes »⁵⁰, une partie de la doctrine française et l'unanimité de la doctrine koweïtienne affirment que l'arbitrage relève d'une nature juridictionnelle. Les « décisionnistes » considèrent en effet que l'arbitre est un juge privé, il tranche les litiges en rendant une véritable sentence qui a automatiquement l'autorité de la chose jugée⁵¹. Ainsi, les « décisionnistes » français et koweïtiens estiment que l'arbitrage englobe tous les éléments de la fonction de juger, à l'exception de la force exécutoire⁵². La convention d'arbitrage qui est « abandonnée à la volonté des parties, met simplement en mouvement l'institution qui, dès ce moment, se développe de sa vie propre »⁵³.

17. Dimension contractuelle. Une autre partie de la doctrine française est plutôt partisane de la nature conventionnelle de l'arbitrage. Au Koweït, aucun courant doctrinal ne se positionne en faveur de cette nature. Les professionnels du droit français favorisant cette théorie

⁴⁸ Cass. Com. 15 février 2011, n° 155/2010. ; Cass. Civ., 17 juin 1974, n° 6/1974. ; Cass. Civ., 24 octobre 2005, n° 683/2004. ; Cass. Com., 5 mars 1986, n° 146/1985. ; Cass. Com., 9 décembre 1991, n° 34/1990. ; Cass. Com., 1 février 1990, n° 441/1998. ; Cass. Civ., 13 février 2006, n° 511/2004. ; Cass. Civ., 23 avril 2008, n° 257/2007. ; Cass. Civ., 20 décembre 2010, n° 463/2010. Cass. Com., 11 mai 2002, 668/2001. ; CA. com. 13 novembre 2000, n° 1322/2000. ; CA. civ. K., 8 mars 1978, n° 28/1976. ; Cass. Civ. K., 20 octobre 1986, n° 55/1986.

⁴⁹ En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.22 s. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage privé en droit koweïtien, égyptien, français*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2016, p.42 s.

⁵⁰ H. MOTULSKY, *La nature juridique de l'arbitrage prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer*, in *Écrits*, t. II, Dalloz, 1974.

⁵¹ En ce sens : Ch. SERAGLINI, *J. Cl. Droit international, Synt.*, « Arbitrage international : notions », 2020, n° 5. ; É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 42. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.38 s. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.40.

⁵² E. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *Traité de procédure civile*, t. V, Sirey, 3^{ème} éd., 1936, n° 1821. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.38 s.

⁵³ P. PILLET, J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI, Sirey, 1924, suppl., 1928, p.970.

de la nature contractuelle de l'arbitrage sont nommés les « contractualistes »⁵⁴. Ils pensent que l'arbitrage relève d'une nature purement conventionnelle⁵⁵ et affirment que, grâce à la dimension volontaire de l'arbitrage, ce dernier consiste avant tout en une convention par laquelle « les parties s'accordent pour soustraire leur litige à la connaissance de la justice étatique et donner mission à un ou plusieurs arbitres (le tribunal arbitral) de le trancher »⁵⁶. Ainsi, c'est la raison pour laquelle les « contractualistes » rejette l'« arbitrage forcé » qui oblige l'arbitre à suivre les mêmes règles que celles existant devant le juge étatique⁵⁷.

18. Double dimension : nature mixte de l'arbitrage. En France, « un grand débat a longtemps animé la doctrine sur la question de la nature contractuelle ou juridictionnelle de l'arbitrage. Aujourd'hui, on s'accorde pour retenir une conception dualiste de l'arbitrage : l'arbitrage est un mécanisme d'une nature particulière, à la fois contractuel et juridictionnel, l'arbitre exerçant une véritable mission juridictionnelle qui a une origine conventionnelle »⁵⁸. Comme le dit aussi Henri MOTULSKY, « les trois composantes de l'arbitrage, justice, caractère privé, origine contractuelle, donne ensemble sa physionomie à l'institution ; quoi que l'on ait dit, il s'agit bien d'un corps composé, et c'est à propos de chacune de ses manifestations, qu'il y a lieu de se demander à laquelle des composantes il faut, en l'occurrence, reconnaître la primauté »⁵⁹. Ainsi, même si l'arbitrage a un caractère mi- juridictionnel, il implique toujours un élément contractuel, c'est-à-dire « une base conventionnelle »⁶⁰. Selon les définitions française et koweïtienne de l'arbitrage, l'arbitrage est ainsi une justice tranchant les litiges sur l'appui d'une base conventionnelle permettant à l'arbitre de rendre une sentence « juridictionnelle ».

⁵⁴ H. MOTULSKY, *op. cit.*

⁵⁵ Notamment : M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, t. II, Marescq, 4^{ème} éd., 1866, n° 424. ; C. AUDRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, Marchal et Billard, 5^{ème} éd., 1922, § 769 ter, p.508. ; A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, t. III, Sirey, 9^{ème} éd., 1925, p.324. ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. III, Dalloz, 2^{ème} éd., 1952, n° 332 s.

⁵⁶ Ch. SERAGLINI, « Arbitrage international : notions », préc., n° 3.

⁵⁷ *Infra* :

⁵⁸ Ch. SERAGLINI, « Arbitrage international : notions », préc., n° 6. ; É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 47.

⁵⁹ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p.5. En ce sens v. aussi : V. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique*, LGDJ, 1965.

⁶⁰ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *RID comp*, 1997, 49-2, p.315.

19. La nature de l'arbitrage selon les jurisprudences française et koweïtienne. En droits français et koweïtien, les solutions retenues quant à la nature de l'arbitrage par les jurisprudences de ces deux pays sont variées.

20. Concernant la jurisprudence française, elle « semble adopter la thèse contractuelle [de la nature de l'arbitrage] »⁶¹. En effet, selon les contractualistes, l'arbitrage est une justice privée. C'est donc la raison pour laquelle la volonté des parties domine d'une manière naturelle dans la convention instituant l'arbitrage⁶². Selon les partisans de cette doctrine, l'arbitre traitant le litige arbitral est investi en vertu du principe d'autonomie. La sentence qu'il rend puise sa valeur juridique de la convention d'arbitrage elle-même. A cet égard, plusieurs auteurs français affirment que la dimension contractuelle défendue par cette partie de la doctrine repose sur l'arrêt *Roses* rendu en 1937⁶³. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré dans cette affaire que « les sentences qui ont pour base un compromis font corps avec lui [l'arbitrage] et participent de son caractère conventionnel »⁶⁴. Ainsi, il résulte de cette décision que l'arbitre n'est compétent qu'à la condition qu'il soit expressément mandaté par les parties, mais également que la force exécutoire de la sentence arbitrale relève de la volonté des parties à l'arbitrage⁶⁵. Ainsi, il est considéré en France que l'arrêt *Roses* « fixe définitivement la jurisprudence par un attendu devenu formule classique dans les arrêts postérieurs »⁶⁶.

21. S'agissant de la jurisprudence koweïtienne, il nous semble que la solution qu'elle retient est différente et plus claire de celle retenue par la jurisprudence française. En effet, la Cour de cassation koweïtienne a affirmé le 20 décembre 2010 que « l'arbitrage est un mode exceptionnel de règlement des différends qui repose sur la volonté de sortir des voies ordinaires de la justice étatique. Mais, même s'il se fonde sur les règles énoncées par la loi [(composante juridictionnelle)], qui lui permet d'exclure la compétence du juge étatique, il s'appuie directement sur une base conventionnelle qui est ici la convention d'arbitrage »⁶⁷. Partant, la

⁶¹ É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 45.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Arbitrage en droit interne, 2017, n° 20.

⁶⁴ Cass. req., 17 juillet 1937, *D.*, 1938, jurispr. p.25.

⁶⁵ J. GARSONNET et Ch. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de la procédure civile et commerciale*, t. VIII, § 3042.

⁶⁶ É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc. ; À cet égard : M. FRIOCOURT, « Arbitrage et propriété intellectuelle », *APD*, t. 52, 2009, p.273.

⁶⁷ Cass. Civ., 20 décembre 2010, 461/2010.

jurisprudence koweïtienne prend position au profit de la thèse dualiste de l'arbitrage, contrairement à la jurisprudence française.

22. La nature de l'arbitrage selon les législateurs français et koweïtien. En France comme au Koweït, même si les solutions retenues par la jurisprudence et la doctrine concernant la nature de l'arbitrage sont variées, les législateurs français et koweïtien s'accordent *in fine* implicitement sur une seule position.

En droit français, depuis le décret du 14 mai 1980⁶⁸, le législateur adopte la thèse dualiste de la nature de l'arbitrage. Le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 a maintenu « la nature hybride de l'arbitrage en divisant le titre 1er du livre IV du Code de procédure civile en six chapitres : la convention d'arbitrage – le tribunal arbitral – l'instance arbitrale – la sentence arbitrale – l'*exequatur* et enfin les voies de recours »⁶⁹. Toutefois, il faut noter que ce décret renforce la composante juridictionnelle de l'arbitrage en conférant certains pouvoirs au tribunal arbitral⁷⁰. Par ailleurs, il faut également préciser que les décrets bouleversant le CPCF en 2019, notamment le décret numéro 2019-1333 du 11 décembre 2019 relatif à la création du tribunal judiciaire, ne changent pas la nature hybride de l'arbitrage, puisque ces décrets ne concernent que l'organisation juridictionnelle des tribunaux étatiques.

23. Au Koweït, même si la doctrine est favorable à la théorie de la nature juridictionnelle de l'arbitrage⁷¹, nous pensons que le législateur koweïtien, à l'instar du législateur français, consacre la nature hybride de l'arbitrage. A ce titre, toutes les manifestations de la nature dualiste de l'arbitrage, tel qu'apparaissant dans le CPCF et consacrées par le législateur français, existent également dans le CPCR. Il est sur ce point important de préciser que la différence principale entre le CPCR et le CPCF réside dans la manière de catégoriser les pouvoirs du tribunal arbitral. En effet, le CPCR regroupe dans un seul chapitre les contenus, classés en titres, relatifs à la convention d'arbitrage, au tribunal arbitral, à l'instance arbitrale, à la sentence arbitrale, à l'*exequatur* et aux voies de recours. Ce chapitre est codifié aux articles

⁶⁸ Le Doyen G. CORNU affirme que « l'arbitrage est un mode à la fois conventionnel et juridictionnel de solution des litiges. Dans ses titres, dans sa terminologie et maintes dispositions, le décret du 14 mai 1980 consacre comme étant l'essence de l'arbitrage cette dualité dont la justice arbitrale tire son originalité relativement à la justice étatique ». En ce sens : G. CORNU, « La réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1980, p.583.

⁶⁹ É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 50. ;

⁷⁰ *Infra* :

⁷¹ K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.* ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.38 s. ; A. ABOALWAFI, *L'amiable compositeur et l'arbitrage forcé*, 3^{ème} éd., Monshaat Almaaref, 1978, p.20 s. ; A. HASHISH, *La nature de la mission arbitrale*, Dar Alfeker Aljamey, 2000, p.110.

173 à 188 du CPCPK. En France, ces différentes questions font l'objet de 6 chapitres différents dans le CPCF.

24. Dualisme de l'arbitrage en droits français et koweïtien. En droits français et koweïtien, l'arbitrage, qu'il soit envisagé au niveau interne ou international, bénéficie *a priori* d'une nature dualiste pour les législateurs de ces deux pays. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine des deux États peuvent parfois retenir des solutions plus variées. La différence entre les régimes interne et international de l'arbitrage « ne joue pas sur la qualification de l'institution elle-même : la notion de l'arbitrage est la même que celui-ci soit interne ou international »⁷². Cependant, il convient de noter qu'il existe plusieurs formes d'arbitrage, ce qui pourrait *a priori* induire une forme de confusion avec la notion d'arbitrage telle que nous souhaiter la développer dans notre thèse.

25. En France et au Koweït, pour schématiser, il existe deux formes principales d'arbitrage, que celui-ci soit interne ou international : l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*⁷³. D'une part, l'arbitrage institutionnel peut être défini « comme celui que les parties décident de placer sous l'égide d'une institution d'arbitrage »⁷⁴. L'institution d'arbitrage organise donc, selon son règlement, les pouvoirs et les devoirs de l'arbitre, et les principes ou les règles gouvernant les procédures arbitrales⁷⁵. D'autre part, l'arbitrage *ad hoc* peut, au contraire, se définir comme celui qui « n'est organisé par aucune structure préexistante »⁷⁶, et qui « [implique uniquement] les parties et les arbitres qui bénéficient donc de la plus grande liberté dans l'organisation de l'arbitrage »⁷⁷.

26. Délimitation de l'étude. Notre étude portant sur deux États, il convient de limiter notre sujet au seul arbitrage interne. En effet, qu'il soit institutionnel ou *ad hoc*, l'arbitrage

⁷² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.38. ; A. ABOALWAFI, *Le contrat d'arbitrage*, Dad Almatbiat Aljamyeh, 2009, p.46 s.

⁷³ É. LOQUIN, *J. Cl. International*, Fasc. 720 « Arbitrage commercial international, notion », 2015, n° 37 s. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p. 29.

⁷⁴ Ch. SERAGLINI, « Arbitrage international : notions », préc., n° 13. En ce sens ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*

⁷⁵ É. LOQUIN, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international... », 2015, préc., n° 44. ; Du même auteur, *J. Cl. Civil*, Synt., « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence », 2019. ; En ce sens : K. ALAMERAH, *L'arbitrage institutionnel, étude comparative en droit interne et international*, 1^{re} éd., Dar Alnahdah, 2013, p.48 s.

⁷⁶ É. LOQUIN, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international... », 2015, préc. ; Ch. SERAGLINI, « Arbitrage international : notions », préc. En ce sens : K. ALAMERAH, *op. cit.*

⁷⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p. 29. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.* p.15.

international bénéficie d'un régime juridique spécifique que celui qui est réglementé par les droits internes⁷⁸. Du plus, d'exclure l'arbitrage forcée puisqu'il est « une juridiction d'exception dont la particularité est de suivre, dans une large mesure, le régime juridique de l'arbitrage parce que telle est la volonté du législateur »⁷⁹. Ainsi, la présente étude se concentrera uniquement au seul arbitrage volontaire interne, qu'il soit un arbitrage de droit ou une amiable composition.

27. Exclusion de l'arbitrage forcé. Dans notre étude concernant la France et le Koweït, il conviendra d'exclure la forme spécifique de l'arbitrage forcé, pour étudier uniquement l'arbitrage volontaire. L'arbitrage forcé est « une juridiction d'exception dont la particularité est de suivre, dans une large mesure, le régime juridique de l'arbitrage parce que telle est la volonté du législateur »⁸⁰. En droit français, l'arbitrage forcé était prévu par l'ancien CPCF⁸¹. Il n'existe plus aujourd'hui qu'à titre exceptionnel en matière de droit du travail, et est régi par l'article L. 761-5 du Code du travail français⁸². En revanche, ce système existe toujours en droit koweïtien et n'est pas réduit à la matière du droit du travail dans cet État⁸³. Or, cette forme d'arbitrage sera exclue de notre étude pour deux raisons.

D'une part, l'origine volontaire ou conventionnelle de l'arbitrage est en France et au Koweït une composante essentielle dans l'arbitrage. Ainsi, « parler d'arbitrage forcé est donc paradoxal »⁸⁴. Dans l'arbitrage forcé, la sentence a par exemple la force exécutoire au moment de son prononcé, contrairement à la sentence rendue dans l'arbitrage volontaire qui doit recevoir l'*exequatur*⁸⁵.

D'autre part, si nous comparons ce type d'arbitrage avec la procédure ayant lieu devant juge étatique, il bénéficie de manière générale des mêmes avantages. Notre étude n'aurait alors que peu de sens en matière d'arbitrage forcé puisque nous voulons démontrer l'efficacité et la rapidité des procédures arbitrales par rapport aux procédures judiciaires.

⁷⁸ En droits français et koweïtien, lorsque l'arbitrage est qualifié d'arbitrage international, son régime sera plus souple et libéral que l'arbitrage interne. Par exemple le nombre impair des arbitres doit être caractérisé en droit interne et non pas en droit international. En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p. 38 et 42. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.* p.17.

⁷⁹ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, « Arbitrage commercial, droit interne », 2013, n° 32. À cet égard : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.593.

⁸⁰ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 10, « Arbitrage commercial... », préc., n° 32. À cet égard : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.593.

⁸¹ C. JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle », *Rev. arb.*, 2005, p.3.

⁸² En ce sens v. l'art. L. 761-5 du Code du travail français. ; C. JALLAMION, préc.

⁸³ L'arbitrage force ou « judiciaire » est organisé par le décret n° 11 de l'année 1995. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.605 s.

⁸⁴ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 10, « Arbitrage commercial... », préc., n° 32.

⁸⁵ *Ibidem* ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.605 s.

Par conséquent et pour ces deux raisons, il semble nécessaire de traiter uniquement dans notre étude « l'arbitrage volontaire [qui] a vocation à primer sur l'arbitrage forcé »⁸⁶.

27. Exclusion de l'arbitrage international. En droit français, l'article 1504 du CPCF prévoit qu' « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Ce critère est fondé sur les anciennes jurisprudences *Matter*⁸⁷, *Mardelé* et *Dambricout*⁸⁸. Ainsi, le critère de l'internationalité d'un arbitrage n'est pas juridique mais il est purement économique⁸⁹. Toutefois, pour éviter toute ambiguïté de définition, la Cour de la cassation affirme que les parties ne pouvant pas choisir conventionnellement la qualification entre arbitrage interne ou international, le juge peut, au besoin d'office, vérifier cette qualification⁹⁰.

De plus, il a plusieurs fois été jugé par la cour d'appel de Paris que « l'internationalité de l'arbitrage fait exclusivement appel à une définition entièrement économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral »⁹¹.

Par ailleurs, il a été décidé que la notion de commerce prévue à l'article 1504 du CPCF ne doit pas être confondue avec l'acte de commerce « au sens étroit et technique des droits internes », mais « doit être considéré comme commercial tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international »⁹². Ainsi, si l'arbitrage est qualifié de commercial et international et s'il exige « un mouvement de biens, de services, de fonds, de technologie, de savoir-faire, de personnel, ne se dénouant pas dans un seul État »⁹³, il sera considéré comme un arbitrage international.

En droit koweïtien, seul l'article 182 alinéa 4 donne des précisions sur ce sujet. Cet article prévoit que « l'arbitrage sera considéré comme international si la décision arbitrale est prononcée à l'extérieure de la frontière de l'État »⁹⁴. La jurisprudence koweïtienne est, à notre

⁸⁶ L. WEILLER, « Compétence arbitrale dans le cadre d'un litige entre avocats », *Procédures*, 2014, n° 10, comm. 268.

⁸⁷ Cass. Civ., 17 mai 1927, *DP*, 1928, I, 25, concl. Matter, note H. CAPITANT.

⁸⁸ Cass. Civ., 19 février 1930, et Cass. Civ., 27 janvier 1931, *S.* 1933, 1, p.41, note J.-P. NIBOYET.

⁸⁹ Ch. SERAGLINI, « Arbitrage international : notions », préc., n° 16.

⁹⁰ Cass. Civ. 1^{re}., 20 novembre 2013, n° 12-25.266, *Bull. Civ. I*, n° 222. ; *Rev. arb.* 2014, p. 383, note D. BUREAU.

⁹¹ CA Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2001, p.543, note D. BUREAU.

⁹² CA Paris, 13 juin 1996, *Rev. arb.* 1997, p.251, note E. GAILLARD ; *JDI*, 1997, p.151, note E. LOQUIN.

⁹³ Ch. SERAGLINI, « Arbitrage international : notions », préc.

⁹⁴ تنص المادة ١٨٢ فقرة ٤ من قانون المرافعات الكويتي على انه " ويجب أن يصدر حكم المحكم في الكويت وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة بلد أجنبي".

connaissance, muette en la matière, elle ne propose donc aucune définition de l'arbitrage international⁹⁵. Cependant, la doctrine koweïtienne fait directement référence à « l'article 1504 du CPCF », en utilisant définition consacrée par la réglementation française pour distinguer l'arbitrage interne de l'arbitrage international⁹⁶. Ainsi, selon la doctrine koweïtienne, les règles de l'arbitrage international sont complètement organisées par les institutions internationales, notamment la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)⁹⁷.

28. À cet égard, nous rappelons qu'il convient de limiter notre sujet au seul arbitrage interne, qu'il soit institutionnel ou *ad hoc*, car, d'une part l'arbitrage international bénéficie d'un régime juridique différent de celui réglementé par les droits internes. D'autre part, plusieurs questions difficiles et obstacles sont résolus en matière d'arbitrage international contrairement à l'arbitrage interne. Par exemple, lorsqu'il s'agit de mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales en droits internes français et koweïtien, l'arbitre qui ordonne ces mesures est le même qui traite également du fond de l'affaire. Le danger de l'unicité du juge arbitral concernant l'octroi de telles mesures et le traitement du fond de l'affaire sera souvent remis en question au niveau pratique ou au moins au niveau théorique. En revanche, la problématique liée à l'unicité du juge arbitral est résolue par certains règlements en matière d'arbitrage international tel que le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). En l'espèce, l'article 29 de ce règlement sépare, sous certaines conditions, l'arbitre octroyant les mesures provisoires et/ou conservatoires et l'arbitre traitant le fond de l'affaire⁹⁸.

29. Un second argument peut justifier l'exclusion de l'arbitrage international dans la présente étude. En général, qu'il soit français ou koweïtien, l'arbitrage a un intérêt puisqu'il est un mode alternatif de règlement des litiges. L'intérêt de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des litiges se présente de façon résiduelle dans l'arbitrage international. En effet, si les parties préfèrent recourir à l'arbitrage plutôt qu'à la justice étatique pour résoudre leur litige,

⁹⁵ A. DESOUQI, *L'arbitrage commercial interne et international, selon le législateur et la jurisprudence*, Monshaat Almaaref, 2014, p.9 s.

⁹⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.16.

⁹⁷ A. MILIGIE, *Les règles de l'arbitrage en droit koweïtien*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 1996, p.9. En ce sens : A. DESOUQI, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.16.

⁹⁸ En ce sens v. : A. MOURRE, B. AMEZAGA, *J. Cl. Internationale*, Fasc. 780, « ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL. – Instance arbitrale. – Intervention du juge étatique. – Mesures provisoires et conservatoires », 2020, n° 67 s.

c'est parce qu'il existe une complémentarité et une coopération entre ces deux modes de résolutions des litiges. Lors de procédures propres à l'arbitrage et le rôle d'assistance du juge étatique lorsqu'il intervient en cas de difficultés d'arbitrage, nous remarquons une efficacité de la justice qui se caractérise par cette coopération entre l'arbitre et le juge étatique.

Cependant, cette complémentarité et cette coopération entre la justice arbitrale et étatique sera plus complexe dans l'arbitrage international. En effet, les possibilités d'intervention du juge étatique sont plus souples dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international. Il faut toutefois noter qu'en matière d'arbitrage international français et koweïtien, les lois, les règlements et les conventions internationales qui l'organisent prévoient une articulation entre la justice étatique et arbitrale⁹⁹. Or, cette articulation demeure complexe et difficile à mettre en œuvre, contrairement à l'arbitrage interne¹⁰⁰.

Par exemple, et contrairement à l'arbitrage interne, le juge étatique ne peut parfois pas intervenir dans le cadre de l'arbitrage international organisé par certains règlements¹⁰¹. Cette impossibilité d'intervention se retrouve particulièrement lorsqu'il s'agit de conférer l'*exequatur* à la décision de « l'arbitre d'urgence »¹⁰², puisque cette décision est en réalité une ordonnance et non pas une sentence¹⁰³. C'est à ce titre que cette étude ne se concentrera que sur la complémentarité qui existe entre les justices étatiques et arbitrales interne, puisqu'elle est plus souple et moins complexe que dans l'arbitrage international.

30. L'étude de l'arbitrage de droit et/ou l'amicable composition. La présente étude se concentrera uniquement sur l'arbitrage volontaire, qu'il soit un arbitrage de droit ou une

⁹⁹ En ce sens v. : É. LOQUIN, *J. Cl. International*, Fasc. 720 « Arbitrage commercial international, notion », 2021, n° 3.

¹⁰⁰ Comme le dit le professeur Éric LOQUIN, « l'arbitrage [international] s'est toujours situé à côté du procès public, tantôt considéré comme un concurrent de la justice étatique, tantôt perçu comme un complément de celle-ci, [...]. [Le juge d'appui n'intervient en droit français que dans les cas où les parties n'ont pas convenu de l'intervention d'une personne chargée d'organiser l'arbitrage ». En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international... », 2021, préc., n° 3. En ce sens v. aussi : L'art. 25 (3) du règlement d'arbitrage de la LCIA (2020) et l'art 28.2 de règlement CCI qui permettent aux parties à l'arbitrage aménager conventionnellement la répartition des compétences entre le juge et l'arbitre.

¹⁰¹ Si les parties à l'arbitrage ont convenu de conférer le pouvoir d'ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires à l'arbitre d'urgence, le juge étatique ne peut pas ordonner lesdites mesures. À cet égard : É. LOQUIN, *J. Cl. International*, Fasc. 720 « Arbitrage commercial international, notion », 2021, n° 23. ; V. aussi : Règl. CCI, 2012, art. 29. ; Règl. de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm ; Règl. d'arbitrage international de American Arbitration Association ; Règl. de l'Institut néerlandais d'arbitrage.

¹⁰² « Cette procédure permet aux parties de saisir, avant la constitution du tribunal arbitral compétent pour juger le fond du litige, un arbitre d'urgence, afin de demander le prononcé de mesures conservatoires ou provisoires, lorsque lesdites mesures ne peuvent attendre la constitution du tribunal arbitral ». À cet égard : É. LOQUIN, *J. Cl. International*, Fasc. 725, « Arbitrage commercial international, sources », 2021, n° 114.

¹⁰³ La décision de l'arbitre « n'est pas une sentence, mais une ordonnance et surtout elle trouve sa force obligatoire dans l'engagement des parties à s'y conformer ». En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international... », 2021, préc., n° 23 s. ; V. également : les arts. 1515, 1516 et 1517 du CPCF.

amiable composition. À ce titre, en matière d'arbitrage, qu'il soit français ou koweïtien, les parties ont deux choix concernant les règles de la mission arbitrale. Elles peuvent opter soit pour un arbitrage de droit, soit pour une amiable composition. Concernant l'arbitrage de droit, le tribunal arbitral français ou koweïtien, est en principe obligé de trancher le litige conformément aux règles de droit¹⁰⁴. Par exception, si les parties à l'arbitrage stipulent dans leur convention que ce tribunal doit statuer comme amiable compositeur, les règles à appliquer au litige dépendront de la volonté des parties¹⁰⁵. Ainsi, ce sont les parties elles-mêmes qui décident par leur volonté si elles veulent opter pour un arbitrage de droit ou plutôt, par stipulation contractuelle, pour une amiable composition. À cet égard, il faut noter qu'il a été jugé en France et au Koweït que la clause d'amiable composition, qu'elle soit explicite ou implicite, ne doit laisser aucun doute sur l'intention manifeste des parties¹⁰⁶. De la même manière, il convient d'observer qu'en cas de choix de l'amiable composition, les règles à appliquer au litige dépendront de la volonté des parties. Toutefois, la convention ne doit pas déroger à l'ordre public français et koweïtien¹⁰⁷.

31. À cet égard, qu'elle soit française ou koweïtienne, la justice arbitrale dans ces différentes formes est comme la justice étatique. Les deux justices ont naturellement des procédures ordinaires et rapides pour traiter le fond de l'affaire ou pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, les législateurs français et koweïtien ont créé les procédures des référés devant les tribunaux étatiques **avant** les tribunaux arbitraux.

32. Explication de l'étude : référés : mesures provisoires et/ou conservatoires devant le juge et l'arbitre. Pour approfondir les mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales sujet de la présente thèse, il est nécessaire de comparer les procédures de référé arbitral et les procédures de référé judiciaire aussi bien en France qu'au Koweït. Toutefois, cette étude n'aura pas uniquement pour objet de procéder à une comparaison entre le référé judiciaire et le référé arbitral. En effet, **il apparaîtra nécessaire de n'évoquer le référé judiciaire que dans une perspective de comparaison avec le référé arbitral ou lorsqu'il y a une possibilité d'engager une procédure de référé arbitral.**

¹⁰⁴ Les arts. 1478 du CPCF et 182 al. 2 du CPCK.

¹⁰⁵ É. LOQUIN, *J. Ci. Civil.*, Fasc. 1800-70, « ARBITRAGE. – Instance arbitrale. – Arbitrage de droit et amiable composition », 2020, n° 7 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.305 s.

¹⁰⁶ CA Paris, 28 novembre 2002, *RTD com.*, 2003, p.479, note É. LOQUIN. ; Cass. Civ. K., 2 juin 1976, n° 19/1971. ; Cass. Civ. K., 9 mai 2005, n° 182/2004. ; Cass. Civ. K., 8 février 2003, n° 531/2002.

¹⁰⁷ En ce sens : É. LOQUIN, *J. Cl. Civil, Synt.*, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence », 2021, n° 70 ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.341 s.

33. En général, les mesures provisoires et/ou conservatoires se trouvent dans la « planète de référé »¹⁰⁸. En droits français et koweïtien, la procédure de référé civil peut généralement être définie comme une « procédure simplifiée et accélérée, soumise au principe du contradictoire, grâce à laquelle une partie peut, dans certains cas définis par la loi, obtenir immédiatement une décision provisoire auprès d'une juridiction dédiée à cet effet, statuant généralement à juge unique »¹⁰⁹. Ainsi, la procédure de référé civil se distingue notamment du référé administratif¹¹⁰, pénal¹¹¹ ou fiscal¹¹², ou même de la « procédure accélérée au fond »¹¹³. C'est pourquoi ces derniers ne seront donc pas traités dans notre thèse.

Par ailleurs, il existe en France et au Koweït des mesures provisoires et conservatoires selon chaque branche du droit¹¹⁴. Cependant, aucune définition générale de la notion de mesures provisoires et/ou conservatoires n'est prévue par les textes, que ce soit dans le CPCF ou dans le CPCK. Toutefois, l'article 484 du CPCF, relatif à de l'ordonnance de référé, définit la mesure provisoire comme étant « une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

Néanmoins, la doctrine majoritaire française et koweïtienne ne retient pas la même définition que l'article 484 du CPCF. Selon elle, la mesure provisoire et conservatoire peut être toutes les décisions qui sont susceptible d'être révisées en raison de leur nature et leur objet, et qui modifient les données génératrices du droit¹¹⁵. De la même manière, d'autres auteurs en

¹⁰⁸ N. CAYROL, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Référé civil, mars 2016, n° 2.

¹⁰⁹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.915.

¹¹⁰ Le référé administratif est une « procédure mettant au juge administratif en cas d'urgence, d'ordonner toute mesure utile, à la demande de l'Administration ou d'un administré, sans faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.914.

¹¹¹ Le référé pénal est une « procédure permettant à une personne qui vient d'être placée en détention provisoire de demander sa liberté auprès du président de la chambre d'instruction ». En ce sens : R. CABRILLAC, *op. cit.*, p.434.

¹¹² Il s'agit d'une procédure d'urgence qui est « exercée par le contribuable devant le juge administratif en vue d'éviter d'avoir à payer sommes litigieuses ». À cet égard : R. CABRILLAC, *op. cit.*

¹¹³ Il s'agit d'une procédure qui suit généralement la forme procédurale des référés civil mais qui conduit à une décision au principal. En ce sens : Y. STRICKLER, « De la forme des référés à la procédure accélérée au fond », 2019, *JCP G*, n° 38, doctr. 928.

¹¹⁴ Par exemple, en droit international, la mesure provisoire est définie par la loi-type de la CNUDCI dans sa version de 2006. En effet, selon l'article 17.2 de la Loi-type, la mesure provisoire est une mesure temporaire par laquelle il est ordonné à une partie « de préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché ; de prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même ; de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure [et de] sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend ».

¹¹⁵ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », Presse Universitaire de France, 2^{ème} éd., 1991, p.630. ; A. DESOUQI, préc.

France font une distinction entre la mesure provisoire et la mesure conservatoire. Ces auteurs estiment que « **la mesure provisoire** est la mesure prise soit par le juge soit par l'arbitre pour la durée d'un procès, afin de régler momentanément une situation urgente, en attendant la sentence définitive : elle ne lie pas l'arbitre appelé à statuer au fond alors que **la mesure conservatoire** est une mesure d'urgence prise pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose, dont la reconnaissance est, par ailleurs, demandée au juge du fond »¹¹⁶. Les mesures provisoires et les mesures conservatoires sont de nature très variée. Par exemple, le référé provision ou la décision ordonnant une expertise pour déterminer l'étendue de dommage subi à une partie sont normalement de nature provisoire puisqu'elles règlent momentanément et pendant le procès une situation urgente. Cependant, la mise sous séquestre, la consignation de sommes d'argent, la désignation d'un administrateur ou la saisie conservatoire sont des mesures conservatoires puisqu'elles ont pour but de sauvegarder un droit ou une chose.

34. À cet égard, dans l'ordre judiciaire, les juges des référés français et koweïtien regroupent trois fonctions fondamentales dans le traitement du référé judiciaire¹¹⁷ : une fonction préparatoire, une fonction conservatoire et une fonction d'anticipation. Ces fonctions trouvent généralement leurs fondements dans les articles 834, 835, 145 du CPCF et dans l'article 31 du CPCK¹¹⁸, où elles sont rigoureusement organisées, conformément à des règles et des conditions strictes. S'agissant des fonctions préparatoire et conservatoire, « elles se manifestent par l'octroi de mesures d'attente, permettant la sauvegarde des intérêts en présence, jusqu'à ce qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige »¹¹⁹. Concernant la fonction d'anticipation, elle « est celle qui tend à assurer la police des situations manifestement illicites, qu'elle se fonde sur l'existence d'un trouble manifestement illicite ou qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse »¹²⁰.

35. Cependant, en matière de référé arbitral, la détermination et l'organisation des fonctions de l'arbitre sont *a priori* concentrés dans un seul article, aussi bien dans le CPCF que

¹¹⁶ N. RACHDI, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in S. BOSTANJI, F. HORCGANI, S. MANCIAUX (dir.), *Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2014, 63.

¹¹⁷ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, synt., « Référés, civils », 2020. ; S. MAHMOD, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, 1^{re} éd., L'institution de Dar Alkotob, 1999, p.9 s.

¹¹⁸ L'art. 31 du CPCK prévoit qu'« un juge au niveau du Tribunal d'instance sera délégué au siège du Tribunal de Grande Instance, afin de juger de façon provisoire sans préjudice au principal, des questions en référé pour lesquelles on craint une perte de temps ».

¹¹⁹ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1200-95, « Référés, conditions générales des pouvoirs du juge des référés, fonction du juge des référés », n° 78.

¹²⁰ *Ibidem*.

dans le CPCCK. Les fonctions de l'arbitre, dans le cadre du référé, sont ainsi prévues par les législateurs français et koweïtien de manière particulièrement succincte, notamment au regard des dispositions relatives au référé judiciaire, et ce afin de garantir une interprétation souple. Ce sont ainsi les articles 1468 alinéa 1 du CPCF et 173 alinéa 6 du CPCCK qui concentrent l'organisation des fonctions de l'arbitre en matière de référé¹²¹. Cette manière d'envisager les fonctions de l'arbitre, en permettant une certaine souplesse, ressort d'une véritable évolution historique des Code de procédure civile dans ces deux pays. En effet, le référé arbitral était jadis moins utilisé qu'aujourd'hui¹²², il était même parfois inexistant. Par conséquent, pour comprendre le contexte relatif au référés judiciaires et arbitraux, il est nécessaire d'étudier l'évolution historique des procédures de référé en matières judiciaire et arbitrale.

36. L'histoire du référé judiciaire. Lorsqu'il s'agit d'étudier l'histoire des référés civils, il apparait que ces derniers sont apparus en France au XVII^{ème} siècle avec la célèbre jurisprudence Châtelet de Paris en date du 22 janvier 1685¹²³. Ces mesures de référés ont été plus tard développées par DE BELLEYME, Président du Tribunal civil de la Seine de 1829 à 1856¹²⁴. Les procédures de référés civils ont par la suite été confiées aux pouvoirs propres du Président du Tribunal civil¹²⁵, puis déléguées à certains Présidents. Par exemple le Président du Tribunal paritaire des baux ruraux était amené à intervenir pour les procédures de référés en matière commerciale en vertu de l'ordonnance du 4 décembre 1944 modifiée par la loi du 13 avril 1946¹²⁶. Le Président du Tribunal des affaires de sécurité sociale peut également être sollicité en matière de référé depuis 1986¹²⁷. De plus, et depuis 1972, il est prévu que les procédures de référé remontent jusqu'à la Cour d'appel¹²⁸.

De surcroit, les textes issus du CPCF de 2011 ont réorganisé les procédures de référés devant le président du tribunal de grande instance¹²⁹, le juge du tribunal d'instance¹³⁰, le

¹²¹ تنص المادة ١٧٣ ١٧٣ فقرة ٦ من قانون المرافعات الكويتي على انه "ولا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك".

¹²² J.-L. DELVOLVÉ, J. ROUCHÉ, G. POINTON, *French Arbitration Law and Practice, A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p.188 s.

¹²³ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2013, p.546. ; E.-M. MEIJERS, « Le développement des ordonnances sur référé en France », *Rev. histoire de droit français et étranger*, 1984, n° 1, p.259.

¹²⁴ N. CAYROL, « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.* 2011. 904, n° 7,8 et 9.

¹²⁵ Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, Thèse, Strasbourg, 1993, p.13.

¹²⁶ Ph. GRANDJEAN, « L'évolution du référé commercial », *Rev. Jurisp. com.*, 1993, p.177.

¹²⁷ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*,p.13.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Les anciens arts. 808 à 811 du CPCF.

¹³⁰ Les anciens arts. 848 à 850 du CPCF.

président du tribunal de commerce¹³¹, le président du tribunal paritaire des baux ruraux¹³², et le premier président de la cour d'appel¹³³. Toutefois, par le décret numéro 2019-1333 du 11 décembre 2019, « les articles 808 et 809 du Code de procédure civile, concernant le président du tribunal de grande instance, ont été transférés à droit constant aux articles 834 et 835 dudit Code à compter du 1er janvier 2020, date à laquelle les compétences et pouvoirs de ce dernier sont transférés au président du **Tribunal judiciaire** » (Tj)¹³⁴.

37. S'agissant du Koweït, l'émergence du référé a pris un peu plus de temps. Bien que l'État du Koweït ait été créé en 1705¹³⁵, le référé n'a pris qu'une certaine ampleur en 1960 du fait notamment de sa codification¹³⁶. Toutefois, il existait effectivement des procédures relatives aux référés applicables depuis la création de l'État du Koweït, mais qui devaient se conformer aux règles de la Charia. En effet, si la Charia islamique n'a pas expressément prévu les procédures de référé, le juge étatique¹³⁷ les a, dans la pratique, appliquées lorsque cela était nécessaire¹³⁸. Tel était notamment le cas dans l'hypothèse d'une saisie conservatoire ou de la vente de produits périssables. En somme, il a fallu attendre 1960 pour que le CPCCK consacre pour la première fois un article – et un seul – « essentiel » en matière de référés¹³⁹. Ainsi, cet article unique n'a pas fait l'objet de modification depuis 1980¹⁴⁰. Reste cependant à comprendre pourquoi ce code n'a pas prévu d'autres dispositions comme l'a fait le CPCF.

38. En ce sens, les conquêtes napoléoniennes menées en Égypte ont eu un certain impact sur le droit koweïtien¹⁴¹. En effet, le droit égyptien qui s'est inspiré du Code civil français de 1806 a fortement inspiré le droit koweïtien dans la création de ses règles juridiques et ce, malgré l'occupation britannique durant le XIX^{ème} siècle jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle¹⁴².

¹³¹ Les anciens arts. 872 et 873 du CPCF.

¹³² Les arts. 893 à 896 du CPCF.

¹³³ Les arts. 956 et 957 du CPCF.

¹³⁴ En ce sens : X. VUITTON, « Référés, civils », préc.

¹³⁵ M. ABOHAKMAH, *L'histoire de l'État du Koweït*, t. I, 1^{re} éd., Dar Aljameah, 1967, p.1117.

¹³⁶ M. ALSHYBANI, B. ALMOTAIRIE, *La juridiction et les juges au Koweït : De la création de l'Émirat jusqu'à l'émergence de l'État*, 1^{re} éd., L'institution de Dar Alkotob, 1999, p.127.

¹³⁷ Uniquement le juge de fond et non pas le juge des référés. En ce sens : Y. GHANEM, *La juridiction des référés et ses enjeux pratique dans les États arabes*, 1^{re} éd., Syrie, Homs, Tanwir des services d'impression, 1999, p.41.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles koweïtiennes*, t. I, 2^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2010-2011, p.401 s.

¹⁴⁰ L'art. 31 du CPCCK prévoit qu' « un juge au niveau du Tribunal d'Instance sera délégué au siège du Tribunal de Grande Instance, afin de juger de façon provisoire sans préjudice au principal, des questions en référé pour lesquelles on craint une perte de temps ».

¹⁴¹ A. ALTABTABAEI, *op. cit.*, p.160 s, et 263.

¹⁴² O. ALSALEH, *Le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït*, t. I, 2^{ème} éd., Koweït, Dar Alkitab, 2003, p.52.

Ce brassage juridique fut pour grande partie l'œuvre du professeur égyptien Abd-Alrazek ALSANHORY qui, tirant son influence du Code civil français de 1806 a rédigé non seulement le Code civil égyptien de 1948 mais également le Code civil koweïtien de 1980, resté en vigueur jusqu'à aujourd'hui. Le professeur ALSANHORY a donc « réalisé, dans cette œuvre monumentale [la construction des codes civils égyptiens et koweïtien] la combinaison brillante entre l'esprit de la législation islamique et le positivisme du Code civil français »¹⁴³. Quoiqu'ayant déjà accompli un remarquable travail, le professeur ALSANHORY ne s'est pas contenté de ces deux œuvres puisqu'il a par ailleurs été non seulement le rédacteur de l'ancien CPC égyptien (CPCÉ) issu de la loi numéro 77 de 1949¹⁴⁴, mais également l'auteur de l'ancien CCK de 1960 et de la Constitution koweïtienne du 11 novembre 1962¹⁴⁵. Les anciens CPC égyptien et koweïtien étaient intimement liés par certains points comme le révèle notamment la procédure de référés telle qu'organisée dans les deux codes. Toutefois, le CCK de 1980 ne fut qu'une « reprise textuelle »¹⁴⁶ du CPCÉ de 1986. Aussi, reste-t-il largement imprégné du CCF de 1806 repris en grande partie par le CPCÉ. Toutefois, l'association entre droit français et droit islamique a subtilement bridé l'évolution du CCK. C'est pourquoi, certaines règles sont « théoriquement »¹⁴⁷ restées paralysées, comme en témoigne la quasi-absence des procédures de référé dans le CCK¹⁴⁸.

39. L'intégration des mesures provisoires et/ou conservatoires dans les systèmes arbitraux. Le concept de mesures provisoires a été intégré dans les systèmes arbitraux français

¹⁴³ Histoire et Évolution des Codes civils français et égyptien, le site de l'ambassade de France au Caire, disponible sur : <https://eg.ambafrance.org/L-histoire-et-l-evolution-des>. Consulté le 14 mars 2021.

¹⁴⁴ En ce sens : <https://iedja.org/le-code-civil-egyptien-une-belle-histoire-mais-quel-avenir/>. Consulté le 14 mars 2021.

¹⁴⁵ La Constitution du 11 novembre 1962, disponible sur : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/kw1962.htm>. Consulté le 15 mars 2021.

¹⁴⁶ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés en matière civile. Étude comparative des droit français, égyptien et koweïtien*, Thèse, Strasbourg, 2019, p.3.

¹⁴⁷ L'on parle ici de quasi-absence car il existe uniquement un seul article relatif aux procédures des référés. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.401. ; A. ALKHUDHAIR, *op. cit.*

¹⁴⁸ En pratique, il existe une étroite corrélation entre les droits koweïtien et égyptien. En effet, les conseillers du Parlement Koweïtien, qui participent à l'élaboration de la loi, sont généralement des juristes de nationalité égyptienne. Concernant la jurisprudence, une grande partie des magistrats fonctionnaires dans les tribunaux étatiques sont également égyptiens. Quant à la doctrine, il convient de remarquer que nombre de Professeurs égyptiens font leur nid au sein de l'Université du Koweït, seule faculté publique au Koweït. Par conséquent, nous pensons que la cause principale empêchant, en pratique, l'évolution des procédures prévues au sein du CCK est la dépendance totale de l'ensemble du droit koweïtien au droit égyptien. Cette dépendance se manifeste aussi bien au niveau de la création de la loi, que de la jurisprudence ou bien encore de la doctrine. Les professionnels du droit égyptien et les conseillers parlementaires égyptiens au Koweït ont tendance à refuser les évolutions que nécessiteraient en pratique le contexte koweïtien dès lors qu'ils restent tournés vers l'Égypte, pays avec un tout autre contexte. Cette situation produit, *in fine*, un blocage dans l'évolution du droit koweïtien.

et koweïtien récemment. Néanmoins, les contours juridiques de ces mesures diffèrent en France et au Koweït.

40. En France, la jurisprudence française a conféré en 1984 aux arbitres certains pouvoirs en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires¹⁴⁹. Les pouvoirs reconnus aux arbitres en la matière ont par la suite été élargis par la jurisprudence en 2004¹⁵⁰. Ainsi, le décret numéro 2011-48, du 13 janvier 2011 a regroupé dans son article 2, modifiant ainsi l'article 1468 du CPCF, toutes les solutions jurisprudentielles précédentes¹⁵¹. Ce décret prévoit désormais que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée ».

41. Quant au Koweït, les décrets de 1959, 1960, et 1971 reformant les procédures civiles ne conféraient pas aux arbitres le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires. Par ailleurs, sur ce point, la jurisprudence était également silencieuse à cette époque. Ainsi, il a fallu attendre le décret de 1980, encore en vigueur aujourd'hui, pour codifier un seul article, ou plus précisément un alinéa, qui leur confère ce pouvoir au provisoire. Cette disposition est l'alinéa 6 de l'article 173 du CPCCK qui prévoit que « la convention d'arbitrage ne couvre pas le cas de l'urgence [(c'est-à-dire le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires)], sauf convention contraire des parties »¹⁵².

42. En général et par rapport aux référés judiciaires, le fait de prévoir les pouvoirs des arbitres d'une manière succincte tel que c'est le cas dans les CPC français et koweïtien (article 1468 du CPCF et article 173 du CPCCK) n'est pas un obstacle, mais plutôt un avantage pour l'arbitrage puisqu'elle permet de garantir une certaine souplesse en la matière. En effet, la nature dualiste de l'arbitrage impose la plupart du temps que la détermination des pouvoirs de l'arbitre soit souple tout au long de l'instance arbitrale et plus particulièrement en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires. La souplesse de l'arbitrage est donc un élément qui

¹⁴⁹ CA Rennes, 26 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1985, p.439, note G. FLÉCHEUX.

¹⁵⁰ CA Paris, 7 octobre 2004, *Gaz. Pal.*, 2004, n° 339, obs. A. MOURRE, P. PEDONE.

¹⁵¹ En ce sens v. par exemple : Cass. Civ. 2^{ème}., 30 mars 2000, n° 98-15.849, Inédit. ; É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », 2011, n° 30 s.

¹⁵² تنص المادة ١٧٣ فقرة ٦ من قانون المرافعات الكويتي على انه "ولا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك".

attire les parties à un litige, qui seront plus désireuses que ce dernier soit résolu par un arbitre et non par un juge étatique « traditionnel ».

43. Intérêt du référé arbitral. En droits internes français et koweïtien, l'arbitrage a un caractère alternatif par rapport à la justice étatique. En effet, lorsque les parties optent pour le recours à l'amiable composition ou pour l'arbitrage de droit afin de bénéficier de certains avantages permis par une justice privée, il est alors clair que le caractère alternatif de ce type de justice peut être remarqué. Comme le disait GARSONNET et CÉZAR-BRU, « la juridiction arbitrale est volontaire, en ce sens que les parties étaient libres de ne pas s'y soumettre, mais contentieuse, en ce sens que les arbitres ne sont pas appelés à donner un simple avis, mais chargés de juger un litige »¹⁵³. Ainsi, « l'arbitrage est un système de justice privée, qui n'est pas concurrente de celle de l'État, mais est plus sûrement une justice alternative à celle de l'État. L'arbitre est au cœur de ce système dans la mesure où il est celui qui rend la justice »¹⁵⁴. À cet égard, le caractère alternatif des systèmes arbitraux, français ou koweïtien, peut être remarqué à travers les avantages qui sont proposés par cette justice particulière. Autrement dit, les parties à un litige pourront préférer le recours à la justice arbitrale en raison des avantages qu'offre cette justice. En effet, l'arbitrage permet généralement aux parties de bénéficier d'une véritable liberté procédurale, d'une rapidité pour obtenir un jugement, une sentence ou une ordonnance arbitrale, et d'une possibilité de choisir le juge tranchant le litige : l'arbitre.

44. Liberté procédurale. S'agissant de cette liberté procédurale, en France comme au Koweït, les arbitres tirent leur légitimité de la convention des parties. La convention arbitrale détermine en effet les règles applicables à l'arbitrage et peut par ailleurs plus spécifiquement donner des précisions sur la procédure relative aux référés, tout cela à condition que l'ensemble des règles prévues par les parties ne soit pas en opposition avec les principes directeurs du procès¹⁵⁵. À cet égard, en France, l'article 1464 alinéa 1 du CPCF prévoit qu'« à moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». De la même manière, le principe de cette liberté procédurale a implicitement été repris par le législateur koweïtien à l'article 182 alinéa 1 du CPCCK qui dispose que « l'arbitre peut rendre sa décision sans être tenu

¹⁵³ E. GARSONNET, C. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. 8, 1912, § 3042.

¹⁵⁴ É. LOQUIN, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international... », 2015, préc., n° 1.

¹⁵⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.388. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.311 s.

de suivre les règles applicables devant les tribunaux étatiques à condition de ne pas déroger aux principes directeurs du procès »¹⁵⁶. Ainsi, contrairement aux juges étatiques qui sont liés non seulement par ces principes fondamentaux mais également par les CPC français et koweïtien, les arbitres des deux États disposent ainsi d'une plus grande liberté et d'une plus grande souplesse pour conduire les procédures applicables devant eux.

45. Rapidité de l'arbitrage. Concernant la rapidité de l'arbitrage, le législateur français instaure, à l'instar du législateur koweïtien, des délais brefs devant être respectés par l'arbitre, tant pour la conduite de la procédure d'arbitrage que pour l'obtention des décisions. Le principe dans les deux États est que les parties déterminent librement le délai de la mission arbitrale. À défaut de cette détermination, « la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine »¹⁵⁷. Par ailleurs, le principe de la liberté procédurale qui existe uniquement pour la justice arbitrale permet aux parties de fixer librement les délais procéduraux et ce, dans quasiment toutes les procédures de l'instance arbitrale¹⁵⁸. Les parties peuvent notamment déterminer librement les délais de comparution devant les arbitres, les délais de prononcé des mesures provisoires ou encore les délais de notification des parties à l'arbitrage. Ainsi, contrairement à la justice étatique qui suit et respecte constamment des délais précisés et imposés par les lois¹⁵⁹, les parties à l'arbitrage et/ou les arbitres suivent les procédures arbitrales conformément à leurs propres délais. Il est donc ainsi récurrent que parties choisissent volontairement de recourir à un système de justice privée comme l'arbitrage pour sa liberté procédurale et sa rapidité.

46. Possibilité de choisir un arbitre. En France comme au Koweït, les parties sont libres dans leur convention d'arbitrage d'opérer un choix concernant l'arbitre qui tranchera leur litige, ce qui n'est évidemment pas possible dans la justice étatique dans laquelle les parties n'ont pas la possibilité de choisir leur juge. Cependant, il faut noter que le choix de l'arbitre par

تنص المادة ١٨٢ فقرة ١ من قانون المرافعات الكويتي على انه "يصدر المحكم حكمة غير مقيد بإجراءات قانون المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب (...)"¹⁵⁶

¹⁵⁷ L'art. 1463 du CPCF prévoit que « si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine ». De même, l'art. 181 du CPCCK dispose que « si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, l'arbitre doit juger le litige dans un délai maximum de six mois, à compter de la notification de l'adversaire de la première audience [...] ».

¹⁵⁸ Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil*, Fasc. 30, « Arbitrage, Procédure arbitrale », 2017, n° 21 s. ; S. MAHMUD, A. ALMOLA, A. ALMOLA, *L'arbitrage normal (l'amiable composition) en Charia et droit koweïtien*, L'institution de Dar al Kotob, 1^{ère} éd. 1998, p.2 s.

¹⁵⁹ Par exemple, v. les délais de la comparution ou des notifications devant les juges étatiques français ou koweïtiens.

les parties à l'arbitrage est soumis à certaines conditions impératives en France et au Koweït¹⁶⁰. Ainsi, en France comme au Koweït, cet avantage substantiel conduit à un intérêt qui n'existe pas dans la justice de l'État. Cet intérêt se caractérise par l'accord des parties à l'arbitrage sur la personne traitant le litige, contrairement à la justice de l'État. Aussi, cet intérêt permet, au moins au niveau théorique, de donner l'impression d'accepter préalablement la décision par la personne déjà choisie.

47. Intérêt lié à la pratique de l'arbitrage. La possibilité de choisir un arbitre nous conduit à penser qu'il s'agit d'un avantage fondamental dans la pratique de l'arbitrage. En effet, tous les avantages explicités ci-dessus peuvent être considérés comme des intérêts dans la pratique de l'arbitrage. Il convient à ce titre de s'interroger plus précisément sur l'intérêt lié à la pratique même de l'arbitrage : pourquoi les litigants préfèrent obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre à la place du juge des référés étatique ? En effet, la réponse à cette question peut être multiple. Toutefois, nous avons l'impression que l'un des intérêts essentiels pour les parties de recourir aux arbitres est le choix d'un arbitre qui sera expert en la matière. Un arbitre qui est expert et bien qualifié traitera le litige au fond et ordonnera sûrement les mesures provisoires et/ou conservatoires d'une manière satisfaisante. Comme le dit justement le professeur Charles JARROSSON, « le magistrat étatique connaît de nombreuses affaires, parfois techniques, et n'est pas forcément spécialisé dans la matière en cause. L'arbitre est choisi en fonction de sa personnalité et de ses compétences. Il est [...] plus facilement "expert en la matière" que le juge étatique. L'arbitre, s'il est bien choisi, peut être plus efficace car plus opérationnel, mieux au fait de la vie des affaires et des spécificités de la procédure arbitrale dont les règles ne sont pas les mêmes que dans une procédure de droit commun »¹⁶¹. Ainsi, en France comme au Koweït, l'intérêt en pratique de l'arbitrage réside dans la possibilité de pouvoir choisir la personne de l'arbitre puisque cette personne désignée sera nécessairement un expert.

48. Propos de l'étude : Avantages, obstacles et solutions. En droits français et koweïtien, le temps – au sens de la durée de la procédure – est un élément à prendre en considération devant toutes les juridictions qu'elles soient étatiques ou arbitrales¹⁶². Cet

¹⁶⁰ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1015, « Arbitrage, l'arbitre, conditions d'exercice, statut », 2015, n° 2 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.200 s.

¹⁶¹ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 10, « Arbitrage commercial... », préc., n° 10. En ce sens v. aussi : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.313 s.

¹⁶² S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Thèse, Dalloz, 2002, p.8.

élément révèle toute son importance en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires où la célérité et l'efficacité des procédures et des décisions sont fondamentalement exigées¹⁶³. En effet, l'arbitrage en France comme au Koweït peut *a priori* offrir des garanties en termes de célérité et d'efficacité. Les arbitres des deux États, dont la compétence est désormais reconnue autant que celle des juges des référés en matière de mesures provisoires, peuvent ainsi octroyer rapidement toutes les mesures provisoires nécessaires. Les arbitres ont parfois même des pouvoirs plus intéressants que ceux conférés aux juges étatiques en matière de mesures provisoires. Toutefois, les arbitres français et koweïtiens sont parfois confrontés à des obstacles pouvant perturber leur mission arbitrale, y compris en matière d'octroi de mesures provisoires et/ou conservatoires, ce qui peut parfois rendre la justice arbitrale lente et inefficace. Ainsi, les États tentent de contrebalancer ces obstacles en renforçant et en assurant la célérité et l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales de plusieurs manières, notamment en permettant la souplesse des procédures arbitrales et en valorisant la coopération entre les deux systèmes de justice (privée et étatique).

49. Flexibilité de la compétence, de pouvoir et de procédure arbitraux par rapport à la juridiction de l'État. En France comme au Koweït, en matière d'arbitrage, la compétence et les pouvoirs des arbitres concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires bénéficient d'une grande souplesse puisque la volonté des parties joue un rôle fondamental dans leur mise en œuvre¹⁶⁴, contrairement à ce qui peut exister devant les juridictions de l'État. À titre d'exemple, les conditions relatives à la compétence du tribunal arbitral peuvent être variées car modulées dans chaque convention d'arbitrage¹⁶⁵. De même, les conditions de l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par un arbitre ne sont pas déterminées par les lois. Ce sont les arbitres, sur le fondement de la volonté des parties, qui les détermine et ce, avec une large souplesse¹⁶⁶. Par ailleurs, aucun délai n'est déterminé pour les procédures arbitrales ou pour le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires. Par exemple, les délais de comparution ou le délai pour enjoindre une partie à communiquer une pièce ne sont pas fixés

¹⁶³ Le professeur Yves STRICKLER affirme que « l'importance de ce temps utile est exacerbée dans les procédures rapides ». En ce sens : Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil*, Fasc. 500-40, « Principe de la contradiction », 2018, n° 27.

¹⁶⁴ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1032, « Arbitrage, compétence arbitrale, investiture arbitrale, étendue », 2016, n° 2.

¹⁶⁵ Il s'agit de clause compromissoire ou de compromis. Il existe des conditions spécifiques liées à chaque type de ces deux conventions. En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1032, « Arbitrage, compétence... », préc., n° 6 s.

¹⁶⁶ À cet égard : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.388. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.311 s.

par la loi¹⁶⁷. Tant que le principe de la contradiction est respecté dans l'instance arbitrale, les arbitres et les parties la conduisent comme ils le veulent¹⁶⁸. Les arbitres pourront respecter le principe de la contradiction d'une manière plus libérale que ne le font les juges de l'État. Par conséquent, compte tenu de cette importante flexibilité en matière d'arbitrage, dès la demande de la mesure provisoire et/ou conservatoire et jusqu'à son prononcé, l'arbitre en France et au Koweït peut théoriquement octroyer lesdites mesures de manière rapide et efficace. Même s'il existe un débat doctrinal en France et au Koweït sur la capacité de l'arbitre à conférer la protection provisoire aux parties de manière rapide et efficace¹⁶⁹, il demeure possible d'affirmer que l'arbitre est mieux placé que le juge étatique pour conférer cette protection provisoire.

50. Obstacles généraux et particuliers. En droits français et koweïtien, il faut noter que, nonobstant la souplesse de l'arbitrage qui aide l'arbitre à octroyer les mesures provisoires et/ou conservatoires de manière rapide et efficace, l'arbitrage souffre de plusieurs obstacles qui peuvent perturber l'efficacité de ces mesures. Ces obstacles peuvent être divisés, selon nous¹⁷⁰, en deux catégories : les obstacles généraux et les obstacles particuliers.

51. Obstacles généraux dans les systèmes arbitraux. Les obstacles généraux concernent deux questions importantes relatives à la compétence, d'une part, et aux pouvoirs, d'autre part, de l'arbitre dans les deux États.

52. S'agissant de la compétence des arbitres, elle est différente de la compétence du juge des référés. En effet, la compétence arbitrale doit valablement être fondée sur une convention d'arbitrage, contrairement à la compétence des juridictions étatiques qui écarte la volonté des parties. Comme l'affirme la professeure Laura WEILLER, « l'arbitrage est une justice conventionnelle ; le tribunal arbitral fonde sa compétence sur la convention d'arbitrage qui n'est possible que sur les droits dont les parties ont la libre disposition et dans des matières qui ne touchent pas à l'ordre public »¹⁷¹. Ainsi, à défaut de convention d'arbitrage ou en cas de

¹⁶⁷ Les arts. 1464 du CPCF et 182 du CPOK confèrent en principe aux arbitres et aux parties à l'arbitrage la liberté de déterminer la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies devant les tribunaux étatiques.

¹⁶⁸ Ch. KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.* 1995, p.381. ; S. TAMMAM, *Le principe de la contradiction et les contentieux arbitraux*, 1^{re} éd., Dar Alnahdah, 1998, p. 23 s.

¹⁶⁹ E. KLEIMAN, S. SALEH, « Célérité et loyauté en Droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelle responsabilité pour les arbitres et les parties ? », *Cah. arb.*, 2012, p.99.

¹⁷⁰ En ce sens, nous pensons que les obstacles sont d'ordre général puisqu'ils concernent uniquement des questions de compétence et des pouvoirs de l'arbitre. En effet, ces obstacles n'apparaissent qu'avant l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, des obstacles particuliers peuvent apparaître avant ou même après l'octroi desdites mesures, notamment l'obstacle d'absence d'*imperium* de l'arbitre.

¹⁷¹ L. WEILLER, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « ARBITRAGE. – Tribunal arbitral », 2018, n° 1.

conclusion litigieuse de cette convention, qui pourra alors par la suite de sa conclusion être annulée, l'arbitre n'aura pas une compétence excluant celle du juge étatique, ni au fond de l'affaire, ni en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires. Par ailleurs, il arrive que même en cas d'existence d'une telle convention, et en toute validité de celle-ci, le juge étatique ait, dans certaines hypothèses, une compétence exclusive privant l'arbitre de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires¹⁷². Ainsi, il arrive que les questions relatives aux compétences respectives de l'arbitre et du juge des référés soit un obstacle général affectant la mission arbitrale, empêchant donc, en conséquence, la possibilité de l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre.

53. Concernant la question des pouvoirs de l'arbitre des deux États, elle peut également et indirectement constituer un obstacle d'ordre général face à la possibilité de l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre. En effet, il n'existe ni en France ni au Koweït de critères uniformes employés par les arbitres pour prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, contrairement à ce qui prévu pour la procédure ayant lieu devant les juges des référés. En l'espèce, il est vrai que la souplesse de la procédure arbitrale est parfois considérée comme un avantage au profit de l'arbitrage, puisque l'arbitre peut librement déterminer les conditions requises et opportunes pour octroyer les mesures provisoires¹⁷³. Cependant, l'aléa qu'induit cette souplesse est-il juste alors qu'une mesure provisoire rendue par un arbitre ne le serait pas forcément par un autre arbitre ? Ainsi, outre le fait que les mesures demandées peuvent ne pas être prononcées par l'arbitre en conséquence de cette souplesse, les mesures conservatoires pourront également parfois apparaître comme « arbitraires »¹⁷⁴ en raison de l'absence de conditions d'octroi prédéterminées¹⁷⁵. C'est la raison pour laquelle la question des pouvoirs de l'arbitre peut être considérée comme affectant de manière générale la possibilité de l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires.

¹⁷² En droits français et koweïtien, il s'agit des ordonnances sur requêtes. En effet, le juge étatique est le seul qui est autorisé à échapper au principe de la contradiction. Il a donc une compétence exclusive en la matière. En ce sens : É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », 2018, n° 31. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires au koweïtien*, L'institution de Dar Alkotob, 2004, p.40 s. ; En ce sens v. aussi : R. SEEF, *L'explication du Code de procédure civile et commerciale*, 9^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob 1969, p.62 s.

¹⁷³ *Supra* : n° 49.

¹⁷⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468.

¹⁷⁵ S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international et l'urgence*, Bruylant, 2014, p.50.

54. Obstacles particuliers dans les systèmes arbitraux. D'un autre côté, l'arbitrage en France et au Koweït souffre d'obstacles de nature plus particulière dans le sens ils affectent spécifiquement l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires, à partir de la conclusion de la convention d'arbitrage et jusqu'au prononcé des mesures en question. Admettons *a priori* que la convention d'arbitrage a valablement été conclue et que les arbitres et les parties se sont accordés concernant les critères d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires. Il n'en reste pas moins que les arbitres pourront alors encore être confrontés, dans le cadre d'une demande de mesures provisoires, à d'autres obstacles particuliers du fait de la nature de l'arbitrage, en tant qu'elle est une justice privée.

Tout d'abord, le tribunal arbitral n'est pas un tribunal permanent¹⁷⁶, comme les tribunaux de l'État. Il est effectivement nécessaire qu'il soit constitué pour que ce tribunal puisse octroyer les mesures provisoires et/ou conservatoires. Ainsi, en cas de difficulté dans le cadre de la constitution de ce tribunal, lesdites mesures pourront ne jamais être ordonnées par les arbitres des deux États.

Ensuite, l'arbitre est un vrai juge mais il est « un juge privé »¹⁷⁷, « à multiples facettes »¹⁷⁸. Il concentre entre ses mains le pouvoir de trancher l'affaire tant au fond qu'en référé. Il peut cependant arriver que l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, soit confronté à des obstacles conjoncturels de nature psychologique ou bien psychiatrique, qui sont en lien avec la structure de l'arbitrage lui-même. L'arbitre pourra en effet être confronté à des obstacles psychologiques lorsqu'il traite en même temps le fond de l'affaire et les demandes de mesures provisoires et/ou conservatoires¹⁷⁹. Par ailleurs, il peut arriver que l'arbitre soit confronté à un obstacle de nature psychiatrique dans l'hypothèse où il serait atteint de démence¹⁸⁰. Ainsi, dans ces deux cas, le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires demandées à ces arbitres sera perturbé.

Par ailleurs, en France comme au Koweït, le principe du contradictoire et les mesures provisoires non-contradictaires, c'est-à-dire les ordonnances sur requêtes¹⁸¹, peuvent constituer

¹⁷⁶ J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunal de commerce, référé commercial, ordonnance sur requête en matière commerciale », 2010, n° 81. En ce sens : S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre...op. cit.*, p.20.

¹⁷⁷ É. LOQUIN, Fasc. 1015, « Arbitrage, l'arbitre... », préc., n° 1.

¹⁷⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.466.

¹⁷⁹ L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, p.479.; En ce sens v. aussi : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 58.

¹⁸⁰ Th. CLAY, *L'arbitre*, Thèse, Dalloz, 2001, p.384 s.

¹⁸¹ Il s'agit des mesures conservatoires qui sont prononcées d'une manière non-contradictoire, c'est-à-dire en cas d'absence de l'une des parties du litige. En ce sens : E. du RUSQUEC, M. DÉFOSSEZ, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1700-10, « MESURES CONSERVATOIRES. – Dispositions communes », 2020, n° 104.

également des obstacles particuliers portant atteinte à la célérité et à l'efficacité du référé arbitral. En effet, la nature des mesures provisoires et/ou conservatoires exige naturellement qu'elles soient rapidement prononcées¹⁸². Toutefois, cette rapidité se heurte nécessairement au principe du contradictoire puisque les arbitres français et koweïtiens ne peuvent pas échapper à ce principe fondamental¹⁸³. Par conséquent, le respect par l'arbitre d'un tel principe conduit d'une part à un ralentissement de l'octroi des mesures provisoires, et d'autre part à une prohibition pour l'arbitre de prononcer des mesures *ex parte*.

En sus, la nature des mesures provisoires et conservatoires arbitrales est ambiguë en droits français et koweïtien. En effet, il existe une incertitude concernant la forme que doivent prendre ces mesures puisqu'elles peuvent prendre la forme tant d'une sentence¹⁸⁴ que d'une d'ordonnance¹⁸⁵ alors que les lois des deux États n'imposent pas de forme prédéterminée¹⁸⁶. Ainsi, cette imprécision concernant la forme des mesures provisoires et conservatoires peut parfois affecter l'efficacité de l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre. Par ailleurs, cette imprécision conduit parfois l'arbitre à modifier l'« autorité provisoire » des mesures prononcées ce qui peut impacter les voies de recours qui *a priori* ne sont ouvertes qu'avec les sentences définitives¹⁸⁷. Ainsi, alors que la forme des mesures provisoires et conservatoires n'est pas imposée par les lois françaises et koweïtiennes, cette marge de manœuvre ouverte aux arbitres peut conduire au risque que ces mesures ne soient pas immédiatement exécutées.

Enfin, l'absence d'*imperium* de l'arbitre, c'est-à-dire « le pouvoir de contrainte »¹⁸⁸, est l'obstacle le plus délicat qui affecte la procédure de référé arbitral en affaiblissant l'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans les systèmes arbitraux français et koweïtien. En effet, l'absence d'*imperium* de l'arbitre constitue un véritable obstacle au prononcé des mesures

¹⁸² En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 15.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ La sentence est un « nom traditionnellement donné aux décisions des juridiction arbitrales [qui concernent le fond de l'affaire] ». En ce sens : R. CABRILLAC, *op. cit.*, p.469.

¹⁸⁵ L'ordonnance peut se définir comme une « décision rendue soit par un chef de juridiction (ex : ordonnance en référé), soit par un magistrat chargé d'une fonction particulière ». À cet égard : R. CABRILLAC, *op. cit.*, p.370. ; l'art. 484 du CPCF définit l'ordonnance comme « une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

¹⁸⁶ En droits français et koweïtien, la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires n'est déterminée ni par le CPCF ni par le CPCK. En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.470 s. ; M. ALENZI, « Le pouvoir de tribunal sur la demande en référé en droit koweïtien et comparé », *Revue de la Charia et de droit*, Université des Émirats Arabes Unis, 2014, 28^{ème} année, p.282.

¹⁸⁷ S. JARVIN, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.*, 1998, p.611. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.470. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.189.

¹⁸⁸ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 245. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.502.

provisaires et conservatoires arbitrales puisque la justice sans l'usage de la force peut poser difficulté. Comme le dit justement Blaise PASCAL, « la justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force »¹⁸⁹. Ainsi, peut-on pour autant imaginer le sort des mesures provisoires et/ou conservatoires en cas d'absence de leur exécution spontanée par les parties à l'arbitrage ?

55. Deux solutions. En droits français et koweïtien, si l'ensemble des obstacles évoqués peut perturber l'efficacité des mesures provisoires et conservatoires ou bien même empêcher la faculté des arbitres à répondre de manière fructueuse aux besoins des parties demandant ces mesures, il existe en France et au Koweït deux voies de réponse pour surmonter ces difficultés. D'une part, les arbitres peuvent bénéficier de l'avantage du système arbitral qui, en tant que justice privée, leur permet de bénéficier d'une certaine souplesse en termes de procédures. Cette souplesse est notamment révélée par la liberté procédurale de l'instance arbitrale. D'autre part, dans le cas où les arbitres français et koweïtiens ne parviendraient pas à surmonter ces difficultés, quelles que soient leurs natures, le juge étatique pourra intervenir afin d'assister l'arbitre et ainsi de garantir la rapidité et l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires prononcées dans le cadre de l'instance arbitrale. En ce sens, le juge étatique peut intervenir tant avant la constitution du tribunal arbitral, à la demande des parties et ce, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, qu'après la constitution du tribunal arbitral s'il s'avère que cette intervention est nécessaire¹⁹⁰.

56. Efficacité ? En droit français et koweïtien, l'étude approfondie des mesures provisoires et/ou conservatoires et de l'arbitrage nous conduit à nous poser trois questions générales : la compétence des arbitres et des juges étatiques, leurs pouvoirs et les deux procédures des référés, c'est-à-dire le référé arbitral et judiciaire.

57. Tout d'abord, lorsque nous expliquons la compétence de l'arbitre et du juge des référés français et koweïtien, nous envisageons deux compétences ayant une nature différente. La compétence du juge des référés est purement juridictionnelle, alors que la compétence des

¹⁸⁹ B. PASCAL, *Les pensées*, Bureau de la bibliothèque économique, Paris, 1929, p.111.

¹⁹⁰ Cass. Civ. F., 1^{re}, 22 juin 2006 n° 05-17019, Bull. Civ. I, n° 311 p.269. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.211. ; J. BÉGUIN, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage », *JCP E*, 2008, n° 37, 11, 2088. ; H. ALYOUSEFI, *Les effets négatifs de la convention d'arbitrage*, Dar-Alfekar Aljamey, 2014, p.23 s.

arbitres est « mi- contractuelle mi- juridictionnelle »¹⁹¹. Ainsi, il résulte de la nature mixte de l'arbitrage deux points importantes. Selon le premier point, si la compétence du tribunal arbitral n'est valablement pas fondée sur une convention d'arbitrage, il n'y aurait probablement pas un traitement de fond de l'affaire ou même des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre. Concernant le second point, si le tribunal arbitral fonde valablement sa compétence sur une convention d'arbitrage, il existera plusieurs présomptions où la compétence de l'arbitre et du juge des référés sont en concurrence « théorique ». Ainsi, la problématique de la compétence est généralement apparue puisqu'il en résulte plusieurs conséquences en matière du fond de l'affaire et en référé.

58. Ensuite, lorsque nous traitons des pouvoirs des arbitres français et koweïtiens, nous faisons référence uniquement aux conditions de l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires. À cet égard, les conditions des pouvoirs du juge des référés sont préalablement déterminées par les CPC français et koweïtien. Ainsi, le juge étatique n'est lié qu'aux lois de son État pour ordonner lesdites mesures. Cependant, en raison de la nature mixte de l'arbitrage, l'arbitre est lié à la convention d'arbitrage et aussi lié à la loi de son État. En effet, la problématique se trouve parfois lorsqu'il n'existe aucune condition d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires dans le CPCF et le CPCR. De plus, même si le tribunal arbitral fonde sa compétence sur une convention d'arbitrage, les parties sont libres dans cette convention de déterminer la manière avec laquelle la mission sera instruite et jugée. Ainsi, « les arbitres liés par le contrat d'arbitrage devront statuer, à peine de nullité de la sentence, conformément “à la mission qui leur avait été confiée” »¹⁹². Or, il existera plusieurs cas où une mesure provisoire et/ou conservatoire soit demandé mais l'arbitre ne l'ordonne pas malgré la nécessité existante.

59. Enfin, les procédures de référé arbitral sont des procédures qui se heurtent à plusieurs obstacles perturbant ainsi la célérité et l'efficacité des mesures provisoires. En effet, ces obstacles sont souvent envisagés par les arbitres, puisque les droits français et koweïtien ne déterminent pas d'une manière rigoureuse les procédures propres au référé arbitral. La structure de l'arbitrage, établi par les CPC français et koweïtien, oblige parfois l'une de parties à évoquer l'impartialité de l'arbitre puisqu'il traite en même temps le fond de l'affaire et les mesures provisoires. De plus, les procédures de l'intervention du juge d'appui dans la mission arbitrale

¹⁹¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.228.

¹⁹² É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 2.

ne sont parfois pas satisfaites pour les parties à l'arbitrage ou l'arbitre lui-même. Mais encore, la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires n'est pas claire, ce qui amène parfois à un autre obstacle : l'absence d'*imperium* et la possibilité de recevoir l'*exequatur*.

60. Par conséquent, ces trois problématiques générales nous amènent à une question capitale : Le tribunal arbitral est-il un bon moyen de traiter les mesures provisoires et/ou conservatoires ? Afin de répondre à cette question, nous étudieront tout d'abord la compétence et les pouvoirs de l'arbitre, que nous présenterons comme étant une alternative au référé et au pouvoir judiciaire (**Partie I**). Ensuite, nous aborderons le référé arbitral en démontrant et caractérisant son efficacité, que le juge étatique intervienne ou non pendant ou après l'instance (**Partie II**).

PARTIE I : LE RÉFÉRÉ ARBITRALE, UNE ALTERNATIVE EN QUÊTE DE CRÉDIBILITÉ

61. Plusieurs difficultés se posent quant à la question de savoir si le référé arbitral constitue une alternative au référé judiciaire. Ces difficultés concernent la compétence et le pouvoir qu'ont l'arbitre et le juge des référés pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires.

S'agissant de la compétence : Quel est le domaine de compétence du juge des référés ou de l'arbitre français et koweïtien ? Y-a-t-il une coïncidence entre les domaines qui concernent les mesures provisoires et conservatoires ? Quelle sont les effets du fondement conventionnel de la compétence arbitrale sur la compétence judiciaire ? À l'origine, comment les parties établissent la convention d'arbitrage ?

S'agissant du pouvoir : Quelles sont les conditions de pouvoir du juge des référés et de l'arbitre pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires ? S'il existe un encadrement du pouvoir du juge des référés, existe-il également pour l'arbitre ? Enfin les arbitres français et koweïtien peuvent-ils eux aussi agir comme le juge des référés concernant les mesures provisoires et conservatoires ?

Afin de répondre aux questions précédentes, la première partie sera consacrée aux critères de compétence du juge des référés et de l'arbitre français et koweïtien (**Titre I**). La seconde partie sera tournée vers les critères de leurs pouvoirs juridictionnels (**Titre II**).

Titre I : Une indifférence quant au fondement de la compétence

62. Compétence judiciaire. La compétence en générale peut être définie comme une « autorité publique, aptitude légale à accomplir un acte ou à instruire et juger un procès »¹⁹³. Les juges étatiques ont des critères pour encadrer leur compétence spécifique comme les règles de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale. Concernant la compétence d'attribution, elle peut être déterminée conformément à la nature de la juridiction saisie (juge des référés, juge du fond), ou à l'ordre judiciaire (tribunal civil, commercial ou pénal)¹⁹⁴. Quant à la compétence territoriale, elle peut être déterminée généralement selon le lieu où demeure le défendeur¹⁹⁵. En droit français et koweïtien, chaque juridiction étatique a une compétence propre qui la concerne. La compétence du juge des référés français et koweïtien, se détermine généralement conformément aux règles de compétences d'attribution et territoriale qui sont préalablement établies par les deux législateurs¹⁹⁶. Ainsi, le juge des référés dans les deux États à une compétence qui est purement judiciaire.

63. Fondement juridique, conventionnel et exceptionnel. Les fondements juridiques de la compétence du juge des référés et de l'arbitre concernant les mesures provisoires et conservatoires, existent dans le CPCF ainsi que dans le CPCK. Cependant, les arbitres français et koweïtiens bénéficient d'un fondement conventionnel supplémentaire pour déterminer leur compétence concernant les mesures provisoires par rapport aux juridictions étatiques¹⁹⁷. À titre d'illustration, s'il existe un litige entre deux personnes et qu'elles veulent obtenir des mesures provisoires et conservatoires, elles saisissent ordinairement soit une juridiction étatique soit une juridiction « exceptionnelle »¹⁹⁸ comme l'arbitrage. Il ne sera pas nécessaire que la volonté des parties s'exprime dans une convention pour attribuer la compétence au juge des référés pour obtenir lesdites mesures. En effet, ces juges bénéficient déjà des règles et des critères déterminant leur compétence propre par rapport aux autres juridictions. Cependant, il faut tout d'abord que la volonté des litigants soit déjà accordée pour attribuer cette compétence aux

¹⁹³ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.232.

¹⁹⁴ M. DOUCHY-LOUDOT, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Compétence, décembre 2014, n° 3.

¹⁹⁵ L'art. 42 al. 1 du CPCF prévoit que « La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur ».

¹⁹⁶ M. DOUCHY-LOUDOT, « Compétence », préc., n° 3. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures ...op. cit.*, p.351 s.

¹⁹⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.93. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.61.

¹⁹⁸ En droit français et koweïtien, la convention d'arbitrage est une exception aux règles de compétence des tribunaux étatiques c'est-à-dire qu'en présence d'une de ces conventions, le juge étatique du fond soulève d'office son incompétence. En ce sens : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n°107 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.150.

arbitres français et koweïtiens¹⁹⁹. Autrement dit, en cas d'absence d'une convention d'arbitrage, il n'y aura pas lieu de parler du fondement juridique de la compétence des arbitres existant dans l'article 1449 du CPCF et l'article 173 alinéa 6 du CPCK²⁰⁰. Par conséquent, le juge des référés et l'arbitre français et koweïtiens ont une compétence respective qui est juridiquement prédéterminée. Cependant, seuls les arbitre français et koweïtiens qui ont un fondement conventionnel pour leur propre compétence qui peuvent affecter la compétence des juges étatiques.

64. Si les parties veulent obtenir des mesures provisoires et conservatoires, elles saisissent généralement soit un juge étatique soit un arbitre. Ainsi, il sera traité dans un premier temps de la compétence judiciaire du juge des référés (**Chapitre I**) car c'est la compétence générale, et dans un second temps du fondement conventionnel de la compétence exceptionnelle des arbitres et de ses effets sur la compétence du juge étatique (**Chapitre II**).

¹⁹⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.93.

²⁰⁰ L'art. 1449 du CPCF organise en effet la répartition des compétences entre le juge étatique et l'arbitre. Aussi, l'article 137 alinéa 6 du CPCK confère la compétence propre aux arbitres koweïtiens.

Chapitre I : La compétence du juge des référés, une compétence juridictionnelle

65. Règles judiciaires : compétence d'attribution et compétence territoriale. Il existe plusieurs juges dans les tribunaux français et koweïtiens et le choix d'un juge pour obtenir les mesures provisoires et conservatoires n'est logiquement pas laissé à la « fantaisie des plaideurs »²⁰¹. Il existe en effet des règles spécifiques de compétence, matérielle et territoriale, qui sont considérées comme une conséquence de la « division du travail judiciaire »²⁰². Cependant, en droit koweïtien et contrairement au droit français, il existe plusieurs règles pour encadrer la compétence du juge des référés. En principe, les deux États organisent la compétence du juge des référés conformément aux dites règles de compétences matérielle et territoriale²⁰³. Cependant, cette organisation apparaît différente en France et au Koweït. En France, les seuls critères déterminants la compétence du juge étatique quant aux mesures provisoires et/ou conservatoires sont déterminés par les règles relatives à la compétence d'attribution d'une part et à la compétence territoriale d'autre part, ainsi que leurs « prorogations »²⁰⁴.

Au Koweït, il existe également des règles de compétence imposées au juge des référés afin qu'il puisse connaître d'un litige, en particulier les règles d'attribution²⁰⁵. En revanche, il existe deux différences fondamentales entre la France et Koweït. La première spécificité du Koweït est l'absence de règles relatives à la compétence territoriale²⁰⁶. La seconde spécificité du système judiciaire koweïtien, davantage discutable, concerne le recours à certains critères considérés en France comme des critères déterminant le pouvoir du juge et non pas la compétence du juge des référés français²⁰⁷ : l'urgence et le caractère provisoire de la demande en référé. En effet, en ce qui concerne ces deux conditions, si elles ne sont pas remplies, le juge étatique français soulève d'office la fin de non-recevoir alors que le juge étatique koweïtien sera obligé de se déclarer incompetent²⁰⁸.

²⁰¹ N. CAYROL, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Référé civil, mars 2016. n° 44.

²⁰² G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996, p.166.

²⁰³ Sauf les règles de la compétence territoriale, elles ne sont pas organisées en l'État du Koweït.

²⁰⁴ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 52 s. ; M. DOUCHY-OU DOT, « Compétence », préc., n° 10 s.

²⁰⁵ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.351. ; s. A. MAHMOD, *Le précis des procédures civiles*, 1^{re} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2011, p.178.

²⁰⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de...op. cit.*, p.505. ; Et du même auteur : *Les procédures...t. I*, p.358 s.

²⁰⁷ En guise d'illustration, les critères de saisine du juge des référés français en cas de référé ordinaire sont l'urgence et l'absence de contestation sérieuse. En ce sens : l'art. 834 du CPCF prévoit que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

²⁰⁸ *Infra* : n° 156 s.

66. En raison de l'existence de ces différences fondamentales dans l'appréhension des règles de compétence dans les deux systèmes juridiques, les règles de compétence matérielle et territoriale du juge des référés en France et au Koweït (**Section 1**) seront abordés avant les critères de compétence controversés de l'urgence et du caractère provisoire de la demande en référé (**Section 2**).

Section 1 : Les règles matérielle et territoriale, critères de compétence du juge des référés

67. En général, la question des règles concernant la compétence des juges des référés induit en priorité une réflexion sur la concurrence entre les juges des référés désignés compétents sur les plans matériel et territorial. Par exemple, un même litige peut concerner à la fois les matières civiles et administratives et ainsi entraîner une concurrence de compétences entre deux juges des référés. En l'espèce, l'objectif de notre recherche sera plutôt d'aborder la question de la concurrence théorique de la compétence des juridictions étatiques et arbitrales.

Ainsi, il conviendra à des fins explicatives d'analyser en premier lieu et dans le présent chapitre la difficulté antérieure de la concurrence qui peut exister entre les juridictions étatiques entre elles et notamment entre juge du fond et juge des référés²⁰⁹. En effet, à l'occasion d'un litige, il arrive que les parties soient confrontées à une hésitation concernant la désignation de la juridiction compétente : la juridiction du fond ou la juridiction des référés. Dans ce contexte, il faudra nécessairement exposer les règles générales de compétence applicables aux parties au litige au niveau étatique.

Ainsi, nous aborderons d'abord la compétence d'attribution du juge du provisoire (§1). Ensuite, nous traiterons la question de la compétence territoriale du même juge (§2).

§ 1 : La compétence d'attribution du juge des référés

68. La compétence d'attribution était anciennement nommée compétence absolue, matérielle ou *ratione materiae*²¹⁰. Au fil du temps, ces différentes notions ont fait en France

²⁰⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 56.

²¹⁰ M. DOUCHY-OUDOT, « Compétence », préc., n° 3.

l'objet d'une controverse entre Henry SOLUS et Charles ESEINMANN²¹¹. Cependant, le critère d'utilisation d'un terme ou d'un autre découle simplement de la distinction entre les divers contentieux ou tribunaux²¹². À *priori*, la notion de compétence d'« attribution » peut être utilisée pour expliquer la concurrence entre le juge du fond et le juge des référés²¹³.

Alors que la compétence d'attribution vise techniquement à déterminer la juridiction qui s'avérera compétente lors d'un litige, il est nécessaire d'employer la notion de « compétence d'attribution » avec précision dans l'objectif de démontrer que le choix de recourir à un juge des référés ou bien à un juge du fond pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires relève du choix libre des parties au litige (A). Cependant, cette liberté de choix n'est pas absolue devant les tribunaux étatiques (B).

A : La compétence partagée en matière de référé judiciaire

69. En général et peu importe les exceptions et la compétence exclusive qui concerne les juges étatiques, les parties en droit français et koweïtien disposent généralement d'une option de compétence entre juridiction des référés ou juridiction du fond pour régler leurs litiges. Par ailleurs, lors d'une instance au fond, les parties peuvent avoir le choix de continuer l'instance soit au fond, soit dans le cadre d'un référé.

Ainsi, nous reviendrons dans un premier développement sur le libre choix offert aux parties quant à la compétence du juge du fond ou du juge des référés pour trancher leur litige. Il conviendra alors de démontrer les avantages et les inconvénients de chaque solution, ceux-ci découlant nécessairement du caractère facultatif de la compétence choisie par les parties (1). Dans un second temps, le cas de l'existence d'une procédure de référé au cours d'une instance au fond sera développé et il conviendra d'envisager la condition de litispendance qui a vocation à s'appliquer dans les deux États (2).

1 : Le caractère facultatif de la compétence du juge des référés et du juge du fond

²¹¹ H. SOLUS, « Compétence territoriale et compétence d'attribution », JCP I, 1947, p.663. ; Ch. ESEINMANN, « Sur la compétence des juridictions », *D.*, 1948. Chron., 49.

²¹² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 130.

²¹³ *Ibidem*.

70. Si les parties en France et au Koweït disposent d'une option de compétence entre le juge des référés et le juge du fond pour régler leur litige, chaque choix a des avantages et des inconvénients en particulier concernant la célérité, la simplicité et l'efficacité de la procédure. Ainsi, le mécanisme guidant le choix d'une telle procédure de référé dans les deux États, les exceptions s'opposant à la liberté des parties ainsi que les considérations qui vont influencer sur le choix des parties seront les points de départ de notre réflexion.

71. Le choix facultatif des parties en France. En France, la doctrine adhère généralement à l'idée de l'option entre la compétence de la juridiction de référés et la juridiction du fond²¹⁴. À ce titre, le professeur Nicolas CAYROL introduit sa pensée en disant que les parties d'un litige « [ont] toujours le choix entre une juridiction du fond et une juridiction des référés. Ce luxe constitue aujourd'hui la solution de principe. Sauf exception, c'est-à-dire cas de compétence exclusive de la juridiction du fond, pour la même matière litigieuse, un plaideur a toujours à sa disposition deux juges compétents : un juge du fond et un juge des référés »²¹⁵. La pensée de professeur CAYROL est justifiée par l'article 810 du CPCF, car le président du tribunal de grande instance a un pouvoir en toutes matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé. Ainsi, SOLUS et PERROT estiment également de leur cotée que « grâce à cette compétence en quelque sorte "résiduelle" qui appartient au président du tribunal de grande instance [au président du tribunal judiciaire]²¹⁶, aucune matière n'échappe plus à la procédure de référé »²¹⁷. En effet, il existe deux exceptions apportant la preuve que la compétence entre le juge des référés et le juge du principal n'est pas toujours facultative. La première exception concerne la matière commerciale plus précisément alors que lors de la vente d'un fonds de commerce l'autorisation de toucher le prix de vente est ordonnée par le juge des référés qui a dans ce cas compétence exclusive²¹⁸. La deuxième exception concerne les demandes de mesures d'instruction²¹⁹.

Par conséquent, à l'exception de ces deux cas, le choix des parties est libre ce qui permet d'affirmer le caractère facultatif de la compétence du juge des référés²²⁰.

²¹⁴ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1200-90, « Référés, généralités, compétence », n° 41.

²¹⁵ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 61.

²¹⁶ Le tribunal judiciaire et le président du tribunal judiciaire sont issus de la fusion du tribunal d'instance (TI) et du tribunal de grande instance (TGI), qui est codifié par loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²¹⁷ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, Sirey, 1991, n° 1254.

²¹⁸ En ce sens : L'art. L 141-15 du code de commerce.

²¹⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 61.

²²⁰ *Ibidem.* ; En ce sens : D. LEFRANCE, « Censurer Coluche, à quel titre ? », *D.*, 2009, n° 852.

72. Le choix facultatif des parties au Koweït. Nous pouvons nous inspirer de l'idée de la compétence partagée entre les deux juridictions en l'appliquant au droit koweïtien. Selon le professeur CAYROL, « l'option de compétence entre les juridictions du fond et celles des référés a acquis une portée quasi générale »²²¹. Ainsi, en droit koweïtien, rien n'empêche de dire que l'option de compétence entre le juge des référés et le juge du fond existe également pour les plaideurs. En effet, l'article 31 alinéa 2 du CPCK prévoit clairement que « la compétence du juge des référés, n'évacue pas celle de la juridiction du fond, à condition que ces questions soient soumises à ce dernier, en tant qu'accessoire ».

Par ailleurs, la doctrine koweïtienne fait implicitement référence à l'idée de la compétence partagée²²². *A contrario*, il convient de préciser que le droit koweïtien ne connaît pas les mêmes exceptions que le droit français. Cependant, le droit koweïtien connaît tout de même une exception spécifique qui est celle de la litispendance et qui sera expliquée ultérieurement²²³. Ainsi, les deux systèmes juridiques imposent de s'interroger sur les critères qui vont influencer les parties dans leur choix de compétence partagée.

73. Critères de l'option de compétence. La juridiction des référés et la juridiction du fond en droit français et koweïtien offrent parallèlement des avantages pour les litigants. À cet égard, les plaideurs peuvent logiquement choisir soit le juge des référés soit le juge du fond, ou plus précisément, la juridiction qui garantit au mieux leurs intérêts. Cependant, le choix²²⁴ des parties dépend généralement de considérations concernant la célérité, la simplicité des procédures ou encore l'efficacité des différentes procédures ou des décisions prononcées.

74. Célérité. La célérité des procédures qu'elles soient menées au fond ou en référé est un critère essentiel pour les litigants²²⁵. Par exemple, les procédures de référés en France et au Koweït bénéficient de délais plus courts que les procédures au fond, notamment dans le cas des délais classiques faisant référence à l'urgence ou dans la configuration plus spécifique de l'urgence absolue (c'est le référé d'heure à heure)²²⁶. De surcroît, les décisions en matière de

²²¹ N. CAYROL, « Litispendance », RTD civ., 2015, p. 700.

²²² A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, p.401 s. ; T. RESQ, *Le précis en procédures civiles koweïtiennes et ses modifications selon la loi du 2015, par rapport à la doctrine et à la jurisprudence*, t. I, 1^{ère} éd., Dar Alnahdah, 2016. p.221.

²²³ *Infra* : n° 90.

²²⁴ La représentation des parties,

²²⁵ X. VUITTON, « Référés, généralités, compétence », préc., n° 41 s. : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 68. : T. RESQ, préc.

²²⁶ Le référé heure à heure est un délai de la comparution qui sont très courtes. En ce sens : X. VUITTON. *J. Cl. Civile*, synt. 160, « Référés civils », n° 24. : S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.59 s.

référé en France et au Koweït doivent être prononcées par le juge des référés dans un délai bref²²⁷. En revanche, dans certaines situations les juges du fond français et koweïtiens disposent tout de même de délais courts pour trancher le litige pouvant se rapprocher des délais imposés aux juges des référés. Notamment, en matière d'élections professionnelles le droit du travail français, dans l'article R. 221-27 du code de l'organisation judiciaire et l'article L. 2314-25 du code du travail, met en place une option entre le juge des référés et le juge du fond à la disposition des parties. Toutefois, dans ce cas il est intéressant de noter que le juge du fond doit trancher le litige dans un délai de dix jours²²⁸. De plus, en droit koweïtien, il est également important de souligner qu'il existe une obligation de célérité s'imposant au juge du fond dans le cadre de l'article 564 du code du commerce relatif à la faillite. Néanmoins, que ce soit en France ou au Koweït, les parties choisissent souvent le juge des référés en raison du caractère rapide de la procédure²²⁹ pour obtenir « une décision exécutoire immédiatement »²³⁰.

75. Simplicité. S'agissant de la simplicité des procédures, celle-ci ne constitue que rarement un problème. La représentation des parties est facultative devant le juge des référés français²³¹ et koweïtien²³². Par ailleurs, les procédures de référé sont également des procédures orales dans les deux États²³³. Au contraire, la représentation par avocat ou l'écrit des procédures sont parfois des exigences imposées dans certaines procédures au fond complexifiant le litige pour les parties qui s'orienteront ainsi plus naturellement vers une procédure de référé²³⁴.

76. Efficacité. Concernant l'efficacité des décisions, elle dépend évidemment du caractère obligatoire de leur exécution. Au Koweït comme en France, les parties sont généralement confrontées à des juridictions dont les décisions sont nécessairement rendues soit

²²⁷ TGI Paris, 24 janvier 2002, *Gaz. Pal.*, p.43, note A. BLANCHOT. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...* t. I, *op cit.*, p.400 s.

²²⁸ N. CAYROL, « Référé civil », *préc.*, n° 61.

²²⁹ X. VUITTON, « Référés, conditions générales des pouvoirs... », *préc.*, n° 8. ; T. RESQ, *préc.*

²³⁰ X. VUITTON, « Référés, généralités, compétence », *préc.*, n° 41.

²³¹ Concernant le droit français, il faut noter qu'il existe des exceptions issues de loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019). En effet, la représentation par avocat est désormais obligatoire lorsque le mode de saisine de la juridiction doit se faire par voie d'assignation, lorsqu'il est demandé l'exécution provisoire d'une décision de justice et pour les questions liées aux compétences du juge de la mise en état.

²³² J. HÉRON, Th. Le BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, n° 568. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé en droit koweïtien*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2015, p.103.

²³³ N. CAYROL, « Référé civil », *préc.*, n° 509. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...* t. I, *op cit.*, p.400 s.

²³⁴ J-J. TAISNE, M. DOUCHY-OUODOT, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Avocat, Avril 2018, n° 2 s. ; M. YASSIN, *La théorie du procès en Charia et en procédures civiles et commerciales koweïtiennes*, 3^{ème} éd., Dar Alnafaes, 2005, p.455.

au principal soit au provisoire. La décision prononcée par les juges du fond français et koweïtien est couverte principalement par l'autorité de la chose jugée²³⁵. De plus, les décisions prononcées par le juge du fond tranchent totalement le litige des parties en mettant fin au contentieux. *A contrario*, les décisions prononcées par le juge des référés, en France et au Koweït, n'ont pas – au principal – l'autorité de la chose jugée²³⁶. Par ailleurs, elles ne tranchent généralement pas le litige principal des parties mais elles leur donnent une solution rapide bien que provisoire.

77. Il est également nécessaire de préciser que les parties en France et au Koweït n'ont fréquemment pas besoin d'une décision rendue au principal pour deux raisons. La première est qu'il existe en France de très nombreux cas dans lesquels les décisions prononcées par le juge des référés sont suffisantes pour régler le contentieux²³⁷. Sur cette question, la doctrine koweïtienne est en revanche complètement silencieuse. Cependant, la logique judiciaire au Koweït permet de tirer la même conclusion. La seconde est que si l'ordonnance de référé n'a pas principalement l'autorité de la chose jugée et ne met généralement pas fin au litige, elle peut être obtenue dans un délai très court et permettre aux parties de bénéficier de l'exécution provisoire²³⁸. Pour ces raisons, les parties choisissent de manière générale plus naturellement le juge des référés²³⁹. Or, il faut noter qu'en France ou au Koweït, ce choix récurrent du référé induit un risque probable pour les parties de devoir plaider deux fois : une fois devant le juge des référés puis, une seconde fois, devant le juge du fond du fait de l'autorité provisoire de l'ordonnance de référé²⁴⁰.

78. Le choix des parties, avantages et inconvénients. Le choix entre la compétence du juge des référés ou la compétence du juge du principal implique des conséquences concernant la durée de la procédure ou les délais impartis, la simplicité de la procédure ou encore son efficacité.

En droit français et koweïtien, les parties qui saisissent le juge des référés obtiendront forcément et uniquement des mesures provisoires et/ou conservatoires et non pas des décisions

²³⁵ Y. STRICKLER, *Manuels de Procédure civile*, Larcier, 6^{ème} éd., 2015-2016, p.277 s. ; W. RAGEB, *Les principes de la juridiction civile*, 4^{ème} éd., Dar Alfeqr Alarabie, 2004, p.692.

²³⁶ H. CROZE, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 20, « Référé, procédure », 2016, n°38 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. II, op. cit.*, p.676 s.

²³⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 70.

²³⁸ L'exécution provisoire peut être définie comme la « faculté accordée à la partie gagnante à un procès de poursuivre, à ses risques et périls, l'exécution immédiate de la décision judiciaire ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.482.

²³⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 70.

²⁴⁰ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1200-90, « Référés, généralités, compétence », n°41. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.402.

au fond. Les décisions au provisoire n'ont généralement pas l'autorité de la chose jugée contrairement aux décisions au fond, mais elles seront obtenues nécessairement dans un temps plus court que le temps prévu pour l'obtention des décisions au fond.

Ainsi, c'est ce qui est affirmé d'une part par le professeur CAYROL de manière explicite, et d'autre part par la doctrine koweïtienne de manière implicite. Il est en effet généralement considéré que la bonne pratique de cette option entre la compétence du juge des référés ou du juge du fond est de savoir que chaque voie a des avantages et des inconvénients comme cela a été expliqué (les délais, la simplicité et le type des décisions)²⁴¹.

79. Par contre, le choix ouvert aux parties entre le juge des référés et le juge du fond tel qu'il existe en France et au Koweït ne peut généralement pas donner lieu à un cumul d'option²⁴². A cet égard, il est intéressant de se demander si les parties en France et au Koweït ont le droit d'agir devant les deux juges en même temps (en référé et au fond). Ou encore, si le même juge, qu'il soit français ou koweïtien, peut prononcer ses décisions à la fois au référé et au fond notamment au cours d'une instance au fond.

2 : Le référé en cours d'instance au fond

80. Lorsque les parties sont confrontées à un choix entre procédure au fond et procédure en référé, que ce soit en droit français ou koweïtien, elles peuvent agir en justice devant le juge des référés et/ou devant le juge du principal. Cependant, cette option procédurale induit deux questions principales. La première est celle de savoir si les parties peuvent agir en justice, au fond et en référé en même temps et sans l'existence de la question de « litispendance »²⁴³. Autrement dit, il s'agit de savoir si les compétences du juge des référés et du juge du principal sont des compétences « cumulatives »²⁴⁴. La seconde question sera par ailleurs de savoir si les plaideurs peuvent saisir un seul magistrat pour obtenir des décisions au fond et des mesures provisoires sans qu'il y ait remise en question de la partialité du juge.

²⁴¹ N. CAYROL, « Du bon usage de l'option de compétence entre juridiction des référés et juridiction du principal », RTD civ., 2017, p.727. ; En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.402 s.

²⁴² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 65.

²⁴³ La litispendance peut être ordonnée « lorsque le même litige que celui dont un tribunal est saisi, est porté devant une seconde juridiction de même degré et également compétente pour en connaître ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.659.

²⁴⁴ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 73.

81. Agir en justice ; au fond et en référé devant deux juges. En droit français et koweïtien, il existe des cas de litispendance, notamment dans le cadre des tribunaux civils mais également dans le cadre d'autres tribunaux comme le tribunal pénal. À titre d'illustration, l'article 5 du code de procédure pénale français, confirme *à priori* l'existence d'une litispendance, de même que l'article 113 du code de procédure pénale koweïtien²⁴⁵. Cependant, si un plaideur exerce, en France et au Koweït, son action pour demander une réparation de son préjudice devant une juridiction civile, il ne peut plus redemander une telle réparation devant une juridiction répressive. À cet égard, dans les deux pays, si la victime choisit une juridiction civile, son choix donne une compétence exclusive à cette juridiction²⁴⁶. Ainsi, elle ne peut plus opter pour la juridiction pénale. En effet, les juridictions civiles se rapprochent des juridictions pénales en France comme au Koweït, puisqu'elles existent pour « donner satisfaction au fond à la victime »²⁴⁷.

Par conséquent, la situation de litispendance n'existe pas en France et au Koweït entre les tribunaux pénaux et civils²⁴⁸. De la même manière, la litispendance ou plus généralement le risque de contrariété n'existe pas entre les décisions du juge des référés et du juge du principal français et koweïtien grâce au caractère provisoire de l'ordonnance de référé tel qu'il a déjà été démontré²⁴⁹.

82. Admission de référés en cours d'instance. En droits français et koweïtien, il n'existe aucun texte général dans le CPCF ou le CPCK qui organise le recours au juge des référés lors de la saisine préalable du juge du fond (le référé en cours d'instance au fond)²⁵⁰. En revanche, la Cour de cassation française est intervenue concernant le risque de contrariété des jugements entre le juge des référés et le juge du fond.

²⁴⁵ L'art. 113 du code de procédures pénales koweïtien prévoit que « le tribunal pénal a le droit de trancher le litige pénal et civil en même dans le procès concernant une préparation de préjudice, [...], il a le droit d'ajourner le litige civil pour une autre séance, ou le renvoi à un autre tribunal qui est compétent ».

المادة ١١٣ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي تنص على " تفصل المحكمة في نفس الحكم الذي تصدره في الدعوى الجزائية في طلبات التعويض المقدمة لها من الخصوم (...) وتؤجل النظر في الدعوى المدنية الى جلسة أخرى، او تحيلها الى المحكمة المدنية المختصة".

²⁴⁶ X. VUITTON, « Référés, civils », préc., n° 30. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 74. ; M. ALNOWYBET, *L'intermédiaire de l'explication du code de procédures pénales koweïtien*, 2^{ème} éd., 2008, p.389 s.

²⁴⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 75.

²⁴⁸ *Ibidem.* ; M. ALNOWYBET, préc.

²⁴⁹ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.19. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 75. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.427.

²⁵⁰ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.401. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 77.

83. Dans un premier temps, elle a admis en 1806 l'hypothèse de la litispendance en dégageant un principe selon lequel le juge des référés doit renvoyer les parties voulant des mesures provisoires à la juridiction qui a déjà été saisie dans un premier temps, soit le juge du principal²⁵¹. En effet, dans sa décision, la Cour de cassation introduit sa pensée en considérant qu'il existe une situation de litispendance entre les décisions du juge des référés et les décisions du juge du principal. Toutefois, « tout au long du XIXe siècle, la question du référé en cours d'instance fut controversée. Précisément, les tribunaux et les docteurs discutaient de l'exception de litispendance, hypothèse où le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître »²⁵².

Dans un second temps, en revanche, la Cour de cassation a finalement trouvé une solution à l'exception de litispendance en rejetant en 1910 l'hypothèse de la litispendance en admettant le référé en cours d'instance au fond²⁵³. Ainsi, Roger PERROT considère qu'il n'existe jamais de situation de litispendance entre la demande en référé et la demande principale qui a été portée devant le juge du fond²⁵⁴.

Le droit koweïtien semble suivre la décision de la Cour de cassation française de l'année 1910 concernant le référé en cours d'instance au fond. Selon la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes, les plaideurs peuvent saisir le juge des référés après avoir saisi le juge du principal, c'est-à-dire qu'ils peuvent agir au fond et en référé²⁵⁵. La doctrine considère également qu'il n'y a pas de situation de litispendance entre les décisions rendues par les juges du référé et du principal puisque les décisions du juge des référés ne lient pas le juge du principal du fait de leur caractère provisoire²⁵⁶. À cet égard, AZMI ABDULFATTAH justifie cette tendance en disant que « c'est évident. L'existence d'un procès devant le juge du fond

²⁵¹ Cass. Req., 17 décembre 1860, DP, 1861, 1, p.299.

²⁵² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 78. ; Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*

²⁵³ Cass. Civ. 4 mai 1910, DP, 1910, 1, p.385, note H. LALOU.

²⁵⁴ En droit commercial français, il existe deux situations dans lesquelles la compétence de juge des référés est nécessairement subordonnée à la saisine préalable du juge du fond. En matière de chèque, l'art. L. 131-79 du code monétaire et financier prévoit que « les contestations relatives à l'interdiction d'émettre des chèques [...] sont déferées à la juridiction civile ». Du plus, en matière de concurrence, l'art. L. 442-6, IV du code de commerce dispose que « le président de la juridiction saisie peut, en référé, enjoindre la cessation des agissements en cause ou ordonner toute autre mesure provisoire ». Cependant, ce dernier cas est contraire à l'esprit du référé. Ainsi, la loi du 15 mai 2001 qui réforme l'article L. 442-6 du code de commerce prévoit que « le juge des référés peut ordonner la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure provisoire » En ce sens : H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire...t. III, op. cit.*, p.1254. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 79.

²⁵⁵ Cass. Civ., K., 2 février 2004, n° 112/2003. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.404.

²⁵⁶ W. RAGEB, S. MAHMOUD, *Les procédures civiles koweïtiennes, conformément à ses dernières modifications*, 1^{re} éd., L'institution de Dar Alkotob, 1994, p.173. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.399 s.

n'empêche pas la partie qui en a le droit d'exercer son action devant le juge des référés puisque la compétence est partagée »²⁵⁷.

84. Agir en justice ; au fond et en référé devant un seul magistrat. Il reste encore une interrogation en France et au Koweït concernant l'opportunité d'agir devant un seul et même juge à la fois au fond et en référé. Dans cette hypothèse, la question de la concurrence entre le juge des référés et le juge du principal n'est pas en jeu, puisqu'un seul acteur de la justice interviendra pour résoudre les deux niveaux du litige. En général et peu importe que l'on se situe en France ou au Koweït, cette hypothèse d'un juge unique existe presque dans tous les pays du monde qui confèrent dans certains cas à un seul juge le pouvoir de prononcer des mesures provisoires au sein des décisions au fond.

85. En France et avant la loi numéro 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, cette question se posait dans les cas où il n'existait pas de président du tribunal, particulièrement dans le cadre des « tribunaux d'instance ». Cependant, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 de cette loi, les tribunaux d'instance et de grande instance ont fusionné pour créer une porte d'entrée unique à la justice : le Tribunal Judiciaire (TJ)²⁵⁸. Au sein de ce tribunal judiciaire, le juge qui tranche l'affaire au fond peut être lui-même le juge des référés²⁵⁹. Au Koweït la situation est la même lorsque le juge qui tranche l'affaire au fond, est également compétent – sous une condition principale –²⁶⁰ pour connaître la demande en référé et la demande principale.

86. Dans cette hypothèse de la compétence du juge du fond pour rendre des mesures provisoires, que ce soit en France ou au Koweït, le risque est que le même magistrat juge la même affaire deux fois (au fond et en référé). Cela porte inévitablement atteinte au droit des parties à un procès équitable. À cet égard, la Convention Européenne de Droit de l'Homme

²⁵⁷ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.404.

²⁵⁸ N. FRICERO, *Procédure civile*, 18^{ème} éd., Lextenso, 2021, p.160 s.

²⁵⁹ Le président du tribunal judiciaire « dispose ainsi d'une compétence générale subsidiaire qui lui permet de statuer sur un litige ne relevant des attributions d'aucune autre juridiction ou sur une affaire qui, au fond, devrait être soumise à un tribunal ne possédant pas de formation de référés ou dont la formation de référés dispose de pouvoirs plus restreints que ceux du président du tribunal judiciaire ». En ce sens v. : S. GUINCHARD, M. BANDRAC, C. BLÉRY, G. BOLARD, V. BOLARD, N. CAYROL, D. CHOLET, D. d'AMBRA, C. FATTACCINI, F. FERRAND, N. FRICERO, H. GERP, *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2021/2022, p.280 s.

²⁶⁰ Cette condition concerne le lien entre la demande en référé et le litige principal. En ce sens v. *Infra* : n° 90.

(CEDH) traite de cette question de l'impartialité du magistrat dans son article 6 qui affirme le droit à un procès équitable au profit des plaideurs.

Toutefois, bien que le Koweït ne soit pas parti à la CEDH, l'influence de cette convention est importante dans la pratique judiciaire koweïtienne. Alors que le législateur, la jurisprudence et la doctrine koweïtienne sont complètement silencieux concernant la possibilité d'un magistrat de préjuger deux fois son affaire, le magistrat confronté en pratique à une question d'impartialité peut s'abstenir de traiter le litige. En effet, selon l'article 150 alinéa 5 du CPCK, tout magistrat peut demander tout au long de l'instance au président du tribunal²⁶¹ le droit de s'abstenir de traiter le litige s'il sent qu'il est confronté à une situation délicate concernant par exemple son impartialité. N'importe quelle raison peut justifier une telle abstention. La doctrine koweïtienne estime à cet égard que la question de l'impartialité a été laissée à la « conscience du magistrat »²⁶² qui doit de lui-même conscientiser sa « peur de l'impartialité ».

En France, la situation est très différente par rapport au Koweït puisque le droit français tire ses principes de la CEDH. Ainsi, dans l'hypothèse d'un cumul des pouvoirs, lorsqu'un seul magistrat statue deux fois au fond comme par exemple sur un référé-provision, celui-ci n'est pas impartial au sens de l'article 6 de la CEDH²⁶³. *A contrario*, s'il s'agit d'un seul magistrat prononçant des décisions simultanément au fond et en référé, la jurisprudence et la doctrine françaises ont légitimé ce cumul. À cet égard, la Cour de cassation française a considéré, dans un arrêt d'Assemblée Plénière, que si le juge du fond qui siège en référé ordonne uniquement une mesure conservatoire, il ne prend pas partie à l'affaire. Il sera donc impartial, ce qui garantira l'équité du procès²⁶⁴. Cependant, cette solution de la Cour de cassation ne permet pas toujours au magistrat de statuer au fond et en référé. En effet, la Cour de cassation française, dans un arrêt d'Assemblée Plénière en date du 6 novembre 1998, a jugé que « lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation »²⁶⁵. Ainsi, le principe général dégagé par de la Cour de cassation

²⁶¹ Il s'agit d'une demande qui peut être présentée au juge du fond (lorsqu'il prononce une décision sur le fond et en référé) ou au juge des référés.

²⁶² A. ABDULFATTAH, *Les procédures...*t. I, *op. cit.*, p.121. En ce sens voir également : W. RAGEB, S. MAHMOUD, *Les procédures civile...op. cit.*, p.120 s. ; T. RESQ, préc.

²⁶³ S. GUINCHARD, M. BANDRAC, C. BLÉRY, G. BOLARD, V. BOLARD, N. CAYROL, D. CHOLET, D. d'AMBRA, C. FATTACCINI, F. FERRAND, N. FRICERO, H. GERP, *Droit et pratique...*, 10^{ème} éd., *op. cit.*, p.236.

²⁶⁴ Cass F. Ass. plén. 6 novembre 1998, n° 95-11.006, Bull. A.P, n° 4. ; En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 2^{ème}, 4 décembre 2003, n° 01-16.420, Bull. civ. II, n° 361, p.298.

²⁶⁵ Cass F. Ass. plén., 6 novembre 1998, n° 94-17.709, Bull. A.P, n° 5.

dans cet arrêt, qui est réaffirmé également par la doctrine française, est que le magistrat peut statuer au fond et en référé « si et seulement la décision rendue en référé ne préjuge pas du fond de l'affaire »²⁶⁶. L'on peut remarquer ainsi qu'il y a en pratique un équivalent entre les solutions koweïtienne et française. En effet, dans les deux États, le magistrat est libre d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires à condition de ne pas prendre parti à l'affaire, et de ne pas affecter de ce fait l'équité du procès.

87. Si la compétence d'attribution du juge des référés est partagée en France comme au Koweït avec le juge du principal, et si les parties peuvent agir au fond comme en référé, notamment dans le cadre d'une instance en cours, cette compétence partagée et cette liberté des parties sont limitées.

B : La compétence limitée en matière de référé judiciaire

88. La compétence des juges des référés français et koweïtien est parfois limitée lorsque les parties ont besoin de mesures provisoires et/ou conservatoires. Le degré de cette limitation est cependant différent selon les cas. Ainsi, le juge des référés est *a priori* compétent en fonction des matières litigieuses lorsqu'il intervient en cas de référé en cours d'instance au fond, dès lors que toute question de litispendance est exclue (1). En revanche, la compétence du juge des référés sera écartée lorsqu'un juge du fond sera exclusivement compétent (2).

1 : Les règles souples limitant la compétence du juge des référés

89. En France comme au Koweït, il n'existe pas de litispendance entre les décisions du juge des référés et celles du juge du principal. C'est le cas lorsque les parties agissent en justice devant le juge du fond pour trancher le litige principal, de même que devant le juge des référés pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires. Toutefois, l'hypothèse de la

²⁶⁶ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 86. ; En ce sens v. également : M. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », D., 1999, n° 53. ; J.-F. BURGELIN, « Quand le juge des référés prend parti », D., 1990, n° 1. ; J. NORMAND, « Du quelques limites du référé provisoires », RTD civ., 1999, n° 177. ; K. BUTÉRI, « La participation du juge des référés à la formation de jugement au fond », D., 2004, p.2586. ; R. PERROT, « Impartialité du juge et cumul des fonction », RTD civ., 1999, n° 193.

litispendance peut être remise en lumière lorsqu'un même litige est soumis en même temps au juge du fond et au juge des référés, pour obtenir des mesures provisoires similaires²⁶⁷. Dans ce cas-là, les deux États offrent des règles souples limitant la compétence du juge des référés et celui-ci n'est pas complètement privé de sa capacité d'intervention en vue d'ordonner des mesures provisoires. Cependant, cette compétence parallèle entre juge des référés et juge du fond connaît des limites.

90. Limite de la compétence du juge des référés koweïtien. En droit koweïtien, l'article 31 alinéa 1 du CPOK prévoit que : « [il] sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal, des questions suivantes : 1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. 2- La question des contentieux de l'exécution provisoire ».

Ainsi, selon la doctrine koweïtienne, la règle générale est que le juge des référés est le seul compétent pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires²⁶⁸. Toutefois, il existe une exception dans le cas de l'existence d'un procès qui a été déjà présenté devant le juge du fond. Dans cette hypothèse, les parties ont une option pour présenter leur demande de référé, soit devant le même juge du fond, soit devant le juge des référés pour obtenir uniquement des mesures provisoires et/ou conservatoires²⁶⁹. À propos de cette exception, la jurisprudence et la doctrine conditionnent l'obtention des mesures provisoires au rapport ou au lien existant entre la demande principale présentée devant le juge du fond et la demande en référé présentée de nouveau devant le même juge²⁷⁰.

À cet égard, la Cour de cassation koweïtienne considère que la célérité des procédures et l'équité du procès exigent nécessairement la présentation de la demande de référé devant le juge du fond et non pas devant le juge des référés²⁷¹. Or, la doctrine koweïtienne interprète cette jurisprudence en considérant que la Cour de cassation, de manière implicite, n'oblige pas les parties à saisir uniquement le juge du fond, elles ont également la faculté de choisir la compétence du juge des référés pour obtenir des mesures provisoires²⁷².

²⁶⁷ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.19.

²⁶⁸ T. RESQ, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.401 s. ; W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de procédure civile selon les dernières modifications législative*, L'institution de Dar Alkotob, 1994, p.168.

²⁶⁹ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.402.

²⁷⁰ *Ibidem.* ; Cass. Civ. K., 2 février 2004, n° 112/2003. ; Cass. Com. K., 11 mai 2002, 668/2001. ; CA. com. 13 novembre 2000, n° 1322/2000.

²⁷¹ Cass. Civ. K., 25 mai 1966, n° 17/1966. ; Cass. Civ. K., 25 mai 1966, n° 183/1966. ; Cass. Civ. K., 25 mai 1966, n° 1261/1966.

²⁷² A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.403.

Par conséquent, le juge des référés a la faculté d'intervenir pour ordonner lesdites mesures, mais seulement tant que les parties n'ont pas soumis leur demande à un juge du fond. Ici, l'on peut voir clairement la question de la litispendance. La litispendance disparaît dès lors que les parties agissent au fond devant le juge du principal et en référé devant le juge du provisoire, ou encore en référé et au fond devant un seul juge. *A contrario*, elle apparaît lorsqu'une même demande en référé est présentée devant deux juridictions différentes pour obtenir des mesures similaires.

91. Limites de la compétence du juge des référés français. En France, la question de la litispendance peut être posée lorsqu'il y a simultanéité entre une décision du juge du fond et une décision du juge des référés lorsque ce dernier intervient pour ordonner des mesures provisoires, une situation de litispendance intervient donc dans le cas où un juge du fond a déjà été désigné pour ordonner les mêmes mesures provisoires²⁷³. En effet, lorsqu'un procès est déjà en cours sur le fond, on exclura la compétence du juge des référés dans quatre cas en droit français :

Tout d'abord, au sens de l'article 789 alinéa du CPCF, la compétence du juge des référés sera exclue quand la demande des plaideurs a été présentée postérieurement à la désignation d'un juge de la mise en état. Ce dernier est compétent pour « accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable » et encore pour « ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ». Cependant, la doctrine affirme qu'avant la désignation d'un juge de la mise en état, le juge des référés garde sa compétence pour prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires²⁷⁴. À cet égard, il a été jugé par la Cour de cassation qu'« à partir de la désignation du juge de la mise en état, le juge des référés est incompétent »²⁷⁵.

Ensuite, la compétence du juge des référés sera exclue dans le cas de l'attribution de la compétence à un juge unique²⁷⁶. L'article 813 du CPCF prévoit que « lorsqu'une affaire est attribuée au juge unique, celui-ci exerce les pouvoirs conférés tant au tribunal qu'au juge de la

²⁷³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 91 s.

²⁷⁴ *Ibidem.* ; X. VUITTON, « Référés, Ordonnance, Caractéristique... », *op. cit.*, n° 41.

²⁷⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 12 décembre 1976, n° 76-101.30, Bull. civ. II, n° 329, p.257. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 12 décembre 1976, n° 75-13.429 et 75-14091, Bull. civ. II, n° 330, p.255.

²⁷⁶ Le terme « juge unique » est un terme qui concerne une hypothèse dans laquelle il n'y a qu'un seul magistrat qui siège à l'audience. En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.625.

mise en état ». Cet article implique que la compétence du juge des référés est limitée lorsque l'affaire est conférée à un juge unique. Ainsi, il résultera de ce mécanisme les mêmes conséquences que dans le cas de la compétence du juge de la mise en état²⁷⁷.

Par ailleurs, le troisième cas concerne l'article 1073 du CPCF. Cet article prévoit clairement que « le juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état. Il exerce aussi les fonctions du juge des référés ». Ainsi, le recours au juge des référés, c'est-à-dire le président du tribunal judiciaire, pendant l'existence du procès devant le juge aux affaires familiales, sera selon le professeur Nicolas CAYROL un « cas typique de litispendance »²⁷⁸.

In fine, concernant le quatrième cas d'exclusion de la compétence du juge des référés, si une juridiction compétente sur le fond a déjà été amenée à ordonner une mesure d'instruction²⁷⁹, mais que cette mesure se heurte à des difficultés d'exécution, la compétence du juge des référés sera écartée concernant les différends nés à l'occasion de l'exécution des mesures en question²⁸⁰. En effet, la Cour de cassation a jugé que la compétence du juge du fond, dans cette hypothèse, est exclusive²⁸¹. À cet égard, le professeur CAYROL considère que le juge des référés n'est compétent ni pour « annuler [...], [ni pour] rétracter les ordonnances du juge chargé du contrôle »²⁸². De surcroît, le professeur Xavier VUITTON réaffirme aussi que « l'intervention du juge chargé du contrôle des mesures d'instructions empêche celle du juge des référés »²⁸³. Par conséquent, la compétence du juge des référés ou la compétence concurrente du juge des référés et du juge du fond est limitée, dans cette hypothèse, au cas où une question de litispendance est soulevée²⁸⁴, c'est-à-dire lorsque deux demandes de même nature sont présentées devant deux juges du même degré pour en connaître²⁸⁵.

92. Il résulte de cette analyse qu'en droit français et koweïtien, le juge des référés est par principe compétent pour ordonner toutes les mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, l'intervention d'un juge du fond en France et au Koweït, que ce soit un juge de la mise en état, un juge unique, un juge aux affaires familiales ou un juge chargé d'instruire une

²⁷⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 93.

²⁷⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 94. En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 1^{re}, 4 avril 2014, n° 12-35.270, Bull. civ. I, n° 69.

²⁷⁹ Ces mesures peuvent être définies comme des « mesures ordonnées à la demande des parties ou d'office par le juge et tendant à établir la réalité et l'exactitude des faits sur lesquels porte une difficulté juridique ou un litige ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.699.

²⁸⁰ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 95.

²⁸¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 22 juin 1978, n° 77-124.79, Bull. civ. II, n° 167, p.130.

²⁸² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 95.

²⁸³ X. VUITTON, « Référés, Ordonnance, Caractéristique... », *op. cit.*, n° 42.

²⁸⁴ *Ibidem.* ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 91.

²⁸⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juin 1982, n° 81-109.93, Bull. civ. II, n° 75.

affaire, limite la compétence du juge des référés en vue d'éviter une situation de litispendance. Ainsi, si la compétence du juge des référés est limitée dans ces hypothèses, cette compétence est transférée totalement à une juridiction du fond, qui de ce fait a une compétence exclusive.

2 : Les règles d'exclusivité privant le juge des référés de sa compétence

93. Les juges des référés français et koweïtien peuvent, en cas de référé en cours d'instance au fond, ordonner parallèlement au juge du fond des mesures provisoires et/ou conservatoires. Toutefois, il arrive que les juges des référés soient complètement privés de leur compétence dans les deux États du fait de la compétence exclusive des juridictions du fond dans certaines matières litigieuses.

94. La notion de compétence exclusive et l'esprit des législateurs. En France, en règle générale la notion de compétence exclusive peut intervenir dans un cadre plus large que l'ordre judiciaire. Par exemple, il peut exister une question concernant la juridiction qui sera désignée compétente lorsqu'il y a hésitation entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif²⁸⁶. À titre d'illustration, la loi numéro 57-1424 du 31 décembre 1957 qui est toujours en vigueur, prévoit que « les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque ». Ce texte exclut clairement la compétence des tribunaux administratifs. Ainsi, la notion de compétence exclusive recouvre des situations bien plus larges que le seul cas de la concurrence entre juridictions du fond et juridictions des référés de l'ordre judiciaire²⁸⁷. Par ailleurs, il faut préciser que des compétences exclusives différentes (par exemple concernant la question de l'option de compétence entre juge du fond et juge des référés d'une part et la question de l'option de compétence entre juge judiciaire et juge administratif d'autre part) ne sont pas forcément concurrentes. Ainsi, si la loi 57-1424 du 31 décembre 1957 exclut la compétence du juge administratif dans le cas spécifique des « dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque », l'intervention ultérieure d'un juge des référés judiciaire n'est pas pour autant exclue. Des compétences exclusives peuvent cohabiter au sein d'une matière litigieuse similaire.

²⁸⁶ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 129.

²⁸⁷ *Ibidem*.

95. Au Koweït comme en France la question de la compétence exclusive d'une juridiction peut être plus large que le seul cas de la concurrence de compétences entre juge du fond et juge des référés dans l'ordre judiciaire. Cependant, il n'existe pas, au Koweït, de loi similaire à la loi française numéro 57-1424 du 31 décembre 1957 pour exclure la compétence d'une juridiction administrative concernant certaines matières litigieuses. Néanmoins, si l'on veut établir une comparaison pertinente entre les systèmes juridiques français et koweïtiens, il faut souligner qu'en matière de compétence des juridictions administratives le législateur koweïtien pense de manière différente du législateur français. Il confère à la chambre administrative une compétence parfois exclusive et parfois limitée pour statuer dans le cas de certains litiges spécifiques. En effet, la loi numéro 20 de l'année 1982 créant la chambre administrative au sein du Tribunal de Grande Instance, prévoit expressément que cette chambre est seule compétente pour trancher les contentieux administratifs lorsque quatre types spécifiques de demandes sont exposées²⁸⁸. Par conséquent, il existe au Koweït comme en France des règles traitant explicitement de l'option de compétence entre juge du fond et juge des référés, mais les règles concernant la concurrence des juridictions administratives et judiciaires ne sont en revanche établies que de manière indirecte au Koweït, par référence à des compétences exclusives.

Par ailleurs, comme en France, il est nécessaire de préciser que lorsqu'une juridiction administrative ou judiciaire est désignée compétente en vertu de sa compétence exclusive, cela n'exclut pas pour autant la compétence ultérieure du juge des référés de l'ordre judiciaire. Néanmoins, en France comme au Koweït, le législateur exclut la compétence du juge des référés de l'ordre judiciaire dans certaines matières litigieuses. Dans ces cas spécifiques, le juge des référés est privé de sa compétence et l'option de compétence est fermée pour les parties.

96. En matière d'exécution. En principe, la compétence en matière d'exécution est exclusive au profit du juge de l'exécution (JEX) que ce soit en France ou au Koweït. Ainsi, les juges des référés français et koweïtiens sont généralement privés de leur compétence pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires en matière d'exécution.

²⁸⁸ La chambre administrative est compétente pour traiter les demandes des revenus et des rémunérations des salariés d'une administration de l'État, les demandes présentées pour annuler une décision administrative des salariés de l'État (y compris les demande en référé) et les demandes présentées par les salariés victimes des décisions rendues par une administration. Toutefois, concernant les demandes en référé dans l'« ordre administratif », cette chambre ne peut statuer en matière de référé que sur les demande urgentes qui concernent les revenus des salariés de l'État. En ce sens : W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de...op. cit.*, p.178.

97. En France, il faut distinguer le JEX, le président du tribunal judiciaire et le juge de l'expropriation privent le juge des référés de sa compétence en fonction des matières litigieuses. À propos du JEX français, l'article L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire confère au JEX une compétence exclusive en matière d'exécution dans certains cas délimités²⁸⁹. Par exemple, si les parties saisissent le juge des référés pour obtenir une mesure conservatoire relative à l'exécution ce juge doit relever d'office son incompetence²⁹⁰. Or, il existe en France des limites ou des exceptions concernant l'autorisation des mesures conservatoires, la liquidation des astreintes et l'octroi de délais de grâce. Ces limitations seront expliquées ultérieurement²⁹¹.

Concernant le président du tribunal judiciaire, il est exclusivement compétent en matière d'exécution dans plusieurs autres cas. À cet égard, l'article R. 212-8 du code de l'organisation judiciaire français prévoit que « le tribunal judiciaire connaît à juge unique : [...], Des demandes en reconnaissance et en *exequatur*²⁹² des décisions judiciaires et des actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales françaises ou étrangères ». Ainsi, le juge des référés doit relever d'office son incompetence si les parties apportent leur demande devant lui pour obtenir l'*exequatur*.

S'agissant de juge de l'expropriation, il dispose aussi une compétence exclusive de celle du juge des référés en matière d'expropriation. Ainsi, les parties ne peuvent pas solliciter « une expertise auprès de celui-ci dès lors que celui-là est compétent, [c'est-à-dire le juge de l'expropriation] »²⁹³.

98. En droit koweïtien, l'article 189 du CPCK prévoit que « les difficultés et les notifications issues de l'exécution sont régies par l'administration de l'exécution à moins que la loi ne prévoie le contraire. Un juge du tribunal de Grande Instance sera affecté à

²⁸⁹ L'art. L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire prévoit que « le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Dans les mêmes conditions, il autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en œuvre. Le juge de l'exécution connaît, sous la même réserve, de la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci et des demandes nées de cette procédure ou s'y rapportant directement, même si elles portent sur le fond du droit ainsi que de la procédure de distribution qui en découle. Il connaît, sous la même réserve, des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires. Le juge de l'exécution exerce également les compétences particulières qui lui sont dévolues par le code des procédures civiles d'exécution ».

²⁹⁰ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 129. ; X. VUITTON, « Référés, généralités, compétence », préc., n° 59.

²⁹¹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 137.

²⁹² En droit international privé l'*exequatur* est « la force exécutoire octroyée par l'autorité judiciaire française ». En ce sens : É. PISIER, O. DUHAMEL, *Locutions latines juridiques*, Dalloz, 2007, p.30.

²⁹³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 145.

l'administration de l'exécution afin de juger les litiges pouvant exister en matière d'exécution [...] »²⁹⁴. Ainsi, la règle principale est que l'administration de l'exécution a une compétence exclusive concernant la matière de l'exécution, y compris concernant les procédures d'*exequatur*²⁹⁵. Le juge des référés n'est donc pas compétent pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires relatives à l'exécution, ses difficultés ou ses notifications et il doit à cet égard soulever d'office son incompétence²⁹⁶. Cependant, il existe une exception à cette règle générale puisque la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes affirment que le juge des référés peut ordonner une saisie conservatoire, mais dans une hypothèse très étroite²⁹⁷.

99. La compétence exclusive du juge du fond français dans plusieurs matières litigieuses. En France, il n'y a pas qu'en matière d'exécution que le juge des référés est privé de sa compétence. La Cour de cassation française a décidé que la compétence concernant les contestations d'honoraires d'avocats serait exclusivement attribuée à la juridiction du « Bâtonnier »²⁹⁸, qui statue en première instance au fond. Ainsi, la compétence du juge des référés français est totalement exclue dans cette matière notamment dans le cadre de l'ordonnance de mesures provisoires et/ou conservatoires²⁹⁹. En France, le juge du fond a compétence exclusive pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires dans les domaines suivants : l'action possessoire, l'empreinte génétique, le loyer commercial, l'assistance éducative de l'enfant et en matière de redressement, de sauvegarde et de liquidation judiciaire.

المادة ١٨٩ من قانون المرافعات تنص على انه "يناط التنفيذ وإعلاناته بإدارة التنفيذ مالم يعهد القانون بشيء من ذلك إلى جهة أخرى. كما يندب قاضي أو أكثر من قضاة المحكمة الكلية (...)"

²⁹⁵ A. ABDULFATTAH, *Les règles de l'exécution en droit des procédures civile koweïtiennes*, t. I, 3^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2015-2016, p.177 s.

²⁹⁶ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...*t. I, *op. cit.*, p.402.

²⁹⁷ Il s'agit d'une hypothèse où une partie demande la saisie conservatoire contre son adversaire, mais le premier n'a pas le titre exécutoire ou un jugement définitif et son droit n'est pas quantifiable. Le juge des référés koweïtien peut dans cette hypothèse conférer une mesure conservatoire sous ces conditions. En ce sens : A. ABDULFATTAH, M. ALENZI, *Les règles de l'exécution en droit des procédures civile koweïtiennes*, t. II, 3^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2015-2016, p.128. ; Cass. Com. K., 14 novembre 1994, 133/1993.

²⁹⁸ Il s'agit d'un « chef élu d'un barreau pour une durée de 2 ans, six mois avant la fin du mandat de son prédécesseur. Il réside le conseil de l'ordre des avocats et exerce des fonction administratives ». À cet égard, la Cour de cassation a jugé que « cette procédure spéciale, qui oblige à soumettre ses contestations successivement au bâtonnier de l'ordre des avocats auquel appartient l'avocat concerné, puis au premier président de la cour d'appel, exclut, par sa nature, qu'il puisse être recouru à la procédure instituée par l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile, selon laquelle le juge des référés peut, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 130. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, n° 01-170.16, Bull. civ. II, n° 131, p.112.

²⁹⁹ X. VUITTON, « Référés, généralités, compétence », préc., n° 66.

100. Action possessoire. Premièrement, en matière possessoire, les juridictions du fond (dans le tribunal judiciaire) ont compétence exclusive pour connaître des actions possessoires conformément à l'article R. 211-4 du code de l'organisation judiciaire français. De plus, la Cour de cassation française a jugé que « le juge des référés ne pouvait connaître des actions possessoires »³⁰⁰. Néanmoins, il existe une exception concernant cette incompétence de principe du juge des référés puisque la Cour de cassation a également considéré dans un autre arrêt que le juge des référés pouvait se prononcer en cas de trouble manifestement illicite qui résulte du non-respect des distances de plantation ou de l'arrachage de haies³⁰¹.

101. Empreintes génétiques. Deuxièmement, en matière de filiation, alors que la Cour de cassation considère que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »³⁰², ce principe ne bénéficie pas au juge des référés français. À cet égard, la doctrine française affirme que la compétence juridictionnelle concernant l'expertise biologique, explicitée sous le titre de l'article 16-11 du Code civil, exclut le recours au juge des référés établie sur le fondement des articles 145, 834 et 835³⁰³ du CPCF³⁰⁴. Ainsi, la Cour de cassation a réaffirmé cette exclusion de la compétence du juge des référés en jugeant « qu'il résulte du cinquième alinéa de l'article 16-11 du Code civil qu'une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques peut être ordonnée en référé mais seulement à l'occasion d'une instance au fond relative à la filiation »³⁰⁵.

102. Loyer commercial. Troisièmement, en matière commerciale et plus précisément concernant les loyers commerciaux, l'article R. 145-23 du code de commerce prévoit que « les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé sont portées, quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace ». À cet égard, le professeur Nicolas CAYROL confirme la compétence exclusive du président du tribunal, qui est ici plus spécifiquement le juge des loyers, à l'exclusion de toute compétence du juge des référés.³⁰⁶

³⁰⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 février 1989, n° 87-162.37, Bull. civ. III, n° 32, p.18. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 24 février 1999, n° 96-187.42, Bull. civ. III, n° 51, p.35. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, n° 90-174.58, Bull. civ. III, n° 160, p.98.

³⁰¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 4 mai 2010, n° 09-680.30, inédit.

³⁰² Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-128.06, Bull. civ. I, n° 103, p.69.

³⁰³ Les numéros de l'art. 808, 835 sont modifiés par Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019.

³⁰⁴ X. VUITTON, « Référé, généralités, compétence », préc., n° 66. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 161.

³⁰⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 15-166.96, Bull. civ. I, P+B.

³⁰⁶ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 162.

103. Assistance éducative de l'enfant. Quatrièmement, l'article 1073 du CPCF prévoit que « le juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état. Il exerce aussi les fonctions du juge des référés ». L'article précédent exclut expressément la compétence du juge des référés au profit du juge des enfants³⁰⁷. Par conséquent, la compétence du juge des enfants exclut, au fond et en référé,³⁰⁸ la compétence du juge des référés et du juge aux affaires familiales en ce qui concerne seulement l'assistance éducative de l'enfant³⁰⁹.

104. En matière de redressement, de sauvegarde et de liquidation judiciaire. In fine, l'intervention du juge des référés pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires est exclue en matière de procédures de redressement, de sauvegarde ou de liquidation judiciaire³¹⁰. À ce titre, la Cour d'appel de Paris a jugé en 1966 que « le juge des référés est incompétent pour s'immiscer dans les opérations de faillite »³¹¹. De plus, il a été jugé également en 1991 que le juge des référés n'est pas compétent pour intervenir dans le cadre d'une action en revendication mobilière³¹². Par ailleurs, la Cour de cassation française a considéré en 2013 que « le juge des référés est incompétent pour statuer sur une demande relative à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile » qui établit que « seul le juge-commissaire peut y procéder »³¹³. Or, concernant certains avis de la doctrine française, cette exclusivité n'est pas absolue³¹⁴.

105. Répartition de la compétence entre les juridictions en raison du pouvoir juridictionnel : « une logique différente du droit français ». Au Koweït, la manière de définir la compétence exclusive du juge de fond est différente de ce qui existe en droit français. Le législateur koweïtien organise la compétence exclusive du juge du fond et du juge des référés

³⁰⁷ De même, il convient de préciser que cette compétence exclusive du juge des enfants conduit également dans certains cas à écarter le recours du juge aux affaires familiales. Plus précisément, l'article 373-2-6 confère au juge des enfants une compétence exclusive qui vise uniquement les cas d'assistance éducative de l'enfant.

³⁰⁸ J. HAUSER, « Assistance éducative : compétence exclusive du juge des enfants », *RTD civ.*, 1995, p.614.

³⁰⁹ En ce sens : G. RAYMOND, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Assistance éducative, mars 2010, n°34. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 158. D. AUTEM, « Une cour d'appel statuant en matière de droit visite ne peut, sans excéder ses pouvoirs, ordonner une mesure d'assistance éducative », *D.* 1996, n° 238. ; G. RAYMOND, préc.

³¹⁰ J. BILLEMONT, Fasc. 190, « Tribunal de commerce, référé... », préc., n° 75. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 146. ; G. DEHARO, « Référé commercial », préc., n° 31.

³¹¹ CA Paris, 15 janv. 1966, *RTD com.* 1966, 579, obs M. BOITARD.

³¹² Cass. Com., 9 juillet 1991, n° 89-182.54, *Bull. com.* n° 252, p.176.

³¹³ Cass. Com., 17 septembre 2013, n° 12-177.41, *Bull. com.* n° 134.

³¹⁴ Ils considèrent que le juge des référés n'est pas « obligé de relever d'office son incompétence et, si les plaideurs omettent de présenter un déclinatoire *in limine litis*, il sera trop tard pour le faire en appel ». En ce sens : X. VUITTON, « Référés, généralités, compétence », préc., n° 54. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 151 s. ; Cass. Com., 27 octobre 1998, n° 95-197.18, inédit. ; Cass. Com., 26 mai 1992, n° 90-130.08, *Bull. com.* n° 205, p.142.

au regard de leurs pouvoirs juridictionnels³¹⁵. Par exemple, les juges des référés koweïtiens ne sont compétents que pour prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires alors que les juges du fond sont, eux, compétent pour trancher le fond. C'est donc dans une logique inverse du droit français que la compétence du juge du fond est révélée.

En droit koweïtien, l'article 31 du CPCCK prévoit qu' « [il] sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal, des questions suivantes: 1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. 2- La question des contentieux de l'exécution provisoire. La compétence du juge des référés n'évacue pas celle de la juridiction du fond, à condition que les demandes soient soumises à ce dernier, en tant qu'accessoire ».

Par ailleurs, l'article 3 de la loi numéro 12 du 22 mars 2015 relative à la matière familiale, prévoit que « le tribunal de la famille est compétent pour traiter les contentieux relatifs à l'état de la famille (mariage, divorce et filiation) y compris dans le cadre des demandes en référé »³¹⁶.

Du surcroît, la loi numéro 7/2010 du 21 février 2010 concernant la régulation des marchés financiers, prévoit que le tribunal des marchés financiers a compétence exclusive pour traiter les demandes principales et provisoires qui concernent cette matière.

Dans ces deux dernières lois, le juge des référés est désigné compétent pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires que ce soit au sein du tribunal de la famille ou au sein du tribunal des marchés financiers.

En France, le juge des référés est complètement privé de sa compétence pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires du fait de la compétence exclusive du juge du fond prévue par les textes du CPCF énoncés³¹⁷. En revanche, à l'article 31 du CPCCK, l'article 3 de la loi relative à la matière familiale et l'article 103 de la loi relative aux marchés financiers, le législateur koweïtien confère aux juges des référés koweïtiens une compétence exclusive selon leurs domaines pour ordonner uniquement des mesures provisoires et/ou conservatoires. Par conséquent, si les conditions de l'urgence et du caractère provisoire de la demande sont réunies³¹⁸, les juges des référés seront exclusivement compétents quant aux mesures provisoires et/ou conservatoires.

³¹⁵ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.26.

³¹⁶ تنص المادة ٣ من قانون انشاء محكمة الأسرة " تختص محكمة الاسرة دون غيرها في كافة منازعات الأحوال الشخصية".

³¹⁷ *Supra* : n° 99.

³¹⁸ L'urgence et le caractère provisoire de la demande en référé. En ce sens : *Infra* : n° 145.

106. Une question se pose alors quant à la compétence du juge du fond. Si le juge des référés peut exclusivement être compétent pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires, comment le juge du fond aura-il une compétence exclusive concernant les mesures provisoires ? Autrement dit, si les juges des référés koweïtiens ont une compétence exclusive selon leurs domaines pour ordonner toutes les mesures provisoires et/ou conservatoires, le juge du fond peut-il avoir une compétence exclusive qui prive totalement de leur compétence les juges des référés ?

107. La compétence exclusive du juge du fond koweïtien. Au Koweït, l'article 31 du CPCK est en effet le seul article qui encadre la procédure de référé. Selon nous, cet article est totalement lacunaire et ambiguë. Il mélange les pouvoirs juridictionnels et les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond. Ainsi, cette confusion « a conduit les doctrines et jurisprudences koweïtienne [...] de manière erronée, [...] à parler de compétence d'attribution exclusive du juge des référés en raison de son pouvoir juridictionnel »³¹⁹. La note explicative³²⁰ de l'article 31 du CPCK prévoit que « la compétence du juge des référés concernant les mesures provisoires en cas d'urgence est une compétence d'attribution. Lorsqu'il est saisi d'un litige qui sort des limites sa compétence, le juge des référés doit d'office, lui-même, se déclarer incompétent. Ainsi, la détermination de la compétence du juge des référés [devant le TGI et le TI] implique une dérogation aux règles de sa compétence d'attribution, sauf si les demandes sont présentées en tant qu'accessoire à l'action sur le fond »³²¹.

108. Le législateur, la jurisprudence ainsi que les doctrines koweïtiennes considèrent donc que le juge des référés koweïtien a une compétence exclusive pour ordonner toutes les mesures provisoires et/ou conservatoires³²². Par conséquent, si le juge des référés est saisi d'une demande au fond, il doit se déclarer d'office incompétent puisque le juge du fond est lui-même compétent. À première vue, il semble ainsi possible de penser que c'est le juge du fond koweïtien qui est privé de sa compétence pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires du fait de la compétence exclusive du juge des référés³²³. Cependant, cela n'est

³¹⁹ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.25 s.

³²⁰ Au Koweït, chaque loi est accompagnée d'une note explicative.

³²¹ En ce sens : A. ALKHUDHAIR, préc.

³²² S. MAHMUD, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, 2^{ème} éd., Dar Alnahda Alarabiya, 2007, p. 73. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.399 s. ; Cass. Com. K., 9 février 2010, n° 1416/2008.

³²³ Par exemple, au Koweït, l'article 123 alinéa 1 du CPCK prévoit que la compétence en matière d'honoraires d'avocat est attribuée soit au juge du fond soit au juge des référés, en fonction de la juridiction qui a tranché initialement le litige. En ce sens, si les conditions de la compétence du juge des référés koweïtien sont réunies, ce

en réalité pas le cas puisque le juge des référés koweïtien est lui-même totalement privé de sa compétence dans deux cas où le juge du fond est compétent à titre exclusif pour prononcer ce type de mesures.

109. En premier lieu, tel que déjà démontré³²⁴, cette privation de compétence au détriment du juge des référés intervient en matière d'exécution provisoire puisque cela est prévu expressément par un texte : l'article 189 du CPCPK. En second lieu, le juge des référés peut effectivement être privé de sa compétence au provisoire lorsqu'un requérant a déjà présenté sa demande en référé devant le juge du fond en tant accessoire à la demande principale.

§ 2 : La compétence territoriale du juge des référés

110. « Si la compétence d'attribution est la conséquence de la division du travail selon les types de juridiction, la compétence territoriale est la conséquence de la division du travail dans l'espace »³²⁵.

111. Alors que nous avons déjà étudié les règles de compétence matérielles du juge des référés, il est important également de s'intéresser à l'hypothèse dans laquelle le juge des référés est compétent au niveau interne ou international en raison de son emplacement territorial. Avant d'analyser les contours des règles de compétence territoriale internes et internationales du juge des référés au Koweït et en France, il est important de préciser que les règles relatives à la compétence territoriale interne du juge des référés n'existent qu'en droit français.

112. Ainsi, il conviendra d'envisager les règles de compétence territoriale internes du juge des référés français (**A**), avant d'étudier les règles de compétence territoriale internationale de ce juge dans les deux pays (**B**).

magistrat peut ordonner des mesures provisoires en cette matière mais il ne préjuge en aucun cas du fond de l'affaire. Ainsi, cela crée une compétence partagée entre les juges des référés et juge du fond koweïtiens en la matière, contrairement au droit français. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.399 s.

³²⁴ *Supra* : n° 98.

³²⁵ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 253.

A : Les règles de la compétence territoriale interne du juge des référés

113. La compétence territoriale interne du juge des référés est « la conséquence de la division du travail dans l'espace »³²⁶. Grâce aux règles relatives à la compétence territoriale, les parties d'un litige peuvent savoir devant quel juge des référés leur litige sera traité. Cependant, même si la compétence territoriale est une question qui doit être étudiée principalement pour le droit français puisque des règles explicites de compétences n'existent pas en droit koweïtien, nous verrons que dans la pratique la question de la compétence territoriale interne existe aussi en pratique en droit interne koweïtien. Il conviendra tout d'abord d'analyser le droit relatif à la compétence territoriale interne des juges des référés en France et au Koweït **(1)**. Puis, l'on démontrera le pouvoir des parties de déroger à ces règles **(2)**.

1 : Les règles principales de la compétence territoriale du juge des référés

114. Les règles concernant la compétence territoriale ou *ratione loci* du juge des référés sont aussi importantes que les règles relatives à sa compétence d'attribution. Ces règles peuvent servir les plaideurs pour savoir, en termes d'espace, vers quelle juridiction ils vont devoir se tourner pour traiter leurs litiges. En l'espèce, la question qui nous intéressera est plus spécifiquement de savoir si lesdites règles de compétence territoriale existent de la même manière en France et au Koweït.

115. Au Koweït, des règles inexistantes. En droit koweïtien, il n'existe pas théoriquement dans le CPCK de règles organisant la compétence territoriale du juge étatique³²⁷, contrairement à ce qui peut exister en droit français. Toutefois, au Koweït, il conviendra de distinguer la théorie et la pratique concernant ce sujet.

116. D'un point de vue théorique, il y a au Koweït plusieurs considérations qui peuvent justifier l'absence de règles de compétence territoriale, notamment des considérations géographiques et démographiques. Aux niveaux géographiques, la surface de l'État du Koweït

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ N. ALHOTI, *Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance. Étude comparative entre le droit français et koweïtien*, Thèse, Strasbourg, 2014, p.198.

est seulement de 17.818 km²³²⁸. De surcroît, la population koweïtienne n'est que de 1, 397, 669 millions d'habitants³²⁹. Ces deux considérations nous amènent ainsi à comprendre les choix opérés par le législateur koweïtien qui s'avère être complètement silencieux s'agissant de la compétence territoriale du juge étatique ou, plus précisément, la compétence territoriale du juge des référés. Par ailleurs, la note explicative du CPCCK prévoit dans son article 36 que « le législateur n'a pas donné de compétence territoriale aux départements du fait de leur proximité ». De plus, la doctrine koweïtienne réaffirme l'absence de règles organisant la compétence territoriale en disant que l'idée de la compétence territoriale dépend de la surface géographique de l'État³³⁰. C'est pourquoi, au Koweït, le législateur a créé uniquement quatre tribunaux qui statuent selon deux degrés juridictionnels : le Tribunal d'Instance, de Grande Instance, la Cour d'appel et de cassation³³¹.

117. Or, en ce qui concerne la pratique, les articles 1 et 3 de la loi numéro 12 du 2015 relative à la matière familiale, l'article 1 prévoit qu'il est créé dans chaque département un tribunal de la famille, qui est considéré comme l'une des chambres du Tribunal de Grande Instance³³². L'article 3 de cette même loi confère également à ces tribunaux la compétence des contentieux de l'état de la famille (mariage, divorce, filiation, etc.)³³³. À ce titre, il est vrai que le législateur n'évoque dans les articles 1 et 3 que la compétence d'attribution et non pas la compétence territoriale. Cependant, il existe dans la jurisprudence des décisions dans lesquelles le juge étatique, ou même le juge des référés, relève d'office son incompetence pour renvoyer l'affaire au tribunal qui est « territorialement compétent », du fait de l'absence de définition d'une compétence territoriale entre les départements³³⁴.

Par conséquent il y a un véritable flou juridique concernant cette problématique de la compétence territoriale des juridictions koweïtiennes. Ce flou est d'autant plus problématique qu'il existe une contradiction entre, d'une part, le silence du législateur, la doctrine acceptant

³²⁸ Disponible à <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/koweit/presentation-du-koweit/>, consulté le 29 octobre 2018.

³²⁹ Conformément au recensement du 30 juin 2018, la population totale (koweïtienne et étrangère) est de 4, 638, 312 millions. En ce sens : Site du gouvernement koweïtien <https://www.paci.gov.kw/stat/>, consulté le 29 octobre 2018.

³³⁰ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.74.

³³¹ W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de...op. cit.*, p.170.; F. WALLI, *Le précis en procédure civile*, L'institution de Dar Alkotob, 1986, p.334 s.

³³² المادة ١ من قانون انشاء محكمة الاسرة تنص على انه " تنشئ بكل محافظة محكمة تسمى محكمة الأسرة، يكون لها مقر مستقل تتألف من دوائر تابعة للمحكمة الكلية".

³³³ تنص المادة ٣ من قانون انشاء محكمة الأسرة " تختص محكمة الاسرة دون غيرها في كافة منازعات الأحوال الشخصية".

³³⁴ TGI. Chambre de l'état des personnes K., 3 octobre 2018, n° 451/2018, non publié.; TGI. Chambre de l'état des personnes K., 6 août 2018, n° 646/2018, non publié.

de surcroît cette absence de traitement du problème et, d'autre part, la prise de liberté de certains juges koweïtiens qui ont admis par eux-mêmes l'idée d'un renvoi à une compétence territoriale, notamment en matière familiale.

118. En France, deux options. En France, le cas est différent de ce qu'il existe au Koweït. Le législateur, la jurisprudence et la doctrine français évoquent expressément la question de la compétence territoriale du juge étatique en droit interne. Ainsi, il s'agit de la compétence territoriale du juge étatique en droit français interne, le législateur l'organise dans les articles 42 à 48 du CPCF. Néanmoins, le législateur français n'organise pas expressément la compétence du juge des référés mais la jurisprudence ainsi que la doctrine française ont tenté de pallier cette carence.

En ce sens, la doctrine considère que les parties requérant des mesures provisoires et/ou conservatoires disposent également d'une option générale entre les juges des référés comme ce qui peut exister pour le cas de la compétence d'attribution³³⁵. À titre d'exemple, en cas de référé en cours d'instance au fond, les parties ont une option pour opter soit pour le juge des référés soit pour le juge du fond pour obtenir des mesures provisoires. Cependant, concernant la compétence territoriale, les parties ont aussi une option entre les juges mais uniquement entre les juges des référés. Ainsi, la doctrine française estime que les parties requérantes lesdites mesures possèdent généralement au niveau territorial deux voies pour saisir le juge des référés.

119. La première voie est que le « juge des référés territorialement compétent celui émanant de la juridiction du fond normalement compétente »³³⁶. Toutefois, cette voie est générale et conduit à des résultats variés de la même manière que ce que l'on peut connaître en matière de compétence d'attribution³³⁷. En guise d'illustrations, si on lit à la lettre l'article 42 alinéa 1 du CPCF, les mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent être ordonnées par le juge des référés où le défendeur demeure. En matière de presse, les parties peuvent saisir le juge des référés qui est situé dans le lieu de la publication de l'écrit³³⁸. En matière contractuelle, le juge des référés compétent est celui-ci qui est situé dans le lieu de conclusion, de livraison ou

³³⁵ J. NORMAND, « La compétence territoriale du juge des référés », *RTD civ.* 1980. 607 ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 255.

³³⁶ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 256.

³³⁷ *Ibidem.* ; X. VUITTON, « Référés, généralités, compétence », préc., n° 16.

³³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007, n° 05-218.58, Bull. civ. I, n° 21, p.19.

de l'exécution du contrat³³⁹. En matière délictuelle, le juge des référés compétent est celui-ci qui est situé dans l'endroit où fait dommageable a eu lieu³⁴⁰.

120. La deuxième option générale existant pour les parties est la compétence du juge des référés qui est situé dans lieu où les mesures provisoires et/ou conservatoires doivent être exécutées³⁴¹, ou le lieu « où est né l'incident à l'origine du litige »³⁴². Cette branche ou voie garantie tout simplement l'efficacité et la célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires³⁴³.

121. Il apparait que la compétence territoriale du juge étatique ou du juge des référés est organisée par le législateur, la jurisprudence ou même la doctrine française de manière claire. En revanche, la compétence territoriale du juge étatique ou du juge des référés koweïtien est apparue uniquement à travers la pratique et dans des matières très limitée.

2 : Le rôle de la volonté dans la compétence territoriale du juge des référés

122. Si la compétence générale du juge des référés est établie par la volonté des législateurs, la volonté des plaideurs a également la faculté d'affecter non seulement la compétence matérielle du juge des référés mais aussi sa compétence territoriale. Cette volonté prend la forme de clauses attributives de juridiction. Ces clauses peuvent être définies comme des « dispositions contractuelles confiant le règlement du litige à une juridiction légalement sans qualité pour en connaître »³⁴⁴. Ce type de convention est considéré comme un cas de prorogation de compétence du juge des référés français³⁴⁵. À cet égard, leur analyse peut être différente selon le droit du pays dans lequel on l'envisage. En France, ces clauses attributives

³³⁹ CA. Nîmes, 4^{ème} chambre com., 22 juin 2017, n° 16-010.73. ; Voir aussi l'art. 46 du CPCF.

³⁴⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2015, n° 14-166.54, inédit. ; Voir aussi l'art. 46 du CPCF.

³⁴¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 30 avril 2009, n° 08-154.21, Bull. civ. II, n° 105.

³⁴² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 257.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.192.

³⁴⁵ En France la prorogation de la compétence du juge des référés peut être effectuée légalement ou conventionnellement. Concernant la prorogation légale, elle ne sera pas abordée dans la présente étude puisqu'il s'agit d'un sujet plus général que le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires. Enfin, la prorogation conventionnelle est l'essence même de notre recherche puisque pour comprendre l'intervention de l'arbitre pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires, il convient d'expliquer le rôle de la volonté dans la mission judiciaire ou arbitrale. En ce sens : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 272.

de juridiction peuvent être autorisées ou interdites selon que les règles de compétence territoriale ou d'attribution relèvent ou non de l'ordre public. En revanche, ces clauses au Koweït sont absolument interdites.

123. France, clauses attributives et ordre public. En France, le principe est que les plaideurs n'ont pas la possibilité de déroger aux règles relatives à la compétence matérielle ou territoriale du juge étatique, et plus spécifiquement du juge des référés, car ces règles sont considérées d'ordre public³⁴⁶. Toutefois, les parties se voient exceptionnellement attribuée une certaine marge de manœuvre si elles conviennent d'y déroger par une clause attributive de juridiction.

124. S'agissant de la compétence d'attribution, les règles de compétence matérielle en matière juridictionnelle sont, d'une part, d'ordre public et d'autre part, exclusives³⁴⁷. De ce fait, il est interdit d'y déroger volontairement. Aussi, l'article 92 du CPCF prévoit que le juge étatique peut relever d'office son incompétence s'il existe une violation des règles d'ordre public relatives à la compétence ou si le défendeur ne comparait pas. Il ne serait donc pas possible de donner compétence à une juridiction civile dans une matière relevant de la compétence d'une juridiction pénale ou administrative puisque les règles relatives à la compétence matérielle des juridictions sont toujours par principe d'ordre public³⁴⁸. Or, il existe deux exceptions relatives au juge des référés dérogeant à cette règle générale en droit français. D'une part, les parties peuvent désigner compétent le président du tribunal judiciaire, juge des référés, dans l'hypothèse où elles sont confrontées à des difficultés liées à une juridiction exceptionnelle³⁴⁹, comme par exemple les difficultés liées à une juridiction arbitrale. D'autre part, les litigants peuvent également déroger aux règles relatives à la compétence matérielle au profit du juge des référés conformément à l'article 41 alinéa 1 du CPCF qui dispose en effet que lorsque « le litige [est] né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande ».

³⁴⁶ N. FRICERO, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Tribunaux de grande instance, organisation et compétence, 2009, n° 169. ; L'art. 48 du CPCF prévoit que « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

³⁴⁷ N. FRICERO, préc.

³⁴⁸ L'article 92 al. 1 dispose ainsi que : « l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas ».

³⁴⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 298.

125. Par ailleurs, les règles concernant la compétence territoriale du juge étatique sont d'ordre public puisque toute convention contraire est réputée non écrite selon l'article 48 du CPCF. Cependant, cet article prévoit que « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Néanmoins, en ce qui concerne précisément le juge des référés, les parties peuvent déroger aux règles relatives à sa compétence territoriale par le biais d'une clause spécifique. D'une part les clauses affecte uniquement la juridiction du fond, juge du fond, et d'autre part les plaideurs bénéficient constamment d'options concernant la compétence territoriale du juge des référés selon les règles générales du CPCF³⁵⁰.

126. Koweït, clauses attributives et ordre public. En droit Koweïtien, la place accordée à la volonté des plaideurs est très limitée concernant les questions relatives à la compétence matérielle ou territoriale des juges étatiques, notamment dans le cas du juge des référés. La doctrine koweïtienne considère que toutes les règles de compétence matérielle et/ou territoriale sont des règles d'ordre public³⁵¹. En effet, comme il a été déjà expliqué, il n'existe au Koweït qu'un Tribunal d'Instance, un Tribunal de Grande Instance ainsi qu'une Cour d'appel et une Cour de cassation. Au sein des Tribunal d'Instance et de Grande Instance, il existe des chambres spécialisées pour traiter des matières litigieuses spécifiques. Par exemple, la chambre des référés traite uniquement les demandes en référés en matière civile, commerciale, prud'homale ou d'états des personnes. Ainsi, concernant la compétence d'attribution, si les parties convenaient de conférer la compétence du juge des référés koweïtien à un autre juge, ce dernier serait obligé de soulever son incompetence et de motiver sa décision³⁵². Toute convention ou entente qui concernerait la compétence d'attribution serait considérée comme nulle car contrevenant à l'ordre public³⁵³.

³⁵⁰ *Ibidem.* ; A. LE BAYON, J.-M. DESPAQUIS, C. TIRVAUDEY, *J. Cl. civil*, Fasc. 600-80, « Compétence territoriale en matière civile », 2018, n° 7 s.

³⁵¹ La compétence territoriale est considérée d'ordre public étant entendu qu'il n'existe qu'un seul Tribunal de Grande Instance et une seule Cour d'appel. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit d'arbitrage...op. cit.*, p.505. ; et du même auteur : *Les procédures...op. cit.*, t. I, p.358 s.

³⁵² S. MAHMOD, *Le procès en référé...op. cit.*, p. 59 s.

³⁵³ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op. cit.*, t. I, p.358 s.

127. S'agissant la compétence territoriale, les plaideurs koweïtiens n'ont pas vraiment le choix puisqu'il n'existe qu'un seul Tribunal d'Instance et un seul Tribunal de Grande Instance³⁵⁴. Par conséquent, les parties n'ont pas la possibilité de déroger la compétence territoriale du juge du fond ou du juge des référés. Par rapport à cette question spécifique de la compétence territoriale, une question se pose depuis 2016 et la création des tribunaux de la famille au sein des départements koweïtiens. En effet, ces tribunaux sont considérés comme des chambres subsidiaires au Tribunal d'Instance ou de Grande Instance³⁵⁵ et les parties pourraient en toute hypothèse décider de mettre en place une convention entre elles pour déroger aux règles de compétence territoriales en vigueur concernant les tribunaux de la famille ou bien assigner la partie adverse devant un tribunal de la famille en théorie incompétent. Dans ce cas, et si l'on se fie aux jurisprudences existantes pour des questions similaires, on peut d'ores-et-déjà estimer que le juge qui serait confronté à une telle situation se déclarerait d'office incompétent en l'absence de convention, mais également en présence d'une éventuelle convention puisqu'une telle convention (ou même une clause) porterait atteinte à l'ordre public conformément à la jurisprudence koweïtienne³⁵⁶.

128. Il apparaît que la place accordée à la volonté des plaideurs est limitée concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires ordonnées par les juges des référés français et koweïtien. Il n'existe que deux cas en France dans lesquels on confère une place à cette volonté qui jouera un rôle affectant la compétence matérielle et territoriale du juge des référés. En revanche, ce rôle de la volonté des parties est totalement inexistant au Koweït du fait du caractère absolu des règles relatives à la compétence d'attribution du juge des référés d'une part, et à cause de l'exiguïté de la surface de l'État du Koweït d'autre part.

129. Si la compétence territoriale du juge des référés est organisée au niveau du droit interne par le législateur français, elle est également organisée au niveau du droit international. Or, en matière de droit international, le droit koweïtien s'attache également à définir des règles de compétence pour les juges des référés contrairement à ce qui existe pour le droit interne.

³⁵⁴ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op. cit.*, t. I, p.334 s. ; À cet égard : A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.26 s.

³⁵⁵ *Supra* : n° 115, 116 et 117.

³⁵⁶ TGI. Chambre de l'état des personnes K., 3 octobre 2018, n° 451/2018, non-publié. ; TGI. Chambre de l'état des personnes K., 6 août 2018, n° 646/2018, non-publié.

B : Les règles de la compétence territoriale internationale du juge des référés

130. Les règles relatives à la compétence territoriale internationale présentent une forme de complexité différente des règles établies en droit interne. En effet, la compétence territoriale internationale d'un juge ne dépend pas seulement, contrairement à ce qui existe en droit interne, de la volonté d'un seul État législateur du fait de l'intervention des textes internationaux. Les conventions internationales jouent en effet un rôle remarquable en matière de détermination des compétences judiciaires, notamment les conventions bilatérale ou multilatérale à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union Européenne. Afin de simplifier le sujet de la compétence territoriale du juge des référés français ou koweïtien au niveau international, il est important de poser la question suivante : dans le cadre d'une procédure de référé, comment déterminer l'état dont le juge sera compétent pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires ?

131. La distinction classique entre la compétence du lieu de situation du défendeur (1), ou du lieu de l'exécution de la mesures demandée (2), permet de simplifier la réponse à la question posée dans le cadre des droits français et koweïtien. Ainsi, la compétence territoriale internationale du juge des référés pourra être déterminée conformément à cette distinction qui existe dans les deux États.

1 : La compétence du juge des référés conformément au lieu du domicile du défendeur

132. Le juge des référés et la juridiction compétente au fond. La compétence territoriale internationale des juridictions française et koweïtienne est déterminée par des règles internes et internationales qui déterminent généralement la compétence en fonction du lieu du domicile du défendeur. Le juge des référés qui sera compétent en France et au Koweït pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires sera ainsi « celui émanant de la juridiction compétente pour connaître du litige au fond »³⁵⁷.

133. Règles internes déterminant la compétence internationale. En France, la compétence territoriale internationale est déterminée par référence aux règles de compétence

³⁵⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 261. ; À cet égard : PH. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence. Étude de droit international privé*, Thèse, Paris II, 1981, p.9 s.

territoriale internes³⁵⁸. À cet égard, l'article 42 du CPCF prévoit que « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur ». Ainsi, si le défendeur demeure en France, les juridictions françaises seront en principe compétentes³⁵⁹. Aussi, en cas d'existence de plusieurs défendeurs, dès lors que l'un des défendeurs demeure en France la compétence pour trancher le litige sera attribué aux juridictions françaises³⁶⁰.

Au Koweït, la compétence territoriale internationale des juridictions koweïtiennes est déterminée clairement dans le CPCCK. En ce sens, l'article 23 de ce code prévoit que « les juridictions koweïtiennes sont compétentes lorsqu'une des parties au litige est koweïtienne ou bien qu'elle est étrangère mais demeure au Koweït [...] »³⁶¹.

Ainsi, selon les règles interne de droit français et koweïtien, le principe est que la compétence territoriale internationale dépend du lieu et donc de l'État dans lequel le défendeur demeure³⁶².

134. Règles internationales déterminant la compétence. Il existe également dans l'espace européen plusieurs textes internationaux qui organisent la compétence internationale des juridictions conformément au lieu de domicile du défendeur³⁶³. Ainsi, il faut noter que cette compétence concerne les juridictions en général, y compris la compétence du juge des référés d'un État³⁶⁴.

135. À titre d'exemple, l'article 2 de la Convention de Lugano de 2007 dispose que « 1. Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État lié par la présente convention sont attirées (assignées), quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État. 2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État lié par la présente convention dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux ».

³⁵⁸ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.81.

³⁵⁹ R. LOIR, *J. Cl. Civil*, Fasc. 245 : « Éléments de procédure concurrence, consommation, Action en concurrence déloyale » 2011, n° 93.

³⁶⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1998, n° 95-20627, Bull. civ. I, n° 70, p.47.

³⁶¹ المادة ٢٣ من قانون المرافعات الكويتي تنص على " تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الكويتي، والدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن او محل إقامة في الكويت، (...)."

³⁶² R. LOIR, préc. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.81.

³⁶³ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2015, p.93 s.

³⁶⁴ Il n'existe pas à l'art. 52 de la Convention de Bruxelles, l'art. 59 de Bruxelles I ou l'art. 62 de Bruxelles I bis, une définition du domicile des personnes physiques. En ce sens : H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*

136. Du surcroît, l'article 4 de Règlement de Bruxelles I *bis* numéro1215/2012 prévoit aussi que « 1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. 2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre ». De la même manière, en cas de l'existence de plusieurs défendeurs le litige peut être soumis au tribunal du domicile de l'un d'eux selon l'art. 8, §1 du Règlement de Bruxelles I *bis*.

137. S'agissant du droit koweïtien, les règles relatives à la compétence internationale du juge des référés établissant le critère de compétence du lieu de domicile du défendeur sont déterminées par l'article 4-A de la Convention du Sultanat d'Oman du 1995. Cette convention a vocation à régler les conflits de juridictions et à déterminer les conditions d'application des décisions au sein de l'espace géographique Moyen-Orient³⁶⁵. Le critère de compétence du lieu du domicile du défendeur est également celui qui a été choisi dans le cadre de l'article 26 de la Convention bilatérale conclue en 1977 entre l'État du Koweït et la République Égyptienne³⁶⁶.

138. Si la compétence du juge des référés français ou koweïtien est généralement déterminée de manière subsidiaire en fonction de la compétence du juge du fond et, en règle générale, conformément au lieu du domicile du défendeur, il arrive que la compétence du juge des référés soit déterminée, par exception, conformément au lieu de l'exécution de la mesure demandée. La logique est alors bouleversée dans la manière d'appréhender le critère de compétence.

2 : La compétence du juge des référés conformément au lieu de l'exécution de la mesure demandée

³⁶⁵ Voir le site de Conseil de Coopération des États arabes du Golfe. Disponible sur <https://www.gcc-sg.org> (Consulté le 2 octobre 2019).

³⁶⁶ À cet égard : A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.81.

139. En France et au Koweït, la détermination de la compétence internationale du juge des référés dépend généralement du lieu du domicile du défendeur et est liée à la compétence du juge de fond, c'est-à-dire que ce dernier doit simultanément être compétent au fond. Si ce n'est pas le cas, le juge des référés ne sera donc pas compétent³⁶⁷.

Par exception, la compétence internationale du juge des référés d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires peut dépendre du lieu de l'exécution de la mesure demandée sans être nécessairement liée à la compétence du juge de fond. Dans cette hypothèse, même si le juge du fond n'est pas compétent pour trancher le litige selon les règles de droit international internes, le juge des référés sera internationalement compétent pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires³⁶⁸. La nécessité et la sécurité juridique³⁶⁹, peuvent ainsi justifier le besoin de ce « chef de compétence »³⁷⁰.

140. Silence des conventions. Les cas dans lesquels la compétence territoriale internationale des juges des référés français et koweïtien dépendent du lieu de l'exécution de la mesure demandée sont fondés sur des règles de droit interne concernant les litiges internationaux³⁷¹. En droit français et plus précisément en droit international privé, les textes internationaux relatifs à la compétence territoriale internationale du juge des référés qui fondent la compétence juridictionnelle sur le critère du lieu de l'exécution de la mesure demandée sont rares³⁷². En effet, la substance de l'article 24 de la Convention de Bruxelles concernant la compétence internationale en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires a été reprise de la Convention de Lugano conclue en 1988³⁷³. Cette même substance a été également reprise à l'article 31 du Règlement de Bruxelles I et à l'article 35 de Bruxelles I *bis*³⁷⁴. Ces dispositions prévoient seulement que « les mesures provisoires et/ou conservatoires prévues par la loi d'un État contractant peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre état est compétente pour connaître du fond ». En effet, les articles précédents expliquent seulement que la compétence du juge des référés n'est pas liée à la compétence de la juridiction du fond. En d'autres termes, si le juge du

³⁶⁷ R. LOIR, préc. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 261 s. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.82.

³⁶⁸ V. DELAPORTE, *op. cit.*, p.149.

³⁶⁹ A. ALSAMDAN, *Le droit koweïtien international privé*, 2e éd., s.n., 2001, p.388.

³⁷⁰ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 270.

³⁷¹ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.82.

³⁷² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 265.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ Le Règlement de Conseil de l'Union Européenne n° 44/2001. Disponible sur <https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c-textes/2001R0044-idx.htm>. (Consulté le 2 octobre 2019).

fond n'est pas compétent pour trancher le fond du litige, cela n'empêche pas que le juge des référés soit compétent pour ce qui concerne les mesures liées à la procédure de référé³⁷⁵. Cependant, en ce qui concerne la compétence du juge des référés selon le lieu de l'exécution de la mesure demandée, lesdites conventions sont complètement silencieuses sur la question spécifique des mesures provisoires et/ou conservatoires³⁷⁶.

141. Fondement jurisprudentiel. Dans le cadre de l'espace européen, la Cour de Justice de l'Union Européenne a initialement fondé la compétence internationale du juge des référés sur le critère du lieu d'exécution de la mesure demandée. Plus tard, les Conventions internationales ont repris ce critère jurisprudentiel pour attribuer au juge des référés sa compétence sur un fondement textuel. Ce critère de la compétence internationale du juge des référés en fonction du lieu d'exécution de la mesure demandée a été établi le 17 novembre 1998 par l'arrêt *Van Uden*. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que « l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires en vertu de l'article 24 de la Convention de Bruxelles est subordonné, notamment, à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'État contractant du juge saisi »³⁷⁷. Ainsi, afin de préciser les contours de la signification de la notion de lien de rattachement, la Cour renvoie au droit commun des États contractants³⁷⁸.

142. À cet égard, la Cour de cassation française a pris pour fondement l'arrêt *Van Uden* en 2001 afin d'affirmer que le juge des référés français est internationalement compétent pour ordonner des mesures provisoires lorsqu'il existe un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures demandées et la compétence territoriale du juge des référés. En effet, la Haute

³⁷⁵ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 266. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.82.

³⁷⁶ À cet égard, si lesdites conventions sont silencieuses dans l'espace européen pour déterminer la compétence internationale du juge étatique afin d'ordonner des mesures provisoires selon le lieu de l'exécution de la mesure demandée, il existe d'autres conventions à l'extérieur de l'espace européen qui le prévoient. Par exemple, l'article 31 de la Convention franco-égyptienne conclue le 15 mars 1982 prévoit qu' « en cas d'urgence constatée, les tribunaux de chacun des deux États, quel que soit le tribunal compétent sur le fond du litige, ont la faculté d'ordonner des mesures de caractère provisoire ou conservatoire sur le territoire de leur État ». La compétence internationale d'ordonner lesdites mesures est donc conférée au juge des référés français ou égyptien « en raison de l'exécution de la mesure demandée sur le territoire de cet État ». En ce sens : Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, n° 86-17204, Bull. civ. I, n° 105. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.83.

³⁷⁷ CJCE, 17 novembre 1998, Aff. C-391/95, *Van Uden*, point n° 40. ; J. NORMAND, « Juridiction compétente pour connaître des mesures provisoires ou conservatoires et incidence d'une procédure d'arbitrage au fond », Rev. Crit. DIP, 1999, p.340. ; Du même auteur, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden Mietz* », Rev. Crit. DIP, 1999, p.669.

³⁷⁸ La doctrine en France estime à cet égard que le lien de rattachement réel signifie le « rattachement à la chose ». En ce sens : M. NIOCHE, *J. Cl. International*, Fasc. 584-175, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civil et commercial, mesures provisoires et conservatoires », 2017, n°32. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 268.

juridiction a cassé une décision de la cour d'appel qui avait statué en référé alors que cette dernière n'était pas compétente. La Cour de cassation a en effet décidé qu'« a souverainement relevé que l'accident d'aviation était survenu en Angleterre, où des investigations devraient avoir lieu et qu'il n'était pas allégué que l'aéronef en cause se trouvât en France, non plus que les pièces utiles à l'expertise, de sorte que le lien de rattachement exigé entre la mesure demandée et le tribunal français saisi n'existait pas en l'espèce ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision d'incompétence »³⁷⁹. Par conséquent, la compétence du juge des référés conformément au lieu de l'exécution de la mesure demandée est ici repris conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Cependant, cette compétence est conditionnée par l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'État contractant du juge saisi.

143. Le droit koweïtien retient une solution différente. En effet, l'article 27 alinéa 2 du CPCK prévoit, contrairement au droit français, que « les juridictions étatiques [koweïtiennes] sont compétentes pour prendre les mesures provisoires ou conservatoires qui devront être exécutées sur le territoire de l'État du Koweït même si ces juridictions sont incompetentes pour connaître du fond »³⁸⁰. Ainsi, au Koweït, les règles de droit interne établissent le fondement de la compétence du juge des référés en fonction du lieu de l'exécution de la mesure demandée, comme le précise le CPCK. Cependant, l'article 27 alinéa 2 n'exige pas un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures demandées et la compétence territoriale du juge des référés. Ainsi, dans un cas où il n'y aurait pas de lien de rattachement réel entre l'objet des mesures demandées et la compétence territoriale du juge des référés, il se pourrait que la Cour de cassation koweïtienne aboutisse à une solution similaire à celle de la Cour de cassation française en établissant également un critère de rattachement réel³⁸¹.

144. Après avoir expliqué les règles de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale des juges des référés français et koweïtiens, il est nécessaire de préciser qu'il existe dans l'État du Koweït une large controverse concernant la compétence du juge des référés en raison de son pouvoir juridictionnel, qui peut être réfutée.

³⁷⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 11 décembre 2001, n° 00-18547, Bull., I, n° 313, p.199, *JCP*, 2002, II, n° 10106, note E. du RUSQUEC ; Cass. Civ. 1^{re}, 11 décembre 2001, n° 00-18547, Bull., I, n° 313, p.199, *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 371, note H. MUIR WATT

³⁸⁰ تنص المادة ٢٧ فقرة ٢ من قانون المرافعات الكويتي على انه " تختص المحاكم الكويتية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الكويت ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية"

³⁸¹ CJCE, 17 novembre 1998, Aff. C-391/95, *Van Uden*, point n° 40.

Section 2 : Les critères controversés de la compétence du juge des référés

145. Article 31 du CCK. En droit koweïtien, il existe des critères supplémentaires pour la compétence du juge des référés. L'article 31 du CCK prévoit qu' « [il] sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal, des questions suivantes: 1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. 2- La question des contentieux de l'exécution provisoire. La compétence du juge des référés n'évacue pas celle de la juridiction du fond, à condition que les demandes soient soumises à ce dernier, en tant qu'accessoire ».

La condition de l'urgence n'est pas au Koweït une condition de pouvoir juridictionnel mais une condition de compétence. De même, le caractère provisoire de la demande est également une condition de compétence du juge des référés koweïtien. Ainsi, les critères de compétence, de manière générale, doivent être compris dans une logique propre au droit koweïtien et l'analyse des critères de compétence du juge des référés doit être faite en prenant impérativement en compte cette logique complètement différente du droit français.

146. Concernant plus spécifiquement la condition de l'urgence dans ledit article, nous faisons ici seulement référence à cette condition qui sera ultérieurement détaillée dans la partie de la thèse qui concernera le pouvoir juridictionnel de juge des référés et de l'arbitre,³⁸². Ainsi, si l'on considère que le caractère provisoire de la demande en référé n'est pas une condition de compétence mais une condition de pouvoir juridictionnel, l'urgence sera également une condition de pouvoir et non pas une condition de compétence. L'article 31 du CCK, le seul article de ce code organisant les procédures de référés, contient ainsi une lacune puisqu'il existe dans le texte une ambiguïté qui crée une confusion entre les critères de compétence et de pouvoir juridictionnel.

Cette ambiguïté a conduit la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes à considérer que le caractère provisoire de la demande en référé et l'urgence sont des critères fondamentaux pour la compétence du juge des référés koweïtien (§1). Cependant, réfutant l'interprétation traditionnelle de l'article 31 du CCK, la nouvelle génération de la doctrine koweïtienne, tout comme la doctrine française, considère que le caractère provisoire ou même l'urgence ne sont pas des conditions de compétence du juge des référés mais des conditions de recevabilité de la demande soumise à ce juge (§2).

³⁸² *Infra* : n° 369.

§ 1 : La compétence controversée du juge des référés koweïtien au regard de son pouvoir juridictionnel

147. En droit koweïtien, selon la jurisprudence et la doctrine, le juge des référés sera compétent, si et seulement si les parties présentent devant lui, en cas d'urgence, une demande ayant le caractère provisoire (**A**). Cependant, si l'une des parties saisit le juge des référés koweïtien par une demande principale sans que l'urgence ne soit caractérisée, il y aura plusieurs sanctions différentes (**B**).

A : Le caractère provisoire de la demande en référé et l'urgence, conditions de la compétence du juge des référés koweïtien

148. En droit koweïtien et contrairement au droit français, l'article 31 du CPCCK, la jurisprudence et la doctrine exigent deux conditions pour que la compétence du juge des référés soit caractérisée. Ces conditions sont le caractère provisoire de la demande en référé et l'urgence.

149. Le caractère provisoire et l'objet de la demande en référé. Pour que le juge des référés koweïtien soit compétent, il est nécessaire, avant toute chose, que l'objet de la demande ait un caractère provisoire. En France, l'objet de la demande « s'entend du résultat que l'on demande au juge de consacrer dans sa décision. Ainsi, l'objet de la demande appelle parfois la chose demandée »³⁸³. La doctrine, au Koweït, définit l'objet de la demande de la même manière qu'en France c'est-à-dire comme la chose demandée ou les prétentions des parties³⁸⁴. À cet égard, les parties en droit français et koweïtien saisissent ordinairement le juge étatique en déposant leurs demandes devant le tribunal compétent. Cependant, il existe en réalité une variété de demandes des parties, comme la demande initiale, la demande incidente ou la demande en référé. Selon l'article 53 alinéa 1 du CPCF la demande initiale est « [...], celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions ». Au Koweït, le CPCCK ne prévoit pas de définition de la demande initiale tel qu'il existe dans CPCF. En effet, la doctrine koweïtienne utilise la même définition de la demande initiale qu'en France,

³⁸³ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire...*t. III, *op. cit.*, p.58.

³⁸⁴ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...*t. I, *op. cit.*, p.366.

faisant parfois même directement référence au Code de procédure civile français³⁸⁵. En France et au Koweït, la demande principale, initiale ou la demande introductive d'instance, comme la demande en référé, ont toutes des objets qui sont liés à la nature du différend, la juridiction saisie et la matière litigieuse³⁸⁶. En guise d'illustration, nous pouvons mentionner l'objet de la demande initiale qui est apportée devant le juge du fond français ou koweïtien. Ce type de demande vise à trancher le fond de l'affaire, c'est-à-dire que la demande a pour objet d'obtenir une décision définitive. De la même manière, l'objet de la demande en référé qui est apportée devant le juge des référés français ou koweïtien sera nécessairement l'obtention d'une mesure provisoire et/ou conservatoire.

150. Définition de la mesure provisoire. Au Koweït, selon l'article 31 du CPCK, la jurisprudence et la doctrine, il est nécessaire que les parties demandent des mesures provisoires et/ou conservatoires pour que le juge des référés soit compétent.

Cependant, si la demande en référé est une condition de compétence du juge des référés koweïtien, comment les parties peuvent-elles savoir si leur demande concerne une mesure provisoire ou bien une mesure définitive ? Est-il imaginable de distinguer les demandes provisoires afin d'assurer la compétence du juge des référés ?

La réponse à cette question est selon nous négative. Claude GOLDMAN considérait qu'il était impossible de donner une définition uniforme de la mesure provisoire³⁸⁷. Il est ainsi impossible de distinguer les demandes provisoires puisque le provisoire est « un concept déconcertant »³⁸⁸ et que chaque demande en référé dépend de son propre objet indépendant de celui des autres demandes³⁸⁹. En conséquence, si les parties ne peuvent pas identifier les demandes qui relèvent des procédures de référé grâce à leur objet, les droits français et koweïtien prévoient la possibilité d'identifier le caractère provisoire de l'ordonnance de référé afin de caractériser la compétence du juge des référés.

³⁸⁵ A. ABDULFATTAH *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.99.

³⁸⁶ Ch. LEFORT, *Procédure civile*, 5^{ème} éd., D., 2014, n° 98, p.82.

³⁸⁷ C. GOLDMAN, « Mesures provisoires et Arbitrage international », *RDAI*, 1993, p.3 s.

³⁸⁸ G. DEHARO, Répertoire Procédure civile Dalloz, V° Référé commercial, janvier 2017, n° 17.

³⁸⁹ A titre d'illustration, les demandes en référé comme la demande d'un référé provision, l'expulsion d'un possesseur qui n'a pas une justification ou l'arrêt de l'exécution. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.514.

En France l'ordonnance de référé « est une mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive »³⁹⁰. C'est encore une mesure qui n'a pas l'autorité de la chose jugée et qui ne lie pas le juge du fond³⁹¹.

De la même manière, en droit koweïtien, la mesure provisoire peut se définir comme une mesure prise dans le but d'éviter un dommage imminent afin de sauvegarder les droits des parties³⁹². Par exemple, une mesure provisoire peut être ordonnée pendant le procès au fond afin de recueillir le témoignage d'une personne qui risque de décéder de manière imminente. Une telle mesure est dépourvue de l'autorité de la chose jugée³⁹³.

151. L'achèvement du caractère provisoire. Comme il a été énoncé précédemment, la demande en référé est une condition de compétence dont le caractère provisoire ne peut pas être défini. En effet, seule la mesure provisoire en elle-même peut être définie. Ainsi, la question qui reste à étudier est celle qui nous invite à comprendre comment les parties peuvent avoir connaissance de la compétence du juge des référés dans le cas où la condition du caractère provisoire de la demande est remplie.

152. La jurisprudence et la doctrine koweïtienne considèrent que la condition du caractère provisoire de la demande est remplie si les parties demandent uniquement une mesure provisoire. Au contraire, si les parties demandent une mesure qui amène à préjuger du principal il ne sera pas possible de considérer la mesure demandée comme provisoire c'est pourquoi le juge des référés ne pourra pas être compétent dans une telle hypothèse³⁹⁴.

À cet égard, la doctrine affirme que si le juge des référés a l'interdiction de préjuger au principal, cette interdiction n'est en réalité pas absolue. En effet, le juge des référés koweïtien est obligé d'examiner la nature même de la demande présentée devant lui pour déterminer si les prétentions des requérants relèvent d'une mesure provisoire ou appellent une décision au fond³⁹⁵. Même si cet examen concerne d'abord la forme de la demande, il induit nécessairement une dimension, même indirecte et lointaine, d'examen sur le fond par le biais de la mise en

³⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016, p.655.

³⁹¹ G. DEHARO, « Référé commercial », préc., n° 17. ; A. ALKHUDHAIR, *Les conditions d'accès au juge des référés en cas d'urgence*, Mémoire de master 2 (D. d'AMBRA), Strasbourg, 2015, p.9.

³⁹² W. FAHMY, « Les conditions de compétence du juge des référés », *Revue de l'association des avocats koweïtiens*, 1982, 5^{ème} année, Juillet et Août, p.119.

³⁹³ F. WALLI, *Explication de droit de la juridiction judiciaire civile*, L'ouvrage universitaire, 1993, p.922.

³⁹⁴ Cass. Civ., K., 2 février 2004, n° 112/2003. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p. 409. ; M. ALENZI, préc. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.228 s.

³⁹⁵ M.-A. RATEB, M. KAMEL, M.-F. RATEB, *La juridiction de référé*, t. I, 6^{ème} éd., le monde de l'ouvrage, 2009, p.42.

œuvre de l'interprétation que fera le juge de la nature de la demande. Cet examen préalable permet au juge des référés koweïtien de vérifier seulement sa compétence et n'aboutit pas à la rédaction d'une décision formelle³⁹⁶.

Par conséquent, la doctrine koweïtienne considère que le fait de demander une mesure provisoire et l'interdiction de porter préjudice au principal, sont deux faces d'une même pièce, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de les séparer³⁹⁷. En d'autres termes, si la demande porte atteinte, au principal, au droit des parties, celle-ci sera considérée comme une demande principale tranchant alors tout ou partie du litige.

153. Urgence³⁹⁸. L'article 31 du CPCR, la jurisprudence et la doctrine koweïtiens exigent également que la condition de l'urgence soit caractérisée dans le cadre d'un référé. En général et peu importe que l'on se place du point de vue français ou koweïtien, l'urgence peut être définie comme la présence d'un risque certain menaçant ou diminuant le droit du demandeur s'il n'a pas été pris certaines mesures provisoires et/ou conservatoires³⁹⁹. À cet égard, la doctrine koweïtienne interprète l'article 31 du CPCR en considérant que le législateur exige l'urgence pour caractériser la compétence du juge des référés car il prévoit expressément la notion de la « perte de temps »⁴⁰⁰. Par ailleurs, une minorité de la doctrine koweïtienne considère plus spécifiquement que le juge des référés bénéficie d'une compétence exclusive dès lors que ces deux conditions (urgence et caractère provisoire de la demande) sont remplies. Dans le cas contraire, la compétence de ce juge ne pourra pas être caractérisée⁴⁰¹. La condition de l'urgence, en l'espèce, n'a pas vocation ici à être davantage développée car c'est une condition qui ne concerne que le pouvoir juridictionnel du juge des référés. Ce qu'il est important de souligner dans le cadre de ce développement est que l'urgence et le caractère provisoire de la demande en référé composent les deux conditions de compétence du juge des référés.

154. Nous remarquons ici qu'il existe au Koweït une large confusion entre les critères de compétence du juge des référés et le cadre de son pouvoir juridictionnel. Au Koweït, il est

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ M. ABDELKADER, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, 1^{re} éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 1998, p.88.

³⁹⁸ *Infra* : n° 377 et 378.

³⁹⁹ H. SALEH, *Le jugement provisoire, étude comparative*, Dar Almatboat Aljameya, 2013, p.18. ; En ce sens : Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LGDJ, 1968, p.281.

⁴⁰⁰ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...*t. I, *op. cit.*, p.409.

⁴⁰¹ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...**op.cit.*, p.26 s.

vrai que les mesures demandées au juge des référés seront considérées comme principales ou provisoires conformément à leurs objets. Il est vrai également que l'absence d'urgence implique l'impossibilité du recours à une procédure de référé. Cependant, l'inexistence de l'urgence ou l'absence de caractère provisoire de la demande ne devrait pas, selon nous, amener à considérer qu'il existe une absence de compétence du juge des référés mais une absence de pouvoir juridictionnel.

155. Après avoir envisagé les contours de la compétence du juge des référés au Koweït, il conviendra d'étudier les sanctions résultant du non-respect des conditions introduisant la compétence du juge des référés au Koweït, mais également en France, ce qui nous permettra de nous interroger sur la pertinence du raisonnement de la doctrine koweïtienne actuelle.

B : Les sanctions du non-respect des conditions de compétence du juge des référés koweïtien

156. Au Koweït, l'objet provisoire de la demande en référé ainsi que l'urgence sont des critères controversés pour établir la compétence du juge des référés. La controverse qui existe au Koweït concernant la nature de ces critères invite à nourrir notre réflexion de la comparaison avec le droit français. En France, les critères de l'urgence et du caractère provisoire de la demande concernent le pouvoir juridictionnel alors qu'au Koweït ils sont considérés, nous l'avons précisé, comme des conditions de compétence. Cette différence de logique amène à comparer les sanctions découlant d'une saisine inopportune des juges des référés français et koweïtien. Il existe en effet une différence entre les sanctions française et koweïtienne qu'il conviendra d'étudier dans un premier temps, ce qui nous permettra de nous interroger, dans un second temps, sur la pertinence de la sanction koweïtienne de la saisine d'un juge des référés incompetent.

157. Sanctions processuelle et substantielle. Les sanctions résultant de la demande non provisoire qui seraient soumise au juge des référés koweïtien, de la même manière que ce qui existe en droit français, peuvent être divisées en fonction de leur nature processuelle ou substantielle.

158. Koweït, sanction processuelle. Lorsque le juge des référés koweïtien reçoit une demande de l'une des parties pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires mais que cette demande est dépourvue de caractère provisoire comme, par exemple, la revendication d'une créance ou la confirmation d'une propriété, une condition essentielle de sa compétence n'est pas remplie ce qui induit l'application d'une sanction de nature processuelle⁴⁰². La solution sera la même lorsque l'une des parties saisit ce juge sans que la condition de l'urgence ne soit remplie⁴⁰³. Dans ce type d'hypothèse, l'autre partie est en droit de contester la saisine du juge des référés tout au long de l'instance⁴⁰⁴.

Par ailleurs, lorsque les demandes soumises au juge des référés koweïtien concernent le principal, la condition de la compétence de ce juge n'est pas remplie.⁴⁰⁵ Ainsi, selon la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes, le juge des référés koweïtien sera obligé de se déclarer incompétent en renvoyant les parties à la juridiction compétente⁴⁰⁶.

159. Koweït, sanction substantielle. La sanction substantielle résultant de la demande non provisoire qui serait soumise au juge des référés koweïtien concerne uniquement l'objet de la demande qui est présentée devant le juge étatique et le délai de prescription.

En droit koweïtien, la jurisprudence ainsi que la doctrine considèrent que la demande en référé qui est présentée devant le juge des référés n'interrompt pas le délai de prescription⁴⁰⁷, puisque celle-ci n'impacte pas le droit des parties qui fait l'objet de la prescription⁴⁰⁸. Alors que l'objet de la demande principale est de protéger le droit substantiel des parties, l'objet de la demande en référé consiste à conférer aux parties une protection provisoire qui est nécessaire mais secondaire. Ainsi, la demande principale est la seule qui peut interrompre la prescription du fait de son objet. Si une demande avec un objet principal est présentée devant le juge des référés par les parties, ce juge ne sera pas compétent puisqu'il faut que la demande en référé ait un objet provisoire. Néanmoins, dans cette hypothèse, le juge des référés se déclarera incompétent et la prescription sera interrompue car la demande principale en justice devant

⁴⁰² M.-A. RATEB, M. KAMEL, M.-F. RATEB, *La juridiction...t. I, op. cit.*, p. 112. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.409 s.

⁴⁰³ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.409 s.

⁴⁰⁴ Cass Civ. K., 4 décembre 2000, n° 165/1999. ; Cass Civ. K., 9 juin 2000, n° 128/1999. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.117.

⁴⁰⁵ M. HARJAH, *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, Dar Althqafah, 1984, p.74.

⁴⁰⁶ S. MAHMOD, *Le procès en référé...op. cit.*, p. 374.

⁴⁰⁷ Cass com., K, 25 septembre 1991, n° 341/89. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.418.

⁴⁰⁸ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.26 s.

n'importe quelle juridiction interrompt la prescription conformément à l'article 488 du Code civil koweïtien⁴⁰⁹.

160. France, sanction processuelle. Le droit français retient une solution complètement différente du droit koweïtien. La jurisprudence et la doctrine françaises n'estiment pas que le caractère provisoire de la demande en référé et/ou l'urgence sont des conditions de compétence du juge des référés. En effet, elles considèrent que le caractère provisoire et/ou l'urgence ne posent pas une question de compétence mais une question de pouvoir au juge des référés. Néanmoins, la jurisprudence a levé l'ambiguïté entourant ce sujet, soutenue par une partie de la doctrine française.

La Cour de cassation française considère que lorsqu'une partie a saisi le juge des référés pour obtenir une mesure provisoire mais que sa demande constitue en fait une demande portant sur le principal, « ce moyen ne constituait pas une exception d'incompétence, mais concernait l'exercice de ses pouvoirs »⁴¹⁰.

Concernant la doctrine, les professeurs Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Cécile CHAINAIS affirment dans cette hypothèse que « le juge des référés n'a pas le pouvoir de juger, parce que les conditions d'ouverture du référé ne sont pas réunies ; ainsi n'a-t-il pas ce pouvoir [...], s'il est saisi d'une demande portant sur une décision définitive et non provisoire. On parle parfois d'incompétence dans ce cas, mais c'est un abus de langage. Ce qui est en cause, c'est l'inaptitude du juge à se prononcer sur la demande, quel que soit le juge des référés saisi »⁴¹¹.

De plus, le professeur Nicolas CAYROL affirme qu'il faut distinguer la compétence et la saisine du juge des référés. Selon lui, « lorsque le défendeur conteste la saisine du juge des référés, vu l'absence d'urgence ou de trouble manifestement illicite, [et le caractère provisoire de la demande en référé] etc., il ne conteste pas la compétence de celui-ci ; il ne prétend pas qu'un autre juge aurait dû être choisi ; il prétend qu'il n'y a pas urgence, donc qu'il n'y a pas lieu à référé. Donc, lorsque le juge des référés dit n'y avoir lieu à référé, vu l'absence d'urgence, il

⁴⁰⁹ L'art. 488 du Code civil koweïtien dispose que « Le délai prévu pour l'audition serait interrompu par une demande juridique même si elle était portée devant une juridiction incompétente ».

⁴¹⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mars 1986, n° 84-175.24, Bull. civ. III, n° 34, p.26.

⁴¹¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014 p.1353. ; En ce sens, V. Également : J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 1200-90, « Tribunaux de commerce, Référé commercial, Ordonnance su requête en matière commerciale », 2010, n° 8.

ne se déclare pas incompétent ; donc, selon la Cour de cassation, l'article 96⁴¹² n'est pas applicable »⁴¹³.

Par conséquent, conformément à la jurisprudence et à la doctrine française, le caractère provisoire de la demande en référé n'est qu'une condition de pouvoir du juge des référés contrairement à ce que prévoit le droit Koweïtien. Ainsi, la différence entre la France et le Koweït dans la détermination de la nature du caractère provisoire de la demande en référé (condition de compétence ou de pouvoir), oblige l'adversaire à contester la saisine du juge étatique mais pour ce faire, il devra soulever l'incompétence du juge *in limine litis* c'est-à-dire, avant toute défense au fond⁴¹⁴.

161. France, sanction substantielle. S'agissant de la sanction substantielle de l'absence de caractère provisoire de la demande en référé, le principe, en France, est que la prescription ne sera pas interrompue par une telle demande en référé puisque celle-ci ne constitue pas une action au fond du droit des parties⁴¹⁵.

Par le passé, la solution retenue par les textes était différente puisque la prescription pouvait être interrompue par une demande en référé tel que prévu à l'ancien article 2241 du Code civil français. Cet article disposait en effet expressément que « la demande en justice, même en référé, interrompe le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion ».

La loi du 5 juillet 1985 a modifié cet article (anciennement 2244 du Code civil français⁴¹⁶) pour en donner la teneur actuelle. En effet, il était déjà régulièrement admis que la demande en référé n'était, contrairement à ce qui était prévu par le Code civil, pas interruptive de prescription. C'est pourquoi SOLUS et PERROT ont considéré à cet égard qu'« il était classique de répéter comme une évidence que la citation en référé n'était pas en principe interruptive de prescription, parce que disait-on, le fond du droit n'était pas engagé dans le débat »⁴¹⁷.

⁴¹² L'art. 96 du CPCF prévoit que « lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir. Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi ».

⁴¹³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 641.

⁴¹⁴ À cet égard, si le juge des référés français se déclare incompétent en cas d'absence du caractère provisoire de la demande en référé, les professeurs FERRAND, GUINCHARD et CHAINAIS considèrent que « les fins de non-recevoir sont aujourd'hui soumises au même régime que les défenses au fond ». Ainsi, ce dernier moyen de défense doit être invoqué par l'adversaire avant toute défense au fond. En ce sens : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...précis, op. cit.*, 32^e éd., p.282.

⁴¹⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 33^{ème} éd., 2016, p.259.

⁴¹⁶ L'article 2241 du C. Civ. F. était anciennement l'article 2244 du même code.

⁴¹⁷ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1326.

162. Aujourd'hui, si l'on considère que le caractère provisoire de la demande en référé est une condition de compétence du juge des référés français, la prescription sera interrompue même si le juge des référés n'est pas compétent. C'est ce qu'a considéré la Cour de cassation française en 2007, lorsqu'elle a jugé que « l'assignation à comparaître devant le juge des référés interrompt la prescription en dépit de son incompétence »⁴¹⁸. Néanmoins, une exception est prévue à l'article 2243 du même code prévoyant un obstacle à l'interruption de la prescription lorsque la demande est définitivement rejetée puisque dans ce cas elle sera considérée comme non avenue, sans avoir pour effet d'interrompre la prescription.

Par conséquent, cela confirme que le caractère provisoire de la demande en référé n'est donc pas considéré comme une condition de compétence du juge des référés puisque la demande non provisoire sera sanctionnée d'une fin de non-recevoir⁴¹⁹.

163. Nous pouvons déduire qu'il existe en France et au Koweït des sanctions en apparence similaires à l'absence de caractère provisoire de la demande en référé, mais ces sanctions sont en réalité totalement différentes. Nous remarquons que la seule ressemblance réelle entre les sanctions françaises et koweïtiennes concerne le moment auquel les parties vont présenter leurs prétentions⁴²⁰, c'est-à-dire *in limine litis*. En revanche, il existe une importante différence entre les sanctions françaises et koweïtiennes. En France, si les parties saisissent le juge des référés par une demande principale en l'absence de toute urgence, le juge des référés ne se déclarera jamais incompétent. Au contraire, au Koweït, dans une hypothèse similaire, il se déclarera constamment incompétent en renvoyant les parties à la juridiction compétente. La prescription ne sera jamais interrompue en France par une demande en référé du fait des règles de compétence contrairement à ce qui est prévu par le droit koweïtien.

164. La solution retenue par le droit français nous paraît davantage pertinente que celle retenue par le droit koweïtien qui apparaît ambiguë. La jurisprudence et la doctrine koweïtiennes se contentent en effet d'affirmer que le caractère provisoire de la demande et l'urgence sont les deux critères caractérisant la compétence du juge des référés sans envisager que ces deux critères pourraient plutôt être conçus comme relevant de la question du pouvoir juridictionnel du juge des référés en lui-même. Elles n'expliquent également ni la différence entre le pouvoir juridictionnel et la compétence ni la raison pour laquelle le juge des référés

⁴¹⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 21 février 2007, n° 06-12457, Bull., III, n° 26, p.23.

⁴¹⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...précis, op. cit.*, , 33 éd., p.978.

⁴²⁰ En France et au Koweït, les parties peuvent contester *in limine litis*.

doit renvoyer les parties à la juridiction compétente le cas échéant. Ainsi, le caractère provisoire de la demande en référé et l'urgence peuvent être réfutée en tant que condition de compétence du juge des référés.

§ 2 : La réfutation des conditions controversées de la compétence du juge des référés koweïtien

165. La question de la détermination de la nature des conditions du caractère provisoire et de l'urgence crée une large controverse alors que le droit français va à l'encontre du droit koweïtien en la matière⁴²¹. Alors qu'en France l'utilisation de ces conditions pour caractériser la compétence du juge des référés est considérée comme inappropriée selon la jurisprudence et la doctrine au Koweït, ces conditions sont considérées uniquement comme des conditions de compétence et non comme des conditions de pouvoir juridictionnel. Alors que le droit koweïtien se contente de faire référence à des concepts français sans analyser le contenu de ces concepts et en allant jusqu'à créer parfois des confusions, il sera nécessaire de recourir à la richesse de la doctrine française pour tenter d'expliquer le raisonnement koweïtien. A travers des concepts doctrinaux tirés du droit français nous pourrons donc distinguer plusieurs notions qui permettront d'expliquer la nature des conditions du caractère provisoire et de l'urgence dans le cadre de la procédure de référé koweïtienne (A). Par ailleurs, la pratique nous permettra également de réfuter la nature desdites conditions à travers l'analyse de la technique du renvoi de l'affaire en fonction des règles relatives au pouvoir juridictionnel (B).

A : Les concepts doctrinaux, une réfutation théorique

166. En droit koweïtien, il existe plusieurs considérations qui conduisent à orienter la réflexion relative au caractère provisoire de la demande en référé et à l'urgence vers une nature portant sur la compétence et non pas sur le pouvoir juridictionnel. Tout d'abord, une première considération influençant les réflexions sur cette question concerne l'ambiguïté ou « le

⁴²¹ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.25. ; M. ALENZI, « Le pouvoir de tribunal sur la demande... », préc., p.224 s.

caractère lacunaire » de l'article 31 du CPCK⁴²². Ensuite, une autre considération porte sur l'analyse faite par la jurisprudence koweïtienne qui ne distingue pas, à notre connaissance, la notion de compétence de la notion de pouvoir comme cela est le cas en France. Par ailleurs, plusieurs avis de la doctrine koweïtienne confondent le caractère provisoire de la demande en référé et le caractère provisoire de l'ordonnance de référé⁴²³. Par conséquent, l'ensemble de ces éléments conduit aujourd'hui la jurisprudence et la doctrine à considérer que le caractère provisoire de la demande en référé ou l'urgence doivent être considérées comme des conditions de compétence et non pas du pouvoir juridictionnel alors que nous démontrerons qu'il est au contraire possible d'affirmer que lesdites conditions concernent totalement le pouvoir juridictionnel du juge étatique.

167. Notion de compétence et de pouvoir juridictionnel. Il existe plusieurs définitions de la notion de compétence en droits français et koweïtien. Cependant, la notion de pouvoir juridictionnel est définie uniquement en France.

En France, la notion de compétence est définie de manière générale par le professeur PHILIPPE THÉRY comme une « fonction de solution d'un litige »⁴²⁴. Cette notion est définie également par le professeur Loïc CADIET comme « l'aptitude d'une juridiction à exercer son pouvoir de juger un litige de préférence à une autre »⁴²⁵, ou elle est autrement définie par la doctrine française comme « la répartition des affaires sur tout le territoire national et permettant ainsi la division du travail judiciaire en fonction d'un critère matériel ou territorial »⁴²⁶. En droit koweïtien, la doctrine définit la compétence comme la distribution des litiges à chaque juridiction spécifique en fonction de la nature de ces litiges, cette compétence devant être analysée à travers le prisme de l'idée d'une concurrence entre les différentes juridictions⁴²⁷.

En revanche, la notion de pouvoir juridictionnel est définie uniquement par la doctrine française qui la définit généralement comme un pouvoir propre de chaque juridiction pour

⁴²² L'art. 31 du CPCK prévoit qu' « [il] sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal, des questions suivantes: 1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. 2- La question des contentieux d'exécution provisoire. La compétence du juge des référés, n'évacue pas celle de la juridiction du fond, à condition que ces questions soient soumises à ce dernier, en tant qu'accessoire ».

⁴²³ À cet égard : S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.12 s. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.25. ; M. ALENZI, « Le pouvoir de tribunal sur la demande... », préc., p.224 s.

⁴²⁴ PH. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel...op. cit.*, p.9.

⁴²⁵ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.93.

⁴²⁶ R. LAHER, « Juge de l'exécution et résolution de la vante su adjudication : une clarification opportune », *Gaz. Pal.*, 2017.

⁴²⁷ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.360.

trancher les différents litiges⁴²⁸. Cette notion est définie également par le professeur CADIET comme « l'aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même à trancher un litige par application des règles de droit »⁴²⁹.

168. Le caractère provisoire de la demande en référé et l'urgence. De manière générale, la notion de compétence relève logiquement des règles matérielles et territoriales⁴³⁰, qui répartissent, de façon concurrentielle, les différentes compétences de chaque juridiction. En revanche, le pouvoir juridictionnel est le pouvoir propre de chaque juge de juger ce qui lui est soumis mais non pas dans un sens concurrentiel⁴³¹. À titre d'exemple, si le juge des référés, le juge du fond ou même l'arbitre posent la question « moi ou un autre [juge] »⁴³², lorsqu'ils tranchent un litige, cela veut dire qu'il y a matière à se poser la question de la dimension concurrentielle des règles encadrant la compétence des juridictions. Cependant, si les juges sont dans une configuration où ils n'ont qu'à vérifier que les conditions de leurs pouvoirs propres définies par les législateurs sont réunies, il est alors question plutôt de pouvoir juridictionnel ce qui n'implique aucune concurrence entre les pouvoirs des juges⁴³³.

Cette analyse a une résonance tant d'un point de vue théorique que pratique en droit français mais rien n'apparaît comme résolu au Koweït. En France, si l'une des parties saisit le juge des référés sans que la condition du caractère provisoire de la demande en référé ou de l'urgence ne soit remplie, ce juge doit déclarer qu'il n'y a pas lieu à mettre en œuvre une procédure de référé⁴³⁴. Au Koweït, si l'une des parties saisit le juge des référés koweïtien sans que les lesdites conditions ne soient remplies, il se déclare inéluctablement incompétent⁴³⁵. Selon nous, le raisonnement français est plus logique que le raisonnement koweïtien puisque si les conditions du caractère provisoire et de l'urgence ne sont pas remplies, il n'y a pas matière à se poser la question d'une quelconque concurrence entre les juridictions c'est pourquoi il n'est pas opportun de faire référence à la notion de compétence. Le droit koweïtien, en tronquant le raisonnement français sur la question des relations entre pouvoirs juridictionnel et compétence

⁴²⁸ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, , 33 éd., p.977.

⁴²⁹ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.93. ; J. THÉRON, , *J. Cl. civil*, Fasc. 600-30, « Moyens de défense, Généralités », 2016, n° 45.

⁴³⁰ PH. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel...op. cit.*, p.9.

⁴³¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, , 33 éd., p.977.

⁴³² Cass. Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, *Rev. arb.*, 2002. p.372, note PH. THÉRY.

⁴³³ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, , 33 éd., p.977.

⁴³⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2010, n° 09-65256, Bull., II, n° 134, p.120. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 21 avril 2005, n° 03-156.07, Bull., II, n° 116, p 105, Dr. Et proc., 2005, p. 291, note M. DOUCHY-OUDOT. ; R. Perrot, « Appel-nullité : excès de pouvoir et incompétence », *RTD civ.*, 1997, p.746.

⁴³⁵ Cass com., K, 25 septembre 1991, n° 341/89. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.417 et 418. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.26 s.

a donc créé une confusion théorique préjudiciant le justiciable. C'est pourquoi il est important que le juge des référés koweïtien déclare, comme en France, qu'il n'y a pas lieu à référé dans l'hypothèse où les conditions de l'urgence ou du caractère provisoire ne sont pas remplies.

169. Compte-tenu de la richesse du raisonnement français qui privilégie les nuances et l'importance d'apporter une réflexion complète sur la problématique étudiée en l'espèce, nous regrettons que le droit koweïtien ne développe pas son analyse, préférant pour le moment rester stable sur ce point. En France, les professeurs Frédérique FERRAND, Serge GUINCHARD et Cécile CHAINAIS affirment que « le juge des référés n'a pas le pouvoir de juger, parce que les conditions d'ouverture du référé ne sont pas réunies ; ainsi n'a-t-il pas ce pouvoir [...], s'il est saisi d'une demande portant sur une décision définitive et non provisoire. On parle parfois d'incompétence dans ce cas, mais c'est un abus de langage. Ce qui est en cause, c'est l'inaptitude du juge à se prononcer sur la demande, quel que soit le juge des référés saisi »⁴³⁶. Nous estimons que le droit koweïtien devrait s'inspirer de ces références.

170. Confusion entre l'interdiction du préjudice au principal, le caractère provisoire de la demande en référé et de l'ordonnance de référé. Nous pensons qu'il existe une autre considération entravant la doctrine koweïtienne dans son raisonnement pour définir la nature du caractère provisoire de la demande en référé, il s'agit du manque d'explications permettant de comprendre la différence entre le caractère provisoire de la demande en référé et le caractère provisoire de l'ordonnance de référé⁴³⁷. En effet, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes interprètent l'interdiction de porter préjudice au principal qui existe à l'article 31 du CPCCK comme une condition de compétence du juge des référés imposée aux parties d'un litige. Cette condition se caractérise par « le caractère provisoire de la demande en référé ». Ledit article prévoit qu' « [il] sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal ».

Cependant, il faut noter que la même interdiction existait également à l'article 809 de l'ancien CCPF de 1806 qui disposait que « les ordonnances de référés ne feront aucun préjudice au principal [...] ». Cette notion de préjudice au principal qui existait dans cette ancienne version du code de procédure civile a cependant disparu de l'écriture du texte avec le CCPF de 1971⁴³⁸.

⁴³⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile...32^{ème} éd., op. cit.*, p.1353. ; En ce sens v. également : J. BILLEMONT, « Tribunaux de commerce, Référé commercial... », préc., n° 8. ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.93. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 641.

⁴³⁷ *Infra* : n° 260.

⁴³⁸ G. WIEDERKEHR, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », RIDC, 1998, p.456.

Selon les professeurs Soraya AMRANI MEKKI et Yves STRICKLER, l'interdiction de porter préjudice au principal est pourtant aujourd'hui toujours intégrée, mais implicitement, dans les dispositions de l'article 484 du CPCF actuel⁴³⁹. En effet, alors que la doctrine en France considère aujourd'hui que cette interdiction existait uniquement pour assurer le caractère provisoire de l'ordonnance de référé, c'est-à-dire pour limiter les pouvoirs du juge des référés car il ne rend que l'ordonnance de référé⁴⁴⁰, le professeur STRICKLER considère que cette interdiction « constitue une conséquence du caractère provisoire [de l'ordonnance de référé] »⁴⁴¹. Ainsi, selon la doctrine française, l'interdiction de porter préjudice au principal existe donc en réalité encore aujourd'hui à l'article 484 du CPCF bien qu'elle ne constitue absolument pas en France une condition de compétence ou de pouvoir du juge des référés. Il s'agit plutôt d'une limitation des pouvoirs de ce juge.

Rien n'empêche d'appliquer cette analyse française en droit koweïtien. Nous pouvons dire, par conséquent, que l'interdiction qui existe à l'article 31 du CPCK n'est pas une condition de compétence mais une limitation du pouvoir du juge des référés comme en France. Si l'interdiction de porter préjudice au principal existait expressément dans l'ancien CPCF, et qu'elle continue d'exister aujourd'hui même de manière implicite dans le CPCF actuel afin de limiter les pouvoirs du juge des référés, l'on peut ainsi dire que cette interdiction existe également dans l'article 31 du CPCK uniquement dans l'objectif de limiter le pouvoir du juge des référés koweïtien, ou pour s'assurer que ce juge ne peut prononcer qu'une ordonnance de référé. Dit en d'autres termes, si cette interdiction existe à l'article 31 du CPCK, il ne faut pas l'interpréter comme une condition de compétence du juge des référés caractérisée par le caractère provisoire de la demande en référé. Le caractère provisoire de la demande concerne, tel qu'il a déjà été démontré, le pouvoir du juge des référés et non pas sa compétence. Il est donc nécessaire d'interpréter cette interdiction de porter préjudice au principal comme une limitation des pouvoirs du juge des référés koweïtien comme c'est le cas en France.

171. Les conditions de la compétence du juge des référés koweïtien peuvent être réfutées théoriquement par le recours à la logique mise en place par la doctrine française. Elles peuvent

⁴³⁹ S. MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédures civile*, PUF., Paris, 1^{re} éd., 2014, p.609. V. aussi l'art. 484 du CPCF prévoit que « l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

⁴⁴⁰ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p.16. ; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, p.126. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.286 s. ; Cass. Civ., 10 novembre 1947, *S.*, 1948, 1^{re} partie, p.157 obs. P. RAYNAUD.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

également être réfutées d'un point de vue pratique par référence aux solutions établies par la jurisprudence française qui inspire régulièrement le droit koweïtien.

B : Le système de renvoi de l'action, une réfutation pratique

172. Concernant la jurisprudence koweïtienne, si les conditions du caractère provisoire de la demande en référé et de l'urgence ne sont pas remplies avant la saisine du juge des référés ou pendant le déroulement du litige, ce juge devra forcément se déclarer incompétent et renvoyer les parties à saisir la juridiction compétente dans une même décision. Cependant, une telle décision ne devrait être que partiellement acceptable au regard de la solution établie par jurisprudence française en matière de défaut de pouvoir.

173. Décisions de la Cour de cassation koweïtienne. En droit koweïtien, il existe en matière d'incompétence deux hypothèses dans lesquelles le juge étatique renvoie les parties à une autre juridiction puisqu'il n'est pas compétent⁴⁴². Dans la première hypothèse, le juge du fond est saisi par une demande provisoire et non pas définitive. La seconde hypothèse intervient lorsque le juge des référés est saisi par une demande définitive et non provisoire.

L'objet de la saisine du juge du fond dans la première hypothèse n'est pas de trancher le fond du litige mais d'ordonner une mesure provisoire comme par exemple la désignation d'un gardien. Cependant, ce juge ne peut ordonner ce type de mesures que dans des cas très restreints. Ainsi, la Cour de cassation koweïtienne prévoit clairement qu' « il est juridiquement constaté, au visa des articles 31 et 32 de Code de procédure civile que la compétence pour désigner un gardien qui aura vocation à réaliser la mission pour laquelle il aura été désigné, est une compétence principale du juge des référés, et une simple compétence accessoire pour le juge du fond. Dans l'hypothèse où c'est le juge du fond qui intervient pour ordonner une mesure provisoire, il est nécessaire que la demande provisoire, par exemple la demande de désignation d'un gardien, ait pour objet d'accompagner une demande au principal. Attendu que la compétence principale du juge des référés est ici est d'ordre public. Par ces motifs : Casse et annule, l'arrêt de la cour d'appel, et déclare incompétente, la juridiction du fond de premier degré, et renvoie l'affaire devant le juge des référés du tribunal de grande instance »⁴⁴³.

⁴⁴² À cet égard : A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.29 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.417 s.

⁴⁴³ Cass. Com, 9 février 2010, n° 1416/2008. Traduit par A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.29 s.

Dans la seconde hypothèse, lorsqu'il existe une saisine du juge des référés dans le cadre d'une demande portant sur une décision définitive et non pas provisoire, c'est-à-dire en cas d'absence d'urgence ou de caractère provisoire de la demande⁴⁴⁴, comme par exemple dans le cas de la confirmation d'une créance⁴⁴⁵. La Cour de cassation koweïtienne décide alors, comme dans la première hypothèse étudiée, que le juge des référés n'est pas compétent et doit renvoyer les parties à saisir directement le juge du fond à cause de l'absence de caractérisation des conditions de compétence⁴⁴⁶.

174. Nous remarquons que les décisions de la Cour de cassation koweïtienne sont curieuses. La Haute juridiction koweïtienne décide dans les deux hypothèses évoquées que les juridictions de référés en question ne sont pas compétentes, c'est la raison pour laquelle elles doivent renvoyer les parties devant les juridictions qu'elles estiment compétentes.

Si l'on prend ces décisions à la lettre, cela signifie que le pouvoir juridictionnel du juge des référés est similaire au pouvoir juridictionnel du juge du fond. C'est pour cette raison que la Cour de cassation koweïtienne évoque la question de la compétence. Cependant, la logique juridique, après analyse du droit français, suppose que la question de la compétence ne doit pas se poser, sauf en cas de simultanéité des pouvoirs juridictionnels de plusieurs juges étatiques⁴⁴⁷. Par exemple, en France, une question de compétence peut se poser dans le cas d'un litige qui pourrait entraîner la simultanéité des pouvoirs des juges du fond du tribunal civil et du tribunal commercial puisque le pouvoir de ces deux juges vise uniquement à trancher le fond de l'affaire. Au Koweït, il est vrai que la question de la compétence, celle du « moi ou un autre juge » existe également puisqu'il peut y avoir concurrence entre le juge des référés et le juge du fond. Cependant, ces deux juges n'ont pas les mêmes pouvoirs juridictionnels. Ainsi, la question de la compétence, telle que posée par la jurisprudence koweïtienne est selon nous discutable tant dans l'hypothèse de la saisine du juge des référés par une demande provisoire que dans l'hypothèse de la saisine du juge des référés dans le cadre d'une demande définitive. En effet, dans ces deux hypothèses, la jurisprudence souffre d'une confusion en considérant que le

⁴⁴⁴ M.-A. RATEB, M. KAMEL, M.-F. RATEB, *La juridiction...*t. I, *op. cit.*, p.112.

⁴⁴⁵ À cet égard : A. ABDULFATAH et M. ALENZI, *Les procédures civiles koweïtiennes*, t. I, 4^{ème} éd., Dar Alkotob, 2017, p.431. ; S. MAHMOD, *Le procès en référé...**op. cit.*, p.74. ; A. ALDANASOURI et H. OKAZ, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, t. II, 9^{ème} éd., Dar Almatboàt Aljamièyah, 2014, p.1269. ; A. MOURAD, *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés*, Dar Alfiker, 1989, p.197. ; W. FAHMY, « Les conditions de compétence du juge des référés », *Revue de l'Association des Avocats Koweïtiens*, 1982, 5^{ème} année, Juillet et Août, p.124.

⁴⁴⁶ Cass. Civ, 14 avril 2005, n° 418/2003. Traduit par A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...**op.cit.*, p.29 s.

⁴⁴⁷ En ce sens : A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...**op.cit.*, p.25 s.

pouvoir juridictionnel du juge du fond et du juge des référés koweïtiens sont similaires alors qu'ils sont en réalité différents comme nous l'avons théoriquement démontré précédemment.

175. Par ailleurs, au Koweït, le juge des référés qui se déclare incompetent doit renvoyer les parties à saisir la juridiction compétente. Le fondement de ce mécanisme de renvoi, selon nous, ne devrait pas reposer sur la question de la compétence mais devrait, comme en France s'appuyer sur d'autres considérations comme le défaut du pouvoir juridictionnel ou bien même directement être justifié par la nécessité d'accélérer les procédures.

176. La technique de renvoi l'affaire en France. En France, le décret numéro 89-511 du 20 juillet 1989, a modifié l'article 788 du CPCF. Ce dernier prévoit que « l'autorisation d'assigner à jour fixe peut-être donnée, même d'office, par le président du tribunal saisi d'une procédure de référé ». Selon cet article, le juge des référés dispose du pouvoir de renvoyer l'affaire devant d'une autre juridiction. Cependant, cet article a été abrogé par le décret numéro 98-1231 le 28 décembre 1998, qui a modifié l'article 811 du CPCF. L'article 811 du même code, qui est devenu l'article 873-1 après le décret numéro 2019-1333 du 11 décembre 2019, prévoit donc qu' « à la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal ».

Dans cet article, il existe comme au Koweït une technique de renvoi de l'affaire qui est nommée en France la « passerelle ». Ce terme est né uniquement par la pratique juridique à travers la jurisprudence française⁴⁴⁸. Selon la doctrine en France, cette technique « ne joue que dans les cas de défaut de pouvoir [juridictionnel] du juge des référés »⁴⁴⁹, et non pas suite à une décision d'incompétence comme c'est le cas au Koweït⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ CA Paris, 14^{ème} chambre Civ., 7 novembre 2007, n° 07-07304. ; CA Lyon, 3^{ème} chambre Civ., 25 janvier 2007, n° 02-05449.

⁴⁴⁹ V. J.-B. Racine, « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », in P. JULIEN, (dir) *La justice civile au vingt-et-unième siècle*, Aix-en-Provence, Edilaix, 2003, p.355 s.

⁴⁵⁰ À cet égard, un exemple en droit du travail français peut apporter la preuve que la technique de passerelle existe lorsque survient une question du pouvoir juridictionnel et pas seulement lorsqu'il s'agit d'une question de compétence. L'art. R. 1455-8 du code du travail prévoit que « s'il lui apparaît que la demande formée devant elle excède ses pouvoirs, et lorsque cette demande présente une particulière urgence, la formation de référé peut, dans les conditions suivantes, renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement : 1° L'accord de toutes les parties est nécessaire ; 2° La formation de référé doit avoir procédé à une tentative de conciliation en audience non publique et selon les règles fixées par l'article R. 1454-10. La notification aux parties de l'ordonnance de référé mentionnant la date de l'audience du bureau de jugement vaut citation en justice ». En l'occurrence, il s'agit d'un dépassement des pouvoirs juridictionnels du juge étatique. Selon la doctrine en France, si les conditions de l'article précédent sont remplies, l'affaire sera renvoyée directement au bureau du jugement afin d'accélérer seulement les procédures

Par ailleurs la technique de la passerelle « permet d'accélérer le temps de saisine du juge du fond, après qu'un juge des référés ait dit n'y avoir lieu à référé, en raison du défaut de pouvoir »⁴⁵¹. En effet, le fait, en France, que le juge du provisoire dise qu'il n'y a pas lieu à référé n'aboutit pas à l'incompétence ou à la nullité de l'assignation, mais à l'irrecevabilité de la demande présentée devant le juge⁴⁵².

177. Si une demande présentée devant le juge des référés français excède ses pouvoirs juridictionnels⁴⁵³, notamment en cas de saisine par une demande définitive, ce juge déclare qu'il n'y a pas lieu à référé, c'est-à-dire que cette demande est irrecevable⁴⁵⁴. Ainsi, si le juge des référés se déclare incompétent, sa décision sera inéluctablement remise en cause car ce n'est pas ici sa compétence qui est questionnée mais ses pouvoirs. En ce sens, la Cour de cassation française affirme que « l'ordonnance par laquelle un juge des référés commerciaux, s'est déclaré incompétent au profit d'un tribunal de grande instance ayant mis fin à l'instance de référé, laquelle ne pouvait pas se poursuivre devant le juge du fond désigné, l'appel immédiat contre cette ordonnance est recevable »⁴⁵⁵. Après la décision d'irrecevabilité et alors même que les conditions de l'article 811 du CPCF sont réunies, le juge renvoie donc l'affaire à la juridiction du fond puisqu'il n'a pas le pouvoir juridictionnel pour statuer.

Au regard du droit français, nous pouvons penser que la solution devrait être la même au Koweït en matière de renvoi de l'affaire. Le système de renvoi devrait, comme en France, s'appuyer sur la notion de pouvoir juridictionnel et non sur la question du défaut de compétence. L'absence d'urgence et de caractère provisoire de la demande en référé implique en effet un défaut de pouvoir juridictionnel et le renvoi de l'affaire ne doit pas être ordonné sur le fondement du défaut de compétence du juge des référés.

178. Le droit égyptien est intéressant à étudier car il est proche du droit koweïtien tout en reprenant une partie de la solution établie par le droit français. Le droit égyptien s'inscrit

de l'instance au principal. En ce sens : J. HÉRON, Th. Le BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.454. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.30 s.

⁴⁵¹ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.31.

⁴⁵² Cass. Civ. 2^{ème}., 16 mai 2012, n° 11-119.98, Bull. civ. II, n° 90. À cet égard v. aussi : C. CHAINAIS, *La Protection juridictionnelle provisoire en droits français et italien*, Dalloz, 2007, n° 392 s.

⁴⁵³ L'art. 834 du CPCF prévoit en ce sens que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend »

⁴⁵⁴ C. CHAINAIS, préc.

⁴⁵⁵ Cass. Civ. 2^{ème}., 17 décembre 2009, n° 09-11847, Bull., II, n° 292, p. 269, Rev. Procédures, 2010, comm. n° 33. obs. R. PERROT. ; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p.1572 et 1718.

ainsi comme un compromis entre les droits français et koweïtien et peut être conçu comme une source d'inspiration pour réfléchir au perfectionnement du droit koweïtien. En effet, comme on l'a déjà évoqué, le droit égyptien influence de manière fondamentale le droit koweïtien⁴⁵⁶. Ainsi, la Cour de cassation égyptienne a repris la solution établie par le droit français lorsqu'elle a été confrontée à la question du renvoi de l'affaire suite au défaut de pouvoir. En effet, dans un arrêt fondateur de 1977⁴⁵⁷, la Haute juridiction égyptienne a été saisie d'une demande tendant à contester la décision de renvoi établie par la cour d'appel suite à une déclaration d'incompétence. La Cour de cassation égyptienne, dans l'arrêt évoqué, casse et annule la décision de la cour d'appel en expliquant que les règles de la compétence matérielle concernent l'ordre public et que « la demande portant préjudice au principal, constituait une véritable décision de rejet qui met fin à l'instance de référé »⁴⁵⁸. L'hypothèse à laquelle était confrontée en l'espèce la Cour de cassation égyptienne a vocation, de manière générale, à intervenir lorsque la demande est une demande définitive présentée devant le juge des référés soit lorsque le juge des référés égyptien est saisi sans l'existence d'une urgence⁴⁵⁹. Il nous semble ici que la jurisprudence égyptienne s'inspire de la solution établie par le droit français, contrairement au droit koweïtien.

179. Après analyse de la jurisprudence égyptienne et du droit français, il nous semble que le droit koweïtien reste malheureusement ambiguë sur la question du renvoi de l'affaire suite à une décision d'incompétence. D'après nous, il serait pertinent d'apporter une modification à l'article 31 du CPCCK afin d'apporter à celui-ci plus de logique et de cohérence avec la procédure de référé en général.

⁴⁵⁶ *Supra* : n° 39.

⁴⁵⁷ Cass. Civ. É., 21 décembre 1977, n° 295/43. ; Cass. Civ. É., 20 juin 1979, n° 780/44. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.32.

⁴⁵⁸ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.32.

⁴⁵⁹ Cass. Civ. É., 21 décembre 1977, n° 295/43. ; Cass. Civ. É., 20 juin 1979, n° 780/44. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.32.

Chapitre II : La compétence de l'arbitre, un fondement conventionnel

180. Le fondement légal de la compétence des arbitres français et koweïtiens se trouve dans les articles 1442 à 1449 du CPCF ainsi que dans les articles 173 à 188 du CPCCK. Selon les règles qui y sont mises en place, ce n'est pas uniquement la volonté des parties qui fonde la compétence des arbitres en France et au Koweït. Par ailleurs, il convient de préciser que si les litigants n'arrivent pas à se mettre d'accord pour attribuer la compétence relevant habituellement du juge étatique à un arbitre, ce juge étatique restera seul compétent. Afin de bien comprendre le cadre de la compétence des arbitres français et koweïtiens quant aux mesures provisoires et conservatoires, nous étudierons d'une part la convention d'arbitrage et ses conditions de validité (**Section 1**), et d'autre part les effets de cette convention sur la compétence du juge étatique (**Section 2**).

Section 1 : Le fond et la forme de la convention déterminant la compétence des arbitres

181. En droits français et koweïtien, il est difficile de rapprocher les règles concernant la compétence des arbitres des règles relatives à la compétence du juge étatique et plus précisément du juge des référés⁴⁶⁰. Les juges des référés français et koweïtien sont généralement désignés compétents selon les règles d'attribution et les règles territoriales, ou en fonction d'autres conditions existant uniquement au Koweït⁴⁶¹, pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires. En revanche, les arbitres dans les deux pays voient leur compétence encadrée par la convention d'arbitrage pour ordonner lesdites mesures. Cependant, la convention d'arbitrage comporte plusieurs conditions qui doivent être respectées par les parties à l'arbitrage. Ces conditions ne concernent pas nécessairement leurs pouvoirs en matière de référé. Par exemple, la condition de la désignation de l'arbitre⁴⁶² n'est pas directement liée à la mission d'octroyer les mesures provisoires et/ou conservatoires mais à la mission globale d'arbitrer le litige. Or, si cette condition n'est pas remplie, la convention d'arbitrage, à savoir la compétence arbitrale, sera *a priori* nulle. Ainsi, cette nullité aboutit à plusieurs conséquences concernant le fond de l'affaire et à également un impact sur les mesures provisoires et/ou

⁴⁶⁰ En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.466. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.42.

⁴⁶¹ Les conditions de la compétence du juge des référés koweïtien sont le caractère provisoire de la demande en référé et le cas d'urgence.

⁴⁶² *Infra* : n° 243 s.

conservatoires. En tout premier lieu, les effets de la convention d'arbitrage sur la compétence des tribunaux étatiques ne seront pas réalisés. Si le tribunal arbitral n'est pas compétent au fond de l'affaire, il ne sera forcément pas compétent en matière de référé. Ensuite, la sentence ou l'ordonnance arbitrale sera remise en question. *In fine*, le temps et l'efficacité de l'arbitrage seront perdus puisque « l'importance de ce temps utile est exacerbée dans les procédures rapides »⁴⁶³. C'est ainsi que même si certaines conditions de validité de la convention ne concernent pas directement les mesures provisoires, il convient nécessairement de revenir sur la validité de celle-ci, aussi bien sur le fond (§1) que sur la forme (§2).

§ 1 : Le fond de la convention déterminant la compétence des arbitres

182. En droit français et koweïtien la validité de la convention d'arbitrage est soumise aux règles générales du droit des contrats⁴⁶⁴. Cependant, cette convention a une nature spéciale puisqu'elle vise à trancher un litige par un juge privé, à savoir l'arbitre⁴⁶⁵. Ainsi, les droit français et koweïtien mettent en place des conditions étendues pour organiser le cadre d'une telle convention liées généralement au droit de contrat (**A**), et des conditions plus spécifiques liées précisément au droit de l'arbitrage (**B**).

A : Les conditions étendues de validité de la convention d'arbitrage

183. Il est nécessaire en France comme au Koweït que la convention d'arbitrage soit adoptée selon les règles générales de droit des contrats en vigueur. C'est seulement sous réserve de cette condition de validité que l'arbitre sera compétent afin d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, avant d'expliquer les règles de droit des contrats qui s'appliquent dans les deux États, il sera nécessaire au préalable d'aborder deux questions fondamentales : l'autonomie de l'arbitrage et la convention d'arbitrage. Concernant l'arbitrage, est ce que les règles déterminant la compétence des arbitres français et koweïtien doivent être

⁴⁶³ Y. STRICKLER, Fasc. 500-40, « Principe de... », préc., n° 27.

⁴⁶⁴ B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, « Arbitrage en droit interne », préc., n° 47 s. ; T. DOUIDRAN, *Les garanties des justiciables dans le contentieux arbitral, étude comparative*, Dar Al-jameah Aljadid, 2009, p.10 s.

⁴⁶⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.117. ; A. HASHISH. *La nature de...op. cit.*, p.30 s.

les mêmes règles que celle relatives à la compétence du juge des référés ? S'agissant de la convention d'arbitrage, est-elle autonome par rapport au contrat principal ? Il s'agira alors, en réalité, de démontrer que la réponse à ces deux questions induit d'une part une autonomie des règles concernant la compétence des arbitres par rapport aux règles relatives à la compétence du juge des référés, et d'autre part une indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à la nullité du contrat principal. Ainsi, il sera abordé d'abord le principe d'autonomie qui concerne non seulement la compétence des arbitres mais également la convention arbitrale (1). Il sera traité ensuite les conditions relatives au consentement des parties à la convention arbitrale (2). *In fine*, l'on conclura avec les conditions relatives à la capacité, au pouvoir et au contenu de l'accord des parties à la convention arbitrale (3).

1 : L'autonomie de la compétence des arbitres et de la convention arbitrale

184. La convention d'arbitrage peut être définie en France et au Koweït comme un accord conclu entre des parties visant à régler leurs litiges par un juge particulier : l'arbitre⁴⁶⁶. Ainsi, cette convention « attribue le pouvoir et la compétence »⁴⁶⁷ de juger aux arbitres. En vertu de ce postulat, les arbitres français et koweïtiens bénéficient de règles particulières qui vont leur permettre d'une part, en règle générale, de donner une issue au litige et, d'autre part, de pouvoir prononcer des mesures provisoires et conservatoires. Majoritairement, les arbitres français et koweïtiens sont soumis à une condition principale pour traiter le procès dès lors qu'ils ont été désignés compétents par la convention d'arbitrage. Il convient alors de préciser que les conditions de compétences des arbitres au sein des deux États sont bien souvent très différentes des conditions traditionnelles existant devant le juge étatique concernant les règles d'attribution et les règles territoriale. Cependant, il est important de noter que seuls les arbitres koweïtiens ont besoin, contrairement aux arbitres français, d'une convention spécifique pour bénéficier d'une compétence en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires⁴⁶⁸. Dans tous les cas, en France ou au Koweït, l'absence de règles matérielle et territoriale concernant la compétence des arbitres implique de rechercher autrement les modalités de leur désignation.

⁴⁶⁶ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, *J. Cl. civil*, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », 2012, n° 23 ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.61.

⁴⁶⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.97.

⁴⁶⁸ Il s'agit du caractère provisoire de la demande en référé et du cas d'urgence.

185. Par ailleurs, cette autonomie qui s'applique aux règles de compétence des arbitres s'applique également à la convention d'arbitrage elle-même. Dès lors, à partir du moment où la convention arbitrale est valable car elle respecte les conditions de fond et de forme applicables, elle ne sera pas influencée par la nullité du contrat principal.

186. L'autonomie des règles de compétence des arbitres. Tel qu'il a été déjà démontré, les juges des référés français et koweïtiens sont compétents pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires conformément aux règles générales de la compétence *ratione materiae* et *loci* existant dans le CPCF et le CPCK. Ainsi, en matière de référé, contrairement à la matière arbitrale, les parties n'ont pas forcément besoin d'une convention pour saisir le juge compétent afin d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires. En France, les arbitres ne sont pas gouvernés par les règles de la compétence d'attribution et territoriale qui s'appliquent au juge des référés. L'arbitre fait office à la fois de juge du fond et de juge des référés, tranchant le fond de l'affaire tout en ayant la capacité de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires. En effet, au sens de l'article 1442 du CPCF, les arbitres français seront généralement compétents selon la convention d'arbitrage en vertu d'une clause compromissoire ou par le jeu d'un compromis. De plus, l'article 1468 du même code confère aux arbitres le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires à condition qu'une convention arbitrale ait bien été mise en place. À cet égard, Pierre HÉBRAUD estime que « ce n'est pas dans ses limites *ratione loci* ou *ratione materiae* que l'on voit intervenir la notion de compétence arbitrale, mais dans le principe même de l'institution arbitrale »⁴⁶⁹. De la même manière, le professeur Jean-Baptiste RACINE réaffirme que l'arbitres est un « juge à multiples facettes »⁴⁷⁰.

187. En droit koweïtien, les règles générales sont pour la plupart les mêmes qu'en droit français. D'une part, l'arbitre qui règle le principal est le même que celui qui ordonne les mesures provisoires et/ou conservatoires ce qui suppose une compétence de l'arbitre plus large que celle du juge des référés. D'autre part, la doctrine koweïtienne considère qu'il n'y pas lieu d'appliquer les règles de la compétence d'attribution et territoriale du juge étatique en matière arbitrale⁴⁷¹ puisque c'est alors la convention d'arbitrage qui permet de qualifier la compétence de l'arbitre.

⁴⁶⁹ P. HÉBRAUD, « Action en justice », RTD civ., 1961, p.61.

⁴⁷⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.466.

⁴⁷¹ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.42.

Néanmoins, il existe une spécificité au Koweït concernant le cas des mesures provisoires et/ou conservatoires. En effet, l'article 173 alinéa 6 du CPCCK, le seul à traiter des mesures provisoires et/ou conservatoires, prévoit que « la convention d'arbitrage ne couvre pas le cas de l'urgence (qui au Koweït fait référence à ce qu'on l'on vise en France par le cas des mesures provisoires et/ou conservatoires) sauf convention contraire des parties ». Ainsi, l'arbitre koweïtien a besoin d'une convention supplémentaire ou d'une précision dans la même convention pour lui permettre d'ordonner les mesures provisoires et conservatoires, contrairement aux arbitres français. Cette convention peut être qualifiée de « composée » ou de « précisée ». Par exemple, lorsqu'une convention d'arbitrage est valablement conclue entre deux litigants, ces derniers doivent préciser dans ladite convention ou dans une convention supplémentaire pour que l'arbitre puisse prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires. Par conséquent, l'on peut estimer que le référé devant les arbitres français est automatique alors qu'il est plutôt intentionnel devant les arbitres koweïtiens.

188. Le caractère indépendant de la convention arbitrale. La convention d'arbitrage a également une autonomie au sens large. Cette autonomie se manifeste par rapport aux règles de compétence du juge des référés mais aussi en ce qui concerne la nullité du contrat principal. En France et au Koweït, la convention d'arbitrage est généralement une convention conclue à l'occasion d'un autre contrat, que l'on peut qualifier de contrat principal⁴⁷², mais elle peut être également une convention autonome d'un tel contrat. Lorsqu'un litige entre dans le cadre prévu par la convention arbitrale, les parties saisissent l'arbitre et non pas le juge étatique en vertu de cet accord passé entre elles. À cet égard, l'on expliquera ultérieurement les conditions de validité de la convention d'arbitrage en France et au Koweït. Cependant, il est nécessaire de se demander si, que l'on soit en France ou au Koweït, la nullité du contrat principal a une conséquence sur le sort de la convention d'arbitrage. La réponse à cette question sera *a priori* en France comme Koweït négative, c'est-à-dire que même si le contrat principal est nul, la convention arbitrale restera valide⁴⁷³. Il convient de souligner que dans les deux États, le vocabulaire utilisé pour parler de la convention arbitrale est spécifique. Ainsi, il faut absolument distinguer les termes d' « autonomie matérielle » et d'« indépendance » pour éviter toute

⁴⁷² En ce sens : CH. SERAGLINI, *J. Cl. Civil*, Synt. 290, « Arbitrage international : convention arbitrale », 2018, n° 12 s.

⁴⁷³ *Ibidem.* ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.97. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.61. ; M. ALZEBIE, *Le code de l'arbitrage comme un système juridique conventionnel d'une nature spéciale*, 1^{ère} éd., Monshaat Almaaaref, 2010, p.79.

confusion⁴⁷⁴. Cette distinction sémantique procède d'une « évolution jurisprudentielle qui a abouti à un régime très libéral de la convention d'arbitrage »⁴⁷⁵.

189. En droits français et koweïtien, la convention d'arbitrage nécessite l'accord des parties, c'est pourquoi elle suit généralement le régime des accords de volontés et plus spécifiquement le droit général des contrats. Toutefois, la convention d'arbitrage doit être considérée comme contrat spécial⁴⁷⁶, c'est-à-dire qu'elle a un objet purement processuel dont l'objectif est de régler uniquement les litiges nés entre les parties⁴⁷⁷. Selon la jurisprudence française, le principe d'autonomie de la convention arbitrale est apparu en matière d'arbitrage international avec l'arrêt fondateur du 7 mai 1963 rendu dans l'affaire *Gosset*. La Cour de cassation française a affirmé le principe d'autonomie de la clause compromissoire selon lequel si le contrat principal est nul, la convention d'arbitrage continue son office sans être affectée par cette nullité⁴⁷⁸. De la même manière, la Cour de cassation française a réaffirmé plusieurs fois, en matière d'arbitrage interne, que la clause compromissoire présente, par rapport au contrat dans lequel elle s'insère, « une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte »⁴⁷⁹. En revanche, il n'existe pas au Koweït de décision rendue par les tribunaux affirmant ce principe d'autonomie⁴⁸⁰. Or, le principe d'autonomie, a été codifié en 2011 par l'introduction de l'article 1447 dans le CPCF en matière d'arbitrage interne. Cet article prévoit ainsi que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ». Si le législateur koweïtien reste encore aujourd'hui silencieux⁴⁸¹, la doctrine koweïtienne reprend toutefois expressément les solutions existantes en droit français⁴⁸².

⁴⁷⁴ J.-B. RACINE, *J. Cl. Civil*, Fasc. 919, « Convention d'arbitrage, formation », 2008, n° 10 s.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2014, p.625.

⁴⁷⁷ L. CADIET, *J. Cl. Civil*, Fasc. 190, « Clauses relatives aux litiges, clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige, clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », 2016, n° 4 s. ; A. ABOALWAFI, *La convention d'arbitrage et ses procédures*, Monshaat Almaaref, 1974, p.30 s.

⁴⁷⁸ Cass, 7 mai 1963, *JDI*, p.82, note J.-D. BREDIN. ; En ce sens voir aussi : Cass. Civ. 1^{ère}, 2 avril 2014, n° 11-146.92, Bull. civ. II, n° 59. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 2014, n° 13-158.27, inédit. En ce sens : Cass. Civ., 4 juillet 1972, Rev. arb. 1972, 67, note Ph. FOUCHARD (arrêt *Hecht*). ; Cass, 7 mai 1963, *Rev. Crit.*, p.615, note H. MOTULSKY.

⁴⁷⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 4 avril 2002, n° 00-18.009, Bull. II, n° 68 p.57. ; En ce sens v. aussi : Cass. Com., 9 avril 2002, n° 98-16.829, Bull. Com. n° 69 p.72.

⁴⁸⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.131.

⁴⁸¹ L'art. 173 al. 1 du CPCF prévoit uniquement que les clauses compromissoires peuvent être stipulées dans un contrat.

⁴⁸² A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.134 s.

190. À l'égard de l'article 1447 du CPCF, certains auteurs estiment qu'en France « le choix du terme indépendance par le décret numéro 2011-48 peut surprendre au regard de l'évolution jurisprudentielle qui avait jusque-là préféré le terme autonomie, à raison sans nul doute. En effet, l'autonomie exprime largement que la clause compromissoire, convention d'arbitrage, doit bénéficier d'un examen de validité propre, autonome. Cette autonomie est de surcroît largement reconnue en jurisprudence, comme l'est la nature conventionnelle de la clause compromissoire. En choisissant d'opter simplement pour l'indépendance, le décret du 13 janvier 2011 laisse passer l'occasion de consacrer pleinement la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation »⁴⁸³. En effet, lorsque le premier alinéa de l'article 1447 du CPCF dispose que la convention d'arbitrage n'est pas affectée par l'inefficacité du contrat principal, « il tire une conséquence de son indépendance vis-à-vis de ce même contrat »⁴⁸⁴. Le second alinéa de ce même article prévoit que « lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite. Toutefois, « ces deux qualités correspondent aux effets de l'autonomie, qui se présente ainsi comme une qualité permettant d'expliquer le sort de la clause compromissoire vis-à-vis du contrat principal »⁴⁸⁵. De même, le professeur Thomas CLAY affirme de son côté que l'autonomie s'apprécie dans les deux alinéas de l'article 1447 du CPCF⁴⁸⁶. Selon le premier alinéa, la convention n'est pas affectée par l'inefficacité du contrat principal (par exemple annulation, caducité ou résolution). Concernant le second, la sanction de la clause compromissoire nulle ne touche donc pas le contrat principal. Ainsi, quelle que soit la terminologie retenue, l'indépendance de la convention d'arbitrage, tel qu'elle est envisagée par le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011, sécurise la clause compromissoire contre l'annulation de contrat principal.

Néanmoins, le caractère indépendant de la clause compromissoire ne doit pas être entendue comme absolue, c'est-à-dire « indestructible »⁴⁸⁷. En France comme au Koweït et par exception, la convention d'arbitrage peut être affectée dans une certaine mesure par la nullité

⁴⁸³ D. CHENU, « L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011 », LPA, 2011, n°79, p. 3. ; La doctrine française pense également que « la terminologie retenue à l'article 1447 doit être relevée : il est remarquable que les rédacteurs du texte aient préféré parler d'indépendance plutôt que d'autonomie, alors même que ce second vocable avait jusque lors les faveurs de la jurisprudence et de la doctrine dominantes. Quoi qu'il en soit, le terme choisi reste particulièrement fort [...]. Il n'aurait pas été mauvais que l'affirmation d'un principe d'indépendance de la clause compromissoire s'accompagne de certaines nuances, ne serait-ce que par souci de refléter plus fidèlement, dans sa globalité, le régime de la clause compromissoire ». En ce sens : S. BOLLÉE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP* 2011. 553.

⁴⁸⁴ D. CHENU, préc.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ Th. CLAY, *Code de l'arbitrage...* 2021, *op. cit.*, p.62.

⁴⁸⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.101.

du contrat principal et ainsi s'avérer nulle pour certaines raisons⁴⁸⁸. Par exemple, si une personne subit un vice du consentement (notamment en cas de dol ou de violence) pour conclure le contrat qui comporte la convention arbitrale, le contrat et la convention seront forcément affectés⁴⁸⁹, si et seulement si « le vice du consentement qui a affecté le contrat, en général, a également affecté la clause compromissoire, en particulier »⁴⁹⁰.

191. Après avoir expliqué que la compétence des arbitres concerne le procès en général et pas seulement les mesures provisoires et conservatoires et après avoir démontré que la convention arbitrale par principe n'est pas forcément influencée par les règles du droit des contrats, il apparaît nécessaire d'expliquer les conditions de validité du fond de la convention d'arbitrage.

2 : Le consentement des parties à l'arbitrage

192. Il existe en France et au Koweït des problèmes liés au consentement des parties à l'arbitrage. Ce consentement est parfois motivé par la volonté générale d'un arbitrage, peu importe l'arbitre. D'autres fois, la personnalité de l'arbitre en elle-même peut être le facteur décisif pour les parties à l'arbitrage. Ainsi, afin d'éviter la polysémie du terme de consentement, il est nécessaire de préciser que le consentement dont on parlera ici portera uniquement sur le l'opportunité d'un recours à l'arbitrage comme mode de résolution d'un conflit, les difficultés liées à l'acceptation de la personnalité de l'arbitre seront étudiées dans une partie ultérieure⁴⁹¹. Que ce soit en droit français ou koweïtien, le consentement des parties est exigé pour le recours à l'arbitrage soit pour trancher le fond de litige soit pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires. Toutefois, cette condition principale du consentement des parties à la convention d'arbitrage évoque en réalité d'autres conditions accessoires, notamment l'absence de vices de consentements comme le dol, la violence ou l'erreur.

⁴⁸⁸ Il s'agit des vices du consentement. La convention d'arbitrage peut être entachée de nullité sur le fondement du dol, de la violence ou de l'erreur. En ce sens : E. GAILLARD. *J. Cl. Civil*, Fasc. 586-2, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, capacité et pouvoir, consentement », 1994, n° 75 s.

⁴⁸⁹ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 10, « Arbitrage commercial... », préc., n° 36.

⁴⁹⁰ *Ibidem.* ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.130 s.

⁴⁹¹ *Infra* : n° 656.

193. Critique de la condition liée au consentement. La condition de consentement des parties pour le recours à l'arbitrage est critiquée en France mais pas au Koweït. Le professeur Jean-Baptiste RACINE considère à cet égard que la condition de l'existence du consentement des parties est « banale et [elle] découle du caractère conventionnel de l'arbitrage »⁴⁹². En effet, l'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits qui est fondé justement sur l'accord des parties. C'est la raison pour laquelle l'arbitrage est soumis aux conditions générales imposées pour tous les accords de volontés. En ce sens, le professeur Éric LOQUIN affirme également de son côté qu'il n'y aurait pas lieu de s'interroger sur la compétence des arbitres si l'une des parties n'acceptait pas le recours à l'arbitrage⁴⁹³. Par ailleurs, d'autres questions peuvent se poser concernant le consentement des parties comme les vices du consentement, la preuve ou même la forme de ce consentement.

194. Vices du consentement. En droit français et koweïtien, l'erreur, le dol et la violence peuvent vicier le consentement des parties pour saisir les arbitres. S'agissant de l'erreur, en France comme au Koweït l'une des parties peut être victime d'une erreur ayant vicié son consentement au moment du recours à l'arbitrage. À titre d'illustration jurisprudentielle, la Cour de cassation française a décidé le 16 juillet 1964 que dans le cas où l'un des litigants à la convention d'arbitrage ignore la personnalité de l'arbitre choisi, son consentement est considéré comme vicié ce qui entraîne la nullité de la convention⁴⁹⁴. Il est vrai que cet exemple concerne la personnalité de l'arbitre en elle-même et non pas le principe du recours à l'arbitrage mais cela n'empêche pas d'appliquer un tel cas de nullité plus généralement à la validité de la convention d'arbitrage. En effet, si une partie à la convention d'arbitrage pensait recourir à autre mode de résolution de son litige, comme par exemple la médiation⁴⁹⁵, la convention d'arbitrage serait dans ce cas-là nulle en droit français comme en droit koweïtien, ce dernier suivant l'exemple du droit français⁴⁹⁶. À ce propos, une interrogation importante concernant l'État du Koweït peut être soulevée. L'article 173 du CPCCK prévoit que « la convention d'arbitrage ne couvre pas le cas de l'urgence [c'est-à-dire le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires], sauf convention contraire des parties ». L'on peut alors se demander ce

⁴⁹² Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p.19. ; J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 62.

⁴⁹³ E. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1046, « Arbitrage, la décision arbitrale, voie de recours », n° 45.

⁴⁹⁴ Cass. Com. 1^{ère}, 16 juillet 1964, Bull. civ. II, n° 375. Disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006966524&fastReqId=1455035607&fastPos=1>.

⁴⁹⁵ Il s'agit d'une convention désigne la clause d' « un contrat par laquelle les parties s'engagent à recourir à un tiers, dénommé médiateur ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.693.

⁴⁹⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.191. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.76.

qu'il adviendrait de la convention d'arbitrage dans le cas où une partie aurait accepté le principe de l'arbitrage en ce qui concerne le fond de l'affaire sans donner son consentement pour d'éventuelles mesures provisoires et/ou conservatoires ? Ni la jurisprudence ni la doctrine koweïtienne ne donnent de réponse à cette question. A notre connaissance, le texte précité semble clair en ce qu'il ne mentionne pas de vice du consentement concernant la convention d'arbitrage. Dans le cas de l'erreur, l'on pourrait envisager par déduction qu'elle concernerait uniquement le pouvoir de l'arbitre d'ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires non consenties par une partie à la convention d'arbitrage. Par conséquent, l'on estime que la convention ne serait pas nulle mais l'arbitre ne pourrait plus ordonner de mesures provisoires et conservatoires.

195. S'agissant du dol ou de la violence, il semble qu'il n'existe pas d'exemples jurisprudentiels en France et au Koweït. Cependant, la doctrine dans les deux États affirme qu'en cas de dol ou de violence affectant le consentement des parties à la convention arbitrale, le sort de cette convention sera la nullité⁴⁹⁷.

196. La forme et la preuve de consentement. Quelques interrogations perdurent concernant la forme et la preuve de consentement des parties à l'arbitrage. S'agissant de la forme de ce consentement, au Koweït comme en France, il doit être en règle générale exprès⁴⁹⁸. En droit français, le consentement tacite existe par exception en matière d'arbitrage international. Ainsi, le consentement d'une partie à la convention d'arbitrage sera réputé tacitement donné, en l'absence de consentement exprès, dans les cas suivants : si une partie a connaissance d'un document qui concerne la convention d'arbitrage ou si elle intervient dans la conclusion de la convention en question ou si elle procède à l'exécution de la convention⁴⁹⁹. Cette hypothèse du consentement tacite existe également en droit français de l'arbitrage interne puisqu'une partie peut accepter tacitement une convention arbitrale⁵⁰⁰. Toutefois, la doctrine française fait reposer la charge de la preuve sur la partie qui souhaite l'application de la convention, elle aura ainsi pour mission de prouver son acceptation tacite⁵⁰¹. En droit koweïtien,

⁴⁹⁷ *Ibidem ; Ibidem.*

⁴⁹⁸ J. BÉGUIN, J. ORTSCHAUDE, Ch. SERAGLINI, « Arbitrage, droit de l'arbitrage », JCP G., 2018. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.61 s.

⁴⁹⁹ J. BÉGUIN, J. ORTSCHAUDE, Ch. SERAGLINI, préc.

⁵⁰⁰ En ce sens voir : E. LOQUIN, Fasc. 1032, « Arbitrage, compétence... », préc, n° 38.

⁵⁰¹ Un avis de la doctrine considère aussi à cet égard que « la preuve du consentement est évidemment nécessaire, puisque, sans lui, il ne pourrait exister de convention d'arbitrage ». En ce sens : J.-P. ANCEL, « L'arbitrage international en France », in APD, 2009, p.197.

la jurisprudence comme le CPOK sont silencieux sur cette question de l'acceptation tacite de la convention d'arbitrage. Toutefois, la doctrine koweïtienne considère que le consentement tacite à la convention d'arbitrage peut exister dans la pratique⁵⁰². Par exemple, si deux sociétés ont pour habitude de mettre en place des conventions arbitrales accessoires aux contrats principaux qu'elles concluent régulièrement entre elles, et que leur dernier contrat ne fait pas référence expressément à leur consentement à un arbitrage, le consentement à l'arbitrage de ces deux sociétés sera présumé exprimé de manière tacite. L'idée est alors que l'on peut présumer que l'une des sociétés en question a seulement oublié non-intentionnellement de mentionner le consentement à l'arbitrage dans le dernier contrat.

Concernant le mécanisme qui consiste à apporter la preuve du consentement des parties, il a été jugé par la Cour d'appel de Paris, en matière internationale, qu'« il suffit [...] de rechercher la preuve d'une volonté commune des contractants de soumettre leurs éventuels litiges à un arbitre »⁵⁰³. De la même manière, la Cour de cassation koweïtienne a affirmé également plusieurs fois que selon les règles générales du droit Civil, tous les moyens de preuve peuvent permettre de prouver l'absence ou l'existence de consentement des parties à l'arbitrage⁵⁰⁴. Ainsi, en France et au Koweït, il revient à la partie qui souhaite bénéficier de l'arbitrage d'apporter la preuve du consentement de l'autre partie.

197. Si le consentement des parties est exigé nécessairement pour conclure la convention d'arbitrage, d'autres conditions sont également exigées.

3 : La capacité, le pouvoir des parties et le contenu de la convention d'arbitrage

198. Plusieurs conditions doivent être remplies en France et au Koweït pour conclure une convention arbitrale soit pour régler le fond d'un litige, soit pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires. Tout d'abord, les parties doivent avoir la capacité et le pouvoir de conclure la convention d'arbitrage. Ensuite, le contenu de la convention d'arbitrage doit comporter un objet et une cause licite. Dans les deux États, la question de la capacité renvoie principalement à l'hypothèse selon laquelle une personne conclut une convention arbitrale en

⁵⁰² M. ALZEBIE, *Le code de l'arbitrage...op. cit.*, p.63.

⁵⁰³ CA. Paris, 1^{ère} chambre com., 11 avril 2002, *JurisData* n° 2002-194052.

⁵⁰⁴ Cass. Com. 30 novembre 1993, n° 106/1993. ; Cass. Com. 17 mai 2001, n° 683/2001. ; Cass. Com. 17 mai 2001, n° 737/2001. ; Cass. Com. 17 mai 2001, n° 740/2001.

son propre nom et pour son propre compte⁵⁰⁵. En revanche, la notion de pouvoir renverra plutôt au cas dans lequel une autre personne que la personne concernée conclut une convention arbitrale au nom et pour le compte de la personne principale⁵⁰⁶. Dans ces deux hypothèses la personne capable ou celui qui aurait pouvoir de conclure au nom de la personne principale doivent en tout état de cause conclure la convention arbitrale en respectant les conditions de validité de la cause et de l'objet de cette convention.

199. Acte de disposition ou d'administration. Sous quelles conditions en France et au Koweït une personne physique ou morale peut-elle conclure une convention d'arbitrage ? En règle générale et dans les deux États, la personne doit avoir, avant tout, la capacité et le pouvoir de compromettre. Toutefois, il faut noter qu'il existe une hésitation doctrinale quant à la qualification de la convention d'arbitrage : est-elle un acte d'administration ou un acte de disposition ? Les doctrines française et koweïtienne affirment « classiquement » sur le fondement de plusieurs arguments textuels que la convention d'arbitrage est un acte de disposition⁵⁰⁷. En France, l'article 1989 du Code Civil prévoit que « [...] : le pouvoir de transiger ne réforme pas celui de compromettre ». Cet article affirme que compromettre par le consentement à une convention arbitrale est un acte plus grave que la transaction⁵⁰⁸. Par ailleurs, l'article 506 de la loi numéro 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, affirme encore que la convention arbitrale est un acte de disposition⁵⁰⁹. En droit koweïtien, l'article 173 alinéa 3 du CPCCK dispose que « la convention d'arbitrage est nulle, si elle a été conclue par une personne n'ayant pas la capacité d'exercice ». Selon la doctrine koweïtienne, c'est le seul texte du CPCCK qui démontre que la convention d'arbitrage doit être qualifiée d'acte de disposition puisque le législateur exige la capacité complète de la partie à l'arbitrage, c'est-à-dire sa capacité de jouissance et d'exercice pour pouvoir conclure une telle convention⁵¹⁰.

Néanmoins, il convient de préciser qu'il existe une conception plus moderne de la qualification de la convention d'arbitrage qui est apparue en France et non pas au Koweït. Cette

⁵⁰⁵ E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international... », 1994, n° 2 s.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.121. ; Du même auteur, « Convention d'arbitrage... », préc., n° 66. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.66. En ce sens voir aussi : E. LOQUIN, *J. Cl. civil*, Fasc. 1022, « Arbitrage, convention d'arbitrage, conditions de fonds : consentement, capacité, pouvoir, objet, cause », 2012, n° 22. ; F. WALLI, *Le précis en...op. cit.*, p.896.

⁵⁰⁸ J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage... », préc., n° 66.

⁵⁰⁹ En ce sens voir aussi l'ordonnance du 15 octobre 2015, dans son article 387, compromettre est considéré comme une façon de disposer de ses droits.

⁵¹⁰ A. MILIGIE, *op. cit.*, p.34 s.

conception est en apparence similaire à la conception traditionnelle qui existe en France et au Koweït impliquant que peu importe l'objet du litige, la convention d'arbitrage est en règle générale, dans les deux États, considérée comme un acte de disposition⁵¹¹. Selon la conception moderne de la qualification de la convention d'arbitrage, celle-ci est également un acte de disposition mais uniquement lorsque les arbitres statuent comme amiables compositeurs puisqu'ils ne sont pas obligés dans ce cas-là d'appliquer les règles de droit⁵¹². En revanche, lorsque les arbitres ne sont pas amenés à statuer comme amiables compositeurs il faut distinguer les cas en fonction de l'objet du litige soumis à l'arbitrage pour savoir la qualification correcte à donner à la convention d'arbitrage⁵¹³. On peut alors prendre l'exemple du droit des affaires internationales dont les règles précisent expressément que la convention d'arbitrage dans ce domaine peut être qualifiée d'acte courant de gestion, c'est-à-dire d'acte d'administration⁵¹⁴.

200. Il reste alors quelques interrogations concernant la gravité de la convention d'arbitrage. En effet, si une partie des doctrines française et koweïtienne considère que la convention d'arbitrage est un acte de disposition du fait de sa gravité en ce qu'elle implique une forme de renonciation des garanties offertes par la justice, il est possible de considérer au contraire que cette gravité invoquée n'est pas si importante qu'il n'y paraît. En effet, lorsqu'une personne conclut une convention d'arbitrage, elle ne renonce en réalité ni au droit de se faire juger par le juge étatique ni aux garanties offertes par la justice étatique. La convention d'arbitrage ayant un objet purement processuel, le litigant transfère simplement la compétence et le pouvoir de trancher son litige, avec plus ou moins de garanties, d'un juge étatique vers un juge privé, en l'occurrence, l'arbitre. De surcroît, même si la convention d'arbitrage a été considérée par le passé comme un acte grave, il est aujourd'hui nécessaire de réadapter la conception que l'on peut avoir a priori de ce mode de règlement des litiges puisque le droit et la société ont évolué⁵¹⁵. Les arbitres en France et au Koweït peuvent aussi bien trancher le litige que les juges étatiques, ils peuvent même parfois aller plus loin que ces derniers notamment en ce qui concerne les mesures provisoires et/ou conservatoires pour lesquelles une réelle rapidité

⁵¹¹ En ce sens : E. LOQUIN, « Arbitrage, convention d'arbitrage, conditions de fonds : consentement », préc., n° 21. ; *Ibidem*.

⁵¹² E.-D. GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. V, 3^{ème} éd., Sirey, 1936, n° 180 et 3019.

⁵¹³ E. LOQUIN, « Arbitrage, convention d'arbitrage, conditions de fonds : consentement », préc., n° 21.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.121.

est exigée. Par conséquent, si l'on considère que la convention d'arbitrage un acte dangereux ou grave, cela peut créer une méfiance vis-à-vis de la justice arbitrale⁵¹⁶.

201. Capacité de contracter ou d'ester en justice ? S'agissant de la capacité de compromettre, il faut être capable en France comme au Koweït pour conclure une convention d'arbitrage ou pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires de l'arbitre. Toutefois, cette notion de capacité s'applique-t-elle à l'action de contracter ou bien d'agir en justice ? A la différence du droit koweïtien, le droit français tranche cette question. Alors que le droit koweïtien édicte simplement une règle générale relative à la capacité pour conclure la convention d'arbitrage, il existe en France une série de jurisprudences ainsi que des avis doctrinaux qui donnent des réponses différentes à cette question⁵¹⁷. En effet, si une partie de la doctrine française admet a priori que la capacité exigée en matière de convention d'arbitrage concerne uniquement l'acte de contracter, cette question « ne se pose en pratique que très rarement »⁵¹⁸. En revanche, au Koweït, l'article 173 alinéa 3 du CCK prévoit que « la convention d'arbitrage est nulle, si elle a été conclue par une personne n'ayant pas la capacité d'exercice »⁵¹⁹. La doctrine koweïtienne ne répond pas clairement à la question relative à l'objet de la capacité exigée pour compromettre (capacité de contracter ou d'ester en justice), elle considère seulement que la capacité d'exercice est exigée puisque la convention d'arbitrage a une nature spéciale⁵²⁰. Plus généralement, il conviendra de s'interroger sur les règles qui s'imposent aux parties pour conclure la convention d'arbitrage en France et au Koweït.

202. Règles de la capacité. En France, il existe des règles quant aux mineurs et aux majeurs protégés pour conclure une convention d'arbitrage. Concernant le mineur, s'il est émancipé, il peut sans difficulté conclure une convention d'arbitrage⁵²¹. En revanche, s'il n'est

⁵¹⁶ J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 62.

⁵¹⁷ En France, la Cour d'appel de Pau a jugé en 1998 que « le compromis d'arbitrage [la convention d'arbitrage] est assimilable à une action en justice dans la mesure où il a pour but de faire déterminer par un tiers, juge ou arbitre, les droits des parties ». Conformément à cette décision, la capacité de compromettre relève de la capacité d'ester en justice. Cependant, en 2000, la Cour de cassation a estimé que la capacité de compromettre relève en matière d'arbitrage, de la capacité à contracter et non pas celle d'agir en justice. C'est également l'avis du droit positif en France car la convention d'arbitrage « ne fait que créer une situation contentieuse sans modifier les droits des parties ». Cependant, cela a été critiqué encore par le droit positif car la nature ou la qualification de la convention d'arbitrage sera déterminé relativement à l'objet du litige. À cet égard voir : Cass. Civ. 1^{re}, 8 février 2000, *Rev. arb.*, 2002, p.661, H. LÉCURYER. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 2000, n° 79-199.20, Bull. civ. I, n° 37, p.24. ; E. LOQUIN, « Arbitrage, convention d'arbitrage, conditions de fonds : consentement... », préc., n° 81.

⁵¹⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.122.

⁵¹⁹ المادة ١٧٣ فقرة ٣ من قانون المرافعات الكويتي تنص على انه "لا يصح التحكيم، إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع".

⁵²⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.66 s. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.39.

⁵²¹ L'art. 413-6 alinéa 1 du C. Civ. F.

pas émancipé et qu'il a conclu lui-même une convention d'arbitrage, cette convention sera forcément nulle si elle n'a pas été conclue par son représentant⁵²². S'agissant du majeur protégé, s'il est sous tutelle, il sera également exclu qu'il puisse de lui-même conclure une convention d'arbitrage. Le représentant de ce dernier (le tuteur) est le seul autorisé à conclure une telle convention sous certaines conditions⁵²³. Cependant, si le majeur est sous curatelle, l'assistance du curateur est exigée pour conclure ladite convention⁵²⁴. *In fine*, le majeur qui est sous sauvegarde de justice, garde tous ses droits⁵²⁵.

203. Au Koweït, les mineurs et les majeurs sous tutelle ou curatelle sont privés de conclure une convention d'arbitrage⁵²⁶. Ainsi, seule la personne majeure non soumise à un régime de protection juridique et le représentant de la personne protégée sont autorisés à conclure ce type de convention⁵²⁷. Il apparaît donc qu'au Koweït comme en France, si la personne qui a signé une convention d'arbitrage n'en a pas la capacité, le sort de cette convention est la nullité. Cependant, il existe en France une certaine marge de manœuvre pour les mineurs émancipés contrairement au Koweït⁵²⁸. Néanmoins, il existe une autre hypothèse selon laquelle une personne physique ou morale conclut une convention arbitrale non pas pour elle-même mais pour le compte et au nom d'une autre personne. Il s'agit alors ici de l'hypothèse du pouvoir de compromettre.

204. Pouvoir. S'agissant de la question du pouvoir, les signataires d'une convention arbitrale doivent avoir en France comme au Koweït, en plus de la capacité, le pouvoir de compromettre. Cependant, il ne faut pas confondre la capacité et le pouvoir. Le pouvoir est « l'aptitude à agir dans un intérêt différent du sien »⁵²⁹. On parle alors du pouvoir lorsqu'une personne conclut une convention d'arbitrage au nom et pour le compte d'une autre personne. En France et au Koweït, les personnes peuvent bénéficier du pouvoir de conclure une

⁵²² L'art. 387-1-4 C. Civ. F. issu de l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille. En ce sens voir aussi : A. BATTEUR, T. DOUVILLE, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.*, 2015, p.2330. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.122.

⁵²³ À cet égard, l'art. 506 du C. Civ. F. dont la rédaction est issue de la loi du 5 mars 2007, prévoit que « Le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le conseil de famille ».

⁵²⁴ L'art. 467 du C. Civ. F.

⁵²⁵ L'art. 435 du C. Civ. F.

⁵²⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.69 s.

⁵²⁷ *Ibidem*.

⁵²⁸ Le CPCK exige expressément la capacité d'exercice et cette capacité, personne ne la possède sauf les majeurs. En ce sens voir : I. ABOALLAIL, *La théorie de droit*, t. II, 4^{ème} éd., Majles Alnasher Alelmi, 2009, p.252.

⁵²⁹ J.-B. RACINE, *J. Cl. Contrats*, Fasc. 191, « CONVENTION D'ARBITRAGE. – Formation », 2008, n° 71.

convention arbitrale pour autrui soit en vertu du droit soit par le biais d'une convention spéciale. Ainsi, il existe en France et au Koweït certains cas légaux prévoyant qu'une personne aura le pouvoir de compromettre pour autrui, notamment dans l'hypothèse du pouvoir dans la représentation conventionnelle, du pouvoir en droit des sociétés ou en droit des régimes matrimoniaux.

S'agissant de la représentation conventionnelle la convention d'arbitrage peut être conclue par un intermédiaire dans les deux États. En France, l'article 1988 du C. Civ. F. prévoit que « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ». De la même manière, l'article 702 alinéa 1 du C. Civ. K. prévoit qu'« il est nécessaire qu'il existe un mandat exprès pour [...] conclure une convention d'arbitrage »⁵³⁰. Ainsi, en France comme au Koweït, le mandataire peut non seulement conclure la convention d'arbitrage mais également demander des mesures provisoires et/ou conservatoires au nom et pour le compte de son mandant. À cet égard, il faut plus particulièrement noter que le mandat en France comme au Koweït doit être exprès. Néanmoins, l'on peut se demander si un avocat a le pouvoir de compromettre, au titre d'un mandat *ad litem*⁵³¹, au nom et pour le compte de son mandant. La réponse est négative en France ainsi qu'au Koweït. La jurisprudence et la doctrine des deux pays considèrent que l'avocat a besoin d'un pouvoir spécial pour conclure une convention d'arbitrage ou pour demander des mesures provisoires et/ou conservatoires auprès d'un arbitre⁵³².

Concernant le cas du pouvoir en droit des sociétés, il est fréquent en pratique, en France et au Koweït, que les sociétés aient fait l'objet d'un engagement dans des conventions arbitrales⁵³³. La question d'un tel engagement peut être abordée dans les deux États lorsque la convention d'arbitrage est passée soit par une personne ayant la qualité de dirigeant, soit par un simple salarié qui n'a pas le pouvoir d'engager sa société. Quant à la première hypothèse, il est admis uniquement par la jurisprudence française que le dirigeant de la société ou la personne ayant cette qualité ont le pouvoir de compromettre, puisqu'en droit des sociétés la convention d'arbitrage est qualifiée d'acte courant⁵³⁴. C'est ce qui a été affirmé par les doctrines française

المادة ٧٠٢ من القانون المدني الكويتي تنص على انه "لابد من وكالة خاصة لكل تصرف ليس من اعمال الإدارة، بوجه خاص (...) التحكيم".

⁵³¹ Il s'agit d'une expression « employée pour préciser qu'un acte ou une décision sont pris en vue d'un procès, ainsi provision, mandat ». En ce sens : É. PISIER, O. DUHAMEL, préc.

⁵³² A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.72. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.127. ; J. ROBERT, B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne droit international privé*, Dalloz, 1993, p.21. ; T. Civ. Seine, 14 mars 1963, *JCP*, 1963, II, p.13396, note P. LEVEL. ; Cass. K. 23 décembre 1981, revue de la jurisprudence et de la loi, 1984, 10^{ème} année, n° 3, p.67 et 71.

⁵³³ D. COHEN, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. Arb*, 2006, p.35.

⁵³⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1959, *RTD com.*, 1960, p.74, note M. BOITARD.

et koweïtienne⁵³⁵ alors qu'elles considèrent, de même, qu'aucun pouvoir spécial n'est exigé du dirigeant de la société pour conclure la convention d'arbitrage⁵³⁶. Dans la seconde hypothèse, s'agissant de la personne qui n'aurait pas la qualité de dirigeant, si celle-ci est dépourvue du pouvoir de compromettre, le droit koweïtien n'apporte pas de solution. En France, plus précisément en matière d'arbitrage international, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation affirment que la société ne sera pas engagée par la convention d'arbitrage conclue par un salarié dépourvu de la qualité de dirigeant⁵³⁷. Ce principe est également applicable en droit interne et international. Le raisonnement tenu en droit français pourrait être suivi au Koweït. En effet, rien n'empêche que la solution issue des jurisprudences françaises soit appliquée dans cet État puisque la doctrine koweïtienne exige simplement la qualité de dirigeant pour conclure une convention d'arbitrage. Ainsi, si des mesures provisoires et/ou conservatoires sont demandées au Koweït ou en France par une personne n'ayant pas le pouvoir de compromettre, notamment le salarié dépourvu du pouvoir d'engager sa société, l'intérêt de cette société ne sera pas respecté puisque la mise en œuvre des mesures en question ne pourra pas bénéficier de la rapidité nécessaire à ce type de situation si la convention d'arbitrage est nulle.

Quant au droit des régimes matrimoniaux, il intéresse aussi la question de l'arbitrage. En France, chacun des époux peut en règle générale administrer ou disposer des biens communs sans avoir le consentement de son conjoint conformément à l'article 1421 du C. Civ. F. Toutefois, il existe une limite établie par l'article 1424 du même code qui concerne certains types d'actes concernant les biens communs comme l'aliénation d'immeubles ou de fonds de commerce. Ainsi, il est possible pour un époux de conclure une convention d'arbitrage sans avoir le consentement de son conjoint. La Cour de cassation a répondu en ce sens qu'« en statuant ainsi, après avoir relevé que le compromis litigieux tendait au partage de biens communs dont la signature n'avait pas libre disposition, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les textes susvisés »⁵³⁸. En revanche il n'existe pas en droit koweïtien de règle

⁵³⁵ À cet égard, la doctrine koweïtienne considère qu'il y a une exception selon laquelle, si la société est une société civile, le dirigeant aura besoin d'une pourvoir spécial pour conclure une convention d'arbitrage. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.75.

⁵³⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.124.

⁵³⁷ Après une série de décisions de la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation décide dans l'affaire *Soerni* que « l'engagement d'une société à l'arbitrage se s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signature de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ». En ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, Rev. arb., 2009, p.529, note D. COHEN. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, Cah. Arb., 2010, p.97, note F.-X. TRAIN.

⁵³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 2000, *Défrenois* 2000, art. 37242, n° 79, note G. CHAMPENOIS.

similaire puisque les époux sont soumis à l'application des règles générales de l'indivision⁵³⁹. Selon ces règles, aucun des époux ne peut conclure de convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire) sans avoir le consentement de son conjoint⁵⁴⁰.

205. Contenu de la convention d'arbitrage, cause et objet. Enfin, la personne qui conclut une convention d'arbitrage pour son propre compte ou pour le compte d'une autre personne est obligée de conclure une convention ayant une cause et un objet valides.

S'agissant de l'objet de la convention d'arbitrage, il est purement de nature processuelle. Les arbitres français et koweïtien exercent leur mission conformément à cette convention afin de rendre leur décision qu'elle prenne la forme d'une sentence ou d'une ordonnance. Cependant que ce soit en France ou au Koweït, le fait que la convention d'arbitrage ait un objet n'est pas suffisant pour que cette convention soit valide. Il faut alors noter que l'objet de la convention d'arbitrage au Koweït comme en France peut disparaître du fait d'une transaction ou de la prescription du droit d'action⁵⁴¹. Par ailleurs, il est impératif, selon le droit des deux États, que cet objet soit licite. Or, l'objet de la convention d'arbitrage sera illicite en France et au Koweït s'il met l'arbitre dans la situation de devoir rendre une décision contraire à l'ordre public⁵⁴². À cet égard, il faut ainsi rappeler les règles générales de droit commun qui prescrivent que si le contrat principal est nul à cause de son objet illicite, l'objet de la convention d'arbitrage peut par ailleurs être licite grâce à l'autonomie de la convention⁵⁴³.

S'agissant de la cause de la convention d'arbitrage, l'article 176 du C. Civ. K. et l'ancien article 1108 du C. Civ. F exigent simplement une cause morale et licite pour n'importe quelle convention⁵⁴⁴. Dans les deux États, la cause de la convention d'arbitrage peut être objective ou subjective. La première cause, celle de l'obligation, consiste en l'espèce en « la soumission d'un litige à la juridiction arbitrale »⁵⁴⁵. En revanche, la cause subjective est la cause du contrat

⁵³⁹ J. MAHJOUB, S. ALDRAIEI, K. ALHINDIANI, *Le droit de propriété au Koweït, étude comparative*, 3^{ème} éd., 2012, p.115 s.

⁵⁴⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.77.

⁵⁴¹ E. LOQUIN, « Arbitrage, convention d'arbitrage, conditions de fonds : consentement, », préc., n° 72. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.78. ; Cass. Com. K., 25 mars 2006, n° 772/2002. ; Cass. Com. K., 30 novembre 1993, n°106/1990.

⁵⁴² E. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1024, « Arbitrage, compétence d'arbitrage, conditions de fond, litige arbitrale », 2016, n° 18. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.128. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.86.

⁵⁴³ E. LOQUIN, « Arbitrage, convention d'arbitrage, conditions de fonds : consentement, », préc., n° 72.

⁵⁴⁴ L'art. 1108 du C. Civ. F., du 1804 prévoit que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention [...] une cause licite dans l'obligation ». ; L'art. du C. Civ. K., dispose aussi que « la convention est nulle [...] s'elle était sans cause ou elle avait une cause illicite [...] » ;

تنص المادة ١٧٦ من القانون المدني الكويتي على انه " يبطل العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب او لسبب غير مشروع [...]".

⁵⁴⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.128. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.87.

qui vise à apprécier « la conformité de la convention d'arbitrage à l'ordre public et aux bonnes mœurs »⁵⁴⁶. Ainsi, l'analyse de la cause en matière d'arbitrage, en France et au Koweït, peut être rapprochée de l'analyse qui a été faite de l'objet, c'est-à-dire qu'elle doit être présente dans la convention et être licite. Cependant, il convient de préciser qu'en France, la disparition de la notion de cause induit une évolution théorique bien qu'elle ne change pas notre analyse d'un point de vue pratique. En effet, même si l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a fait disparaître la notion de cause⁵⁴⁷ certains avis de la doctrine française considèrent que cette disparition ne produit pas de changement majeur concernant le contrat en général⁵⁴⁸ ou en ce qui concerne plus précisément la convention d'arbitrage⁵⁴⁹. Ainsi, même si la notion de cause en elle-même n'existe plus, le contenu de la convention d'arbitrage doit tout de même être licite et certain. En l'absence d'un contenu qui respecte ces exigences, la convention arbitrale sera nulle en France comme au Koweït.

206. Pour conclure, la capacité, le pouvoir de compromettre, l'objet et la cause de la convention sont en France et au Koweït des conditions fondamentales pour trancher le litige au fond ou pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires de l'arbitre. L'absence de l'une de ces conditions a forcément des effets négatifs sur ladite convention. Cependant, il reste encore des conditions à étudier dans le cadre du droit de l'arbitrage concernant la compétence des arbitres français et koweïtiens.

B : Les conditions étroites de validité de la convention d'arbitrage

207. Pour que les parties à l'arbitrage puissent obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires, la convention d'arbitrage doit remplir d'autres conditions pour sa validité en France et au Koweït. Lesdites conditions sont parfois liées à la forme de convention (1) et parfois au fond de celle-ci (2).

⁵⁴⁶ *Ibidem.* ; *Ibidem.*

⁵⁴⁷ L'art. 1128 du C. Civ. F., qui est aujourd'hui en vigueur exige seulement un contenu licite et certain.

⁵⁴⁸ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Dalloz, 2016, p.60 s.

⁵⁴⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.128.

1 : Les conditions liées à la convention d'arbitrage

208. L'objectif de la convention d'arbitrage en France est le même qu'au Koweït. Cette convention vise fondamentalement à trancher le fond de l'affaire ou à ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires. Toutefois, la comparaison entre les droits français et koweïtien dans la mise en œuvre de cet objectif démontre des grandes différences entre les deux systèmes juridiques. En France, le droit de l'arbitrage met en place des conditions de validité de la convention arbitrale qui ne sont pas exigées par le droit de l'arbitrage koweïtien. En effet, le droit koweïtien de l'arbitrage n'impose pas de conditions de validité spécifique concernant la forme de la convention d'arbitrage. En revanche, le droit koweïtien de l'arbitrage démontre sa particularité en imposant des conditions spéciales relatives à la compétence de l'arbitre. Ainsi, en France et au Koweït, les conditions imposées par le droit de l'arbitrage doivent impérativement être respectées sous peine de conséquences importantes. En effet, si les conditions de forme établies par le droit français ne sont pas remplies ou que les règles koweïtiennes relatives à la compétence de l'arbitre ne sont pas respectées, les parties peuvent de facto perdre leur capacité à obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires.

209. Notion de la clause compromissoire et de compromis. La notion de la convention d'arbitrage englobe en France et au Koweït les deux types de conventions arbitrales, c'est à dire les clauses compromissoires et les compromis. Les justiciables peuvent, en droit français, recourir aux arbitres de par leur volonté, soit en insérant une clause compromissoire dans le contrat qui se définit comme une « convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats », soit par le compromis c'est-à-dire, une « convention par laquelle les parties à un litige déjà né soumettent celui-ci à l'arbitrage »⁵⁵⁰. Ces définitions ont été reprises par le législateur koweïtien qui, à l'article 113 alinéa 1 du C.P.C. koweïtien, prévoit qu'il est possible de conclure une convention d'arbitrage pour un litige donné ou pour un différend pouvant naître de l'exécution d'un contrat. Autrement dit, le droit koweïtien envisage, au visa d'un même article, la clause compromissoire et le compromis⁵⁵¹. À cet égard, il faut noter qu'il existe une réelle différence entre la clause compromissoire et le compromis. Les doctrines française et koweïtienne affirment que la première peut être conclue avant le litige, c'est-à-dire qu'elle

⁵⁵⁰ Art. 1442 du CPCF.

⁵⁵¹ La doctrine koweïtienne affirme que cet article (113 du CPCK) comporte les deux types de convention d'arbitrage. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.4.

prend la forme d'une convention conclue pour un litige futur, alors que le second type de convention arbitrale peut être conclu dans le cadre d'un litige qui est déjà né⁵⁵². Dans le cadre d'un compromis et lorsque le litige est né, le consentement est ici spécifique et il s'agit de régler uniquement le litige concerné. En revanche, dans le cadre de la clause compromissoire, le consentement des parties est plus large et donc plus dangereux que pour un compromis car d'une part, il peut être « noyé au sein d'un consentement plus global portant sur le contrat »⁵⁵³, et d'autre part, il sera difficile pour les parties de prévoir tous les litiges qui peuvent naître à l'avenir. Ainsi, il existe une condition fondamentale en France pour la validité de la convention d'arbitrage. Cette condition concerne essentiellement le consentement des parties dans les clauses compromissoires.

210. La condition française propre à la clause compromissoire pour la validité de la convention d'arbitrage. En France, il existe une condition spécifique relative aux clauses compromissoires. En premier lieu, il convient de rappeler que cette condition ne concerne pas seulement la convention d'arbitrage ou le litige principal mais également l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires. Par exemple, si une clause compromissoire est conclue entre deux personnes qui ne remplissent pas les conditions pour établir une telle convention, l'arbitre ne peut traiter ni le litige principal ni la demande provisoire puisque la convention sera simplement nulle⁵⁵⁴. À cet égard, une bataille entre la jurisprudence et le législateur a eu lieu pendant longtemps en France jusqu'à l'adoption de la loi du 15 mai 2001⁵⁵⁵ qui a introduit l'article 2061 alinéa 2 du C. Civ. F. qui prévoit que « lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». Le contenu de l'article mentionné, issu de la loi du 15 mai 2001 toujours en vigueur, suppose que la clause compromissoire n'est pas valable si elle n'est pas conclue à l'occasion d'une activité professionnelle. Ce principe est établi par le législateur dans l'objectif de protéger

⁵⁵² Ch. SERAGLINI, *J. Cl. civil*, Synt. 290, « Arbitrage international... », préc., n° 1. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.62.

⁵⁵³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.130.

⁵⁵⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.139.

⁵⁵⁵ À ce titre, la Cour de cassation française dans l'affaire *Prunier* de 1843 avait donné un principe défavorable à la clause compromissoire. Cependant, le législateur français est intervenu en 1925 en validant les clauses compromissoires mais uniquement en matière commerciale. En 1972, l'art. 2061 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 prohibait encore les clauses compromissoires sauf lorsqu'il existe d'autres textes spéciaux qui les valident, comme c'est le cas dans la loi de 1925. *In fine*, la nouvelle rédaction de l'art. 2061 du C. Civ. F. issue de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, valide finalement les clauses compromissoires à condition qu'elles soient conclues en raison d'une activité professionnelle. En ce sens : Cass. Civ., 10 juillet 1873, *Rev. arb.*, 1992, p.399, note Ch. JARROSSON. ; P. LEVEL, « Une première retouche au droit de l'arbitrage (Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 », *JCP*, 1972, t. I, p.2494. ; J. ROBERT, « Bilan d'une réforme », *Rev. arb.*, 1980, p.704.

les parties faibles, notamment les consommateurs et les salariés⁵⁵⁶. Or, il reste encore d'autres hésitations : la signification de la notion d' « activité professionnelle », le champ d'application précis de l'article 2061, la détermination des parties à la clause et la sanction du non-respect l'article 2061.

211. S'agissant de la signification de la notion d' « activité professionnelle », le Code Civ. F. n'en donne pas de définition spécifique. Toutefois, la doctrine française considère que ces activités consistent en toute activité exercée de manière régulière⁵⁵⁷. À cet égard, ce critère de l'activité professionnelle n'oblige pas une partie à la clause à contracter dans son domaine ou sa spécialité. Il est ainsi important de conclure ladite clause « en raison d'une activité professionnelle », c'est-à-dire « à l'occasion ou pour les besoins d'une activité professionnelle »⁵⁵⁸.

Concernant le champ d'application de ce critère, les clauses compromissoires sont généralement applicables dans le cadre d'une activité professionnelle civile ou commerciale, que cette activité soit exercée sous une forme collective ou individuelle⁵⁵⁹. De plus, lesdites clauses sont également valables lorsqu'elles sont conclues à l'occasion d'une activité professionnelle concernant les professions libérales, par exemple les médecins ou les avocats⁵⁶⁰. Au Koweït, le législateur et la jurisprudence restent silencieux sur le critère de l'activité professionnelle. En revanche, la doctrine considère de son côté que la convention d'arbitrage (la clause compromissoire ou le compromis) peut être conclue à l'occasion d'une activité professionnelle ou non professionnelle, civile ou commerciale⁵⁶¹.

Quant aux parties à la clause compromissoire en France, doivent-elles toutes exercer des activités professionnelles ? La réponse à cette question est théoriquement négative mais en pratique elle est positive. Théoriquement, selon le professeur RACINE l'article 2061 du Code civ. F. exige uniquement que le contrat soit a conclu à raison d'une activité professionnelles⁵⁶². En revanche, la jurisprudence et la doctrine françaises affirment que ladite clause ne sera pas valable si la convention a été conclue en dehors d'une activité professionnelle par l'une des

⁵⁵⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.132.

⁵⁵⁷ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p.412.

⁵⁵⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.134.

⁵⁵⁹ E. LOQUIN, *J. Cl. civil*, Fasc. 1020, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », 2014, n° 91 s.

⁵⁶⁰ J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage... », prés., n° 130.

⁵⁶¹ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p. 80. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.89.

⁵⁶² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.134. ; Du même auteur, « Convention d'arbitrage... », prés., n° 119.

parties⁵⁶³. En ce sens, le professeur Éric LOQUIN considère concernant l'article 2061 que « même s'il ne le dit pas expressément, [il] doit être interprété comme imposant que, pour toutes les parties au contrat, celui-ci ait été conclu dans le cadre et pour les besoins d'une activité professionnelle »⁵⁶⁴.

In fine, il n'existe aucune sanction dans l'article 2061 du C. Civ. F. pour le non-respect de l'une de ses règles. Toutefois, malgré le silence de cet article, la Cour de cassation affirme que la nullité sera la sanction de l'irrespect du critère de l'activité professionnelle⁵⁶⁵. Sur ce point, avant la loi du 15 mai 2001, la nullité de la clause compromissoire a été considérée par la jurisprudence comme une nullité absolue⁵⁶⁶. Cependant, depuis cette loi, la doctrine considère que la nullité est relative, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée que par la partie faible⁵⁶⁷. En France, il apparaît que l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires dans le cadre des clauses compromissoires, est également soumise au respect du critère de l'activité professionnelle⁵⁶⁸. Par conséquent, dès lors qu'une clause compromissoire est conclue à l'occasion d'un contrat non établi dans le cadre d'une activité professionnelle et que les parties n'ont pas la qualité de commerçants, aucune mesure provisoire et/ou conservatoire ne peut être ordonnée puisque dans ce cas la convention d'arbitrage est nulle. En revanche en droit koweïtien, l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires peut avoir lieu dans le domaine des clauses compromissoires et des compromis sans qu'aucun critère spécial ne soit exigé par le législateur, la jurisprudence ou la doctrine.

212. Particularité en droit koweïtien. Au Koweït, le législateur, la jurisprudence et la doctrine n'exigent pas comme en France que la convention arbitrale soit érigée dans le cadre de l'exercice d'une activité professionnelle et aucune distinction n'est faite concernant les clauses compromissoires et les compromis en dehors des conditions de validité propres à chaque type de la convention⁵⁶⁹. Les clauses compromissoires et les compromis peuvent être conclus dans le cadre d'une activité professionnelle, qu'elle soit civile ou commerciale, ou en

⁵⁶³ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 février 2012, n° 11-127.82, Bull. civ. I, n° 40. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 29 février 2012, *Rev. arb.*, 2012, p.359, note M. de FONTMICHEL ; Ph. FOUCHARD, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. Arb.*, 2001, p. 411.

⁵⁶⁴ É. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 95.

⁵⁶⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 février 2012, préc.

⁵⁶⁶ CA de Paris, 11 mars 1994, *RTD com.*, 1994, p.700, note É. LOQUIN ; CA de Paris, 11 mars 1994, *Rev. arb.*, 1996, p.139, note J. PELLERIN.

⁵⁶⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.139.

⁵⁶⁸ Le législateur français a souvent pour objectif de protéger les parties faibles au contrat, comme les consommateurs dans les contrats conclus avec les professionnels. En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.137 s. ; Du même auteur, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 103.

⁵⁶⁹ *Infra* : n° 314.

dehors d'une telle activité⁵⁷⁰. Or, d'autres conditions peuvent être imposées par le droit de l'arbitrage koweïtien, certaines étant liées directement aux mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, il faut noter que ces conditions ne concernent pas la nullité de la convention, mais elles concernent plus spécifiquement l'obtention des mesures provisoires et /ou conservatoires.

Dit en termes techniques, si les parties en France ne remplissent pas les conditions de validité de la clause compromissoire, cette convention sera nulle. Ainsi, dans une telle hypothèse les parties ne peuvent plus saisir l'arbitre pour trancher le litige ou pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires. En revanche, si les parties au Koweït ne remplissent pas les conditions spécifiques pour l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires dans la convention d'arbitrage, elles peuvent tout de même saisir l'arbitre pour trancher le litige bien qu'elles ne puissent pas demander lesdites mesures. C'est la raison pour laquelle l'on peut dire qu'il y a une particularité en droit koweïtien même si au final le résultat est le même qu'en France puisque les parties perdent dans les deux cas la possibilité d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires.

Selon la doctrine koweïtienne et contrairement à ce qu'il peut exister en France, les conditions de la compétence de l'arbitre koweïtien ne sont pas techniquement des conditions de validité de fond de la convention d'arbitrage. Ces conditions relèvent d'une nature spécifique liée uniquement à la compétence et permettent aux parties, dès lors qu'elles sont remplies, d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires⁵⁷¹.

Théoriquement, l'article 31 du CPOK qui prévoit qu' « un juge au niveau du Tribunal d'instance sera délégué au siège du Tribunal de Grande Instance, afin de juger de façon provisoire sans préjudice au principal, des questions en référé pour lesquelles on craint une perte de temps », est le seul article en matière judiciaire qui crée la fonction du juge des référés koweïtien. De plus, l'article 173 du CPOK est également le seul article en matière d'arbitrage relatif aux mesures provisoires et/ou conservatoires. En effet, il prévoit dans son alinéa 6 que « la convention d'arbitrage ne couvre pas le cas de l'urgence [c'est-à-dire le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires], sauf convention contraire des parties ». Ainsi, même si les parties ne précisent pas que l'arbitre peut prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, toute clause compromissoire ou compromis conclu dans ces circonstances reste valable. Le seul effet de l'absence de mention d'une compétence spécifique de l'arbitre pour

⁵⁷⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.107 s. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.50 s.

⁵⁷¹ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.188. ; M. ALENZI, préc.

prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires est ici est qu'il ne pourra pas ordonner de telles mesures au bénéfice des parties qui le souhaiteraient. En théorie, il n'existe donc aucune condition pour la compétence de l'arbitre koweïtien quant aux mesures provisoires et/ou conservatoires, sauf convention contraire des parties dans la clause compromissoire ou le compromis.

S'agissant de la pratique et dans la même logique, il n'existe pas à notre connaissance dans la jurisprudence d'arrêts qui créent des conditions pour la compétence des arbitres concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires. Néanmoins, l'on estime que la doctrine koweïtienne applique la règle de l'article 31 du CPCCK pour donner à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires. En effet, la volonté des parties à elle-seule de conférer à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires n'est pas suffisante puisque selon la doctrine koweïtienne d'autres conditions doivent être remplies. Selon elle⁵⁷², il est effectivement d'abord nécessaire que les parties confèrent conventionnellement ce pouvoir à l'arbitre, mais il faut également d'une part que la demande en référé ait un caractère provisoire⁵⁷³ et d'autre part que l'on soit dans un cas d'urgence⁵⁷⁴. En droit koweïtien, ces circonstances spécifiques ne sont ainsi pas des conditions pour caractériser la compétence de l'arbitre.

213. En conclusion, les clauses compromissoires et les compromis sont finalement en France et au Koweït des formes impératives de convention pour la saisine de l'arbitre. Comme il sera expliqué ultérieurement, chacun de ces types de convention arbitrale implique dans les deux États de respecter certaines conditions qui leur sont propres. Toutefois, si le respect de certaines conditions est indispensable pour la validité de la convention d'arbitrage et la capacité de l'arbitre à ordonner des mesures provisoire et/ou conservatoires, certaines spécifiques et d'autres plus générales, il existe encore d'autres conditions qui concernent plus particulièrement la matière litigieuse.

⁵⁷² *Ibidem.*; *Ibidem.*; S. MAHMOD, « Le pouvoir d'arbitre pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires en droit égyptien et koweïtien », *Revue de la faculté de droit, université du Koweït*, n°3, année 25, 2001, p.93 s. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.25 s.

⁵⁷³ *Supra* : n° 148.

⁵⁷⁴ *Infra* : n° 369 s.

2 : L'arbitrabilité du litige

214. En France, la notion de l'arbitrabilité est une notion inconnue dans les dictionnaires⁵⁷⁵. De la même manière, il n'existe pas en langue arabe un usage spécifique pour cette notion. Toutefois, l'arbitrabilité a tout de même été définie en France par le Professeur RACINE comme « la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage »⁵⁷⁶. De plus, cette notion peut être expliquée par la réponse à question simple et fondamentale : quel litige peut être arbitral ? Autrement dit, tous les litiges peuvent-ils être soumis à la justice arbitrale ?

215. Cependant, afin d'insister plus particulièrement sur le lien entre cette question et notre recherche, nous affinerons le problème en posant plus spécifiquement la question suivante : toutes les mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent-elles être ordonnées dans toutes les matières litigieuses par un arbitre français ou koweïtien ? Il ne s'agit ici d'établir des conditions propres nécessaires à l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires⁵⁷⁷. On évoquera plutôt ici l'hypothèse dans laquelle les mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent être ordonnées par l'arbitre dans certains domaines seulement. À titre d'exemple, il existe une interdiction expresse et générale en France et au Koweït d'arbitrer en matière familiale⁵⁷⁸. Toutefois, cette prohibition n'est pas absolue. En effet, l'arbitre peut dans les deux États arbitrer les litiges familiaux et il peut aussi prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires concernant cette matière litigieuse mais uniquement dans certains cas spécifiques. Ainsi, l'arbitrabilité est une question de « compétence »⁵⁷⁹, qui englobe la compétence des arbitres à l'égard du litige en général mais aussi nécessairement la question de prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires. C'est pourquoi, si un litige ne peut pas être arbitré sur le fond par un arbitre français ou koweïtien, ces arbitres, logiquement, sont incompetents pour ordonner lesdites mesures. À cet égard, des questions devront se poser dans les deux pays concernant les critères généraux d'arbitrabilité des litiges et les domaines importants de ces critères.

⁵⁷⁵ À cet égard, la notion « arbitral », c'est ce qui existe dans les dictionnaires français. En ce sens :

⁵⁷⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.164.

⁵⁷⁷ Le prononcé des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre français et koweïtien est en ce sens conditionnée par certaines règles comme l'urgence. En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468. ; M. ALENZI, préc.

⁵⁷⁸ En France les arts. 2059 et 2060 du C. Civ. F. prive expressément l'arbitre de trancher les litiges en matière familiale.

⁵⁷⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.164.

216. Les critères d'arbitrabilité français. En France, les articles principaux qui organisent l'arbitrabilité des litiges sont les articles 2059 et 2060 du C. Civ. F. Quant à l'article 2029, il prévoit que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Selon l'article 2060 du même code « on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». Ainsi, à la lecture de cet article, l'on peut déduire deux critères de l'arbitrabilité des litiges et une limitation expresse concernant le traitement d'un litige et donc le prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires. S'agissant de la limitation expresse, l'article 2060 du C. Civ. F. exclut expressément plusieurs matières litigieuses de la juridiction arbitrale, notamment les questions d'état et de capacité des personnes, de divorce et de séparation de corps. À notre connaissance, aucune ambiguïté n'entoure cette dernière limitation. Cependant, le critère « des droits disponibles » existant dans l'article 2059 du C. Civ. F. ainsi que le critère d'ordre public existant dans l'article 2060 du même code méritent d'être expliqués.

217. Concernant le premier critère des droits disponibles, comment peut-on déterminer la disponibilité des droits pour connaître la matière litigieuse dans laquelle les mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent être ordonnées ? Afin de répondre à cette question, il faut mettre en valeur la variété des situations que recouvre la notion de disponibilité des droits⁵⁸⁰. Il existe en ce sens des matières litigieuses totalement indisponibles comme par exemple l'état et la capacité des personnes⁵⁸¹. D'autres droits sont également considérés comme des droits indisponibles, notamment les droits extrapatrimoniaux⁵⁸². En revanche, il existe des droits considérés partiellement disponibles comme les droits pécuniaires du droit patrimonial de la famille⁵⁸³. Certains droits sont même considérés comme totalement disponibles, notamment les droits patrimoniaux⁵⁸⁴. Le litige en général ainsi que les mesures provisoires

⁵⁸⁰ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb*, 1992, p.213.

⁵⁸¹ J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage, formation », *prés.*, n° 88.

⁵⁸² E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence d'arbitrage, conditions de fond... », *prés.*, n° 86 s.

⁵⁸³ E. GAILLARD, *J. Cl. Civil*, Fasc. 586-3, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, arbitrabilité », 1994, n° 40.

⁵⁸⁴ E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, arbitrabilité », *prés.*, n° 41.

et/ou conservatoires peuvent par conséquent être traités mais conformément à la variété des situations ou des litiges.

218. Quant au critère d'ordre public établi à l'article 2060 du C. Civ. F., ledit article prévoit qu' « on ne peut compromettre [...], dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Au sens littéral, l'on pourrait supposer que cet article crée une incapacité permanente et totale d'arbitrer dans tout litige intéressant l'ordre public⁵⁸⁵. En ce sens, plusieurs avis de la doctrine française considèrent que la rédaction de l'article 2060 est défectueuse c'est pourquoi le droit positif français tend aujourd'hui à donner une nouvelle interprétation de cet article⁵⁸⁶. En France, la tendance de la jurisprudence et de la doctrine est en apparence contraire à cet article. En effet, à l'époque de l'article 1004 de l'ancien C. Civ. F. (l'ancienne version de l'article 2060), la Cour de cassation a considéré dans l'affaire *Tissot* que l'arbitrage était prohibé dès lors qu'il intéressait les règles d'ordre public⁵⁸⁷. En revanche, dans d'autres arrêts postérieurs, la Cour de cassation a finalement accepté que l'arbitre puisse intervenir en matière d'ordre public, et même sanctionner ses violations. Allant encore plus loin dans le raisonnement, elle a même été jusqu'à considérer que l'arbitre a la faculté d'arbitrer même si l'ordre public a été enfreint⁵⁸⁸. À cet égard, la doctrine estime que le pouvoir qui est conféré à l'arbitre par la jurisprudence est indépendant de la nullité de la convention d'arbitrage même si la matière litigieuse intéresse l'ordre public. Le pouvoir qui a été accordé à l'arbitre de sanctionner les violations de l'ordre public permet d'assimiler l'arbitre à un juge étatique dans l'ordre interne⁵⁸⁹. Néanmoins, si le litige peut être arbitral même s'il intéresse seulement l'ordre public mais qu'il n'y déroge pas, il est possible de se poser la question suivante : tous les litiges et les mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent-ils être soumis à l'arbitrage au regard de l'ordre public ?

⁵⁸⁵ Une partie de la doctrine française pense qu'il ne faut pas se focaliser sur la forme de l'article 2060 mais sur sa substance afin d'éviter de tuer l'arbitrage. En ce sens : P. LEVEL, « L'arbitrabilité », préc., p.213.

⁵⁸⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence d'arbitrage, conditions de fond... », préc., n° 8. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.166.

⁵⁸⁷ Cass. Com., 29 novembre 1950, S., 1951, I, p.120, note J. ROBERT.

⁵⁸⁸ Ce pouvoir a été reconnu par la Cour d'appel de Paris en matière d'arbitrage international dans l'affaire *Ganz*. Aussi, la Cour d'appel de Paris réaffirme ce pouvoir en droit européen dans l'affaire *Labinal*. En ce sens : CA, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p.478 (l'affaire *Ganz*), note L. IDOT. ; CA, 19 mai 1993, *RTD com.*, 1993, p.492, note J.-Ch. DUBARRY, E. LOQUIN. ; CA, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p.645 (l'affaire *Labinal*), note Ch. JARROSSON.

⁵⁸⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.168. V. aussi en ce sens : Cass. Civ. 1., 8 juillet 2010, *Rev. crit. DIP*, 2010, p.743, note D. BUREAU, H. MUIR WATT.

219. En France, cette question peut se poser dans l'ordre interne. Selon la doctrine française, le litige est simplement inarbitrable dans deux hypothèses. La première hypothèse intervient lorsque les parties limitent les pouvoirs de l'arbitre dans leur convention, de manière à ce que celui-ci déroge nécessairement par sa sentence à l'ordre public⁵⁹⁰. La deuxième hypothèse est celle dans laquelle le litige est également « non-arbitrable »⁵⁹¹ car sa nature ne permet pas de le soumettre à un arbitre comme par exemple dans le cas des droits indisponibles tel qu'il a déjà été démontré⁵⁹².

220. Koweït, critère de l'arbitrabilité, ordre public. En droit koweïtien, il n'existe pas de critères d'arbitrabilité comme ceux issus du C. Civ F., le sujet de l'arbitrabilité est donc complexe. Afin de simplifier nos explications, il convient d'expliquer qu'il existe au Koweït un seul critère implicite établi par le CPCCK dont la doctrine koweïtienne s'attache à donner une interprétation. Au Koweït, le CPC établit dans son article 182 alinéa 2, un critère étendu d'arbitrabilité comme le fait l'article 2060 du C. Civ. F., celui de l'ordre public. En effet, l'article 182 prévoit que « les décisions arbitrales sont prononcées conformément aux règles générales de droit sauf dans le cas où ce sont les amiables compositeurs qui prononcent ces décisions. Ils peuvent prononcer leurs décisions même si celles-ci vont à l'encontre des règles générales de droit à condition de ne pas déroger aux règles d'ordre public »⁵⁹³. La doctrine koweïtienne interprète cet article en considérant que ce critère concerne non seulement les décisions arbitrales mais également toutes les procédures arbitrales⁵⁹⁴, y compris le prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires. De plus, la doctrine koweïtienne réaffirme, à l'instar de la doctrine française, une idée existant en France. Selon cette idée, même si le litige intéresse l'ordre public, il peut être arbitral. Autrement dit, si le litige intéresse l'ordre public, cela n'implique pas nécessairement que l'arbitre ne peut pas traiter le litige⁵⁹⁵. À titre d'exemple, il convient de citer le cas des contentieux qui peuvent naître dans le cadre des impôts sur les produits de consommation. Ces contentieux concernent bien une loi koweïtienne qui intéresse l'ordre public. Pour autant, ils ne sont pas nécessairement inarbitrables⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p.132 s.

⁵⁹¹ C'est une expression utilisée par : E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage », préc.

⁵⁹² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.170.

⁵⁹³ تنص المادة ١٨٢، فقرة ٢ من قانون المرافعات الكويتي على ان " يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام".

⁵⁹⁴ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.89.

⁵⁹⁵ *Ibidem.* : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.168.

⁵⁹⁶ En ce sens voir : La loi n° 10 du 2010 relative au régime des douanes dans les États du Golfe arabe. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.89.

221. Koweït, critère implicite. Il existe également un autre critère, cette fois implicite, au Koweït. Pour faire une comparaison entre l'État du Koweït et la République française, la doctrine koweïtienne mélange implicitement le critère de l'ordre public avec le critère des droits disponibles qui existe uniquement dans le C. Civ. F. En effet, la doctrine koweïtienne considère qu'il existe des litiges ayant une nature spéciale en ce qu'ils intéressent nécessairement l'ordre public⁵⁹⁷. À titre d'illustration, elle considère que tous les litiges qui concerne les crimes⁵⁹⁸, l'état des personnes (comme le mariage, le divorce, la filiation), la capacité des personnes ou encore la faillite, sont des litiges inarbitrables du fait de leur nature spéciale liée à l'ordre public⁵⁹⁹. De la même manière, elle exclut certains types de litiges de la chambre d'arbitrage puisqu'ils concernent soit des droits indisponibles soit des droits extrapatrimoniaux. Comme en France, l'état et la capacité des personnes sont considérés comme des droits indisponibles au Koweït. De même pour les droits extrapatrimoniaux. Par conséquent, il a fallu que la doctrine adopte le critère des droits disponibles comme en droit français pour éviter l'exclusion répétée de certaines matières litigieuses du champ de l'arbitrage. Ainsi, il existe au Koweït un critère législatif similaire au critère français de l'ordre public ainsi qu'un autre critère de nature doctrinale, implicite et impliquant la notion de droits disponibles. Le litige est donc inarbitrable s'il déroge de manière expresse à l'ordre public et s'il n'est pas considéré comme ayant attrait à un droit disponible.

222. Après avoir étudié les conditions du fond de la convention d'arbitrage, il est nécessaire d'aborder les conditions portant sur la forme de cette convention.

§ 2 : La forme de la convention déterminant la compétence des arbitres

223. La question de la validité de la convention d'arbitrage en France et au Koweït ne s'arrête pas seulement aux conditions de fond. La convention d'arbitrage elle-même ou les décisions arbitrales ne seront pas valables si les conditions de forme relatives à l'écrit (**A**), à la mention de l'objet du litige ou à l'arbitre (**B**), ne sont pas respectées.

⁵⁹⁷ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.91. En ce sens voir aussi : K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.89 s.

⁵⁹⁸ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.92.

⁵⁹⁹ A. ALSANHORY, *Le précis en droit civil*, t. II, 1964, Dar Ihyaa Altorath Alarabi, p.556. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.93.

A : Les règles relatives à l'écriture de la convention d'arbitrage

224. En droits français et koweïtien, quelle que soit la forme de la convention d'arbitrage, l'écrit est nécessaire pour la validité formelle de cette convention. Cette convention encadre la compétence des arbitres, y compris leur compétence en matière de référé. En effet, ni le fond du litige ni les mesures provisoires et/ou conservatoires ne seront traitées si la compétence des arbitres est fondée oralement. Les droits français et koweïtien nécessitent de toute évidence une convention écrite pour attribuer aux arbitres la compétence de trancher les litiges. Toutefois, les droits français et koweïtien ne précisent malheureusement pas les contours précis que doit prendre l'objet de cet écrit ni la place que doit prendre la convention d'arbitrage dans le document support. Ainsi, il sera expliqué dans un premier temps les règles relatives à l'écrit et à l'objet de cet écrit (1). Il sera abordé ensuite les règles relatives à la clause d'arbitrage écrite (2).

1 : Une convention d'arbitrage écrite

225. Que ce soit en droit français ou koweïtien, la convention d'arbitrage, quelle que soit sa forme, doit être écrite afin d'éviter sa nullité. Cependant, il est possible de s'interroger ici sur les règles relatives à cette exigence d'un écrit ainsi que sur l'objet précis auquel doit faire référence cet écrit.

226. La France avant le décret de 2011. Avant le décret numéro 2011- 48 du 13 janvier 2011, le législateur français organisait séparément les règles de la convention d'arbitrage selon la forme que celle-ci prenait, c'est-à-dire soit une clause compromissoire soit un compromis. Concernant la clause d'arbitrage, l'ancien article 1443 du Code de procédure civile prévoyait que « la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère ». Ainsi, l'écrit est nécessairement requis pour la validité de ces clauses et dans le but de s'assurer les parties à l'arbitrage⁶⁰⁰. En revanche, s'agissant des compromis, l'ancien article 1449 du même code disposait que « le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les

⁶⁰⁰ J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 63.

parties ». La doctrine française considérait que l'article précédent ne posait qu'une règle probatoire⁶⁰¹ puisque le compromis prend par nécessairement la forme d'un écrit alors qu'il intervient après avoir constaté un litige entre les parties. Cependant, l'ancien article 1449 réservait en réalité la possibilité d'appliquer les règles du compromis à un procès-verbal⁶⁰², c'est-à-dire un compromis conclu et signé par l'arbitre et les parties⁶⁰³. Par conséquent, l'écrit d'un compromis n'était pas exigé avant ledit décret comme condition de validité de la convention d'arbitrage⁶⁰⁴.

227. La France après le décret de 2011 et l'État du Koweït. Depuis le décret du 31 janvier 2011, la solution est différente en France. L'on peut désormais dire que les règles constatées en France sont les mêmes règles que celles existants au Koweït. Désormais, en droits français et koweïtien, la clause compromissoire comme le compromis doivent être écrits. En ce sens, le CPCF prévoit dans son article 1443 qu' « à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. De la même manière, l'article 173 alinéa 2 du CPCK dispose également que « l'arbitrage ne peut être constaté qu'à l'écrit »⁶⁰⁵. En effet, les deux codes englobent d'une part la clause compromissoire et le compromis, et d'autre part ils imposent à ces deux types de conventions le respect de la même condition d'une convention écrite. En France ou au Koweït, si une convention d'arbitrage est conclue oralement entre les parties à l'arbitrage, elle est forcément nulle conformément au droit des deux États. Néanmoins, les CPC français et Koweïtiens ne précisent pas expressément l'objet de l'écrit.

228. Pour quel objet une convention écrite ? À cet égard, les CPC français et koweïtien exigent une convention écrite pour que les arbitres exercent leur mission de trancher le litige ou d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires. En France, avant le décret du 31 janvier 2011, l'ancien article 1443 du Code civil français exigeait un écrit uniquement dans le but d'apporter la preuve du consentement des parties à la clause compromissoire⁶⁰⁶. Ainsi, il était nécessaire que les parties écrivent leur convention et la signent⁶⁰⁷. Selon l'ancien

⁶⁰¹ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 19. ; J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 29.

⁶⁰² Le procès-verbal peut être défini comme un « acte de procédure établi par un officier public, constatant des faits ou reportant des déclarations ». En ce sens : R. CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p.411.

⁶⁰³ J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 29.

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

⁶⁰⁵

تنص المادة ١٧٣ فقرة ٢ من قانون المرافعات الكويتي على انه "لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

⁶⁰⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 18.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

article 1443, si une convention n'était pas écrite, cela signifiait que le consentement de l'une des parties n'existait pas et donc la convention d'arbitrage était nulle. En revanche, la jurisprudence française avait un avis contraire. La Haute juridiction française a jugé en 1993 que « la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, [...] est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat »⁶⁰⁸. En effet, le professeur Éric LOQUIN considère que cette décision implique que l'écrit qui permet d'établir la convention d'arbitrage n'est qu'une forme d'expression et ne pas pour but d'apporter la preuve du consentement des parties à la clause⁶⁰⁹. Dans cette hypothèse et selon la jurisprudence, même si la clause d'arbitrage n'est pas signée la convention est valable.

229. Le CPCF, lors de son introduction, a maintenu la solution existant dans l'ancien article 1443 pour écarter la solution de la jurisprudence précitée, c'est-à-dire que l'écrit reste en principe une condition de l'accord des parties⁶¹⁰. Cependant, la Cour de cassation française a à nouveau donné une interprétation personnelle de cet article. La solution définitive a ainsi été donnée dans l'arrêt *Coisplet*, en matière internationale et interne, où la Cour a jugé que « si l'article 1443 du [...] Code de procédure civile exige que la clause compromissoire figure dans un document écrit, il ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties »⁶¹¹. Selon la Cour de cassation, ledit article n'exige donc pas que le consentement soit figuré par écrit bien qu'il exige nécessairement que la clause compromissoire elle-même soit écrite. Par conséquent, l'objet de l'écrit en droit français vise à l'existence même de la convention d'arbitrage et non pas à la preuve du consentement des parties.

230. En droit koweïtien, tel qu'il a déjà été démontré, le CPCCK exige une convention écrite dans son article 173. Toutefois, la doctrine koweïtienne affirme que l'objet de l'écrit est ici une condition de validité formelle de la convention d'arbitrage et non pas une condition pour la reconnaissance du consentement des parties à la convention⁶¹². Ainsi, le droit koweïtien va

⁶⁰⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, n° 91-151.94, Bull. civ. I, n° 313, p.218.

⁶⁰⁹ Cass Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, JDI, 1994, p.690, note E. LOQUIN.

⁶¹⁰ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 18.

⁶¹¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 21 janvier 1999, n° 95-187.61, Bull. civ. II, n° 16, p.11.

⁶¹² A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.132. ; A. SEDQY, *La notion de l'écrit en matière d'arbitrage*, Dar Alnahdah Alarabia, 2004, p.27. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.101 s.

dans le même sens que le droit français. Ils exigent tous deux une convention écrite pour la validité formelle de la convention d'arbitrage quelle que soit sa forme, à savoir une clause compromissoire ou un compromis. Dès lors que la convention est écrite, les arbitres français et koweïtien peuvent trancher le litige et ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires.

2 : La clause compromissoire par référence

231. Une clause compromissoire et non pas un compromis. Tel qu'il a été démontré, les droits français et koweïtien n'exigent la forme écrite que pour la validité de la convention d'arbitrage. Cependant, il existe deux types de conventions : la clause compromissoire et le compromis. En effet, il n'est pas imaginable qu'il existe un contrat principal dans le cadre d'un compromis puisque ce type de convention d'arbitrage ne peut intervenir qu'après que le litige soit né. En revanche, la clause compromissoire est conclue à l'occasion d'un contrat principal, comme par exemple un contrat de vente, et il n'est pas exigé que cette clause d'arbitrage soit écrite dans ce contrat principal. Elle peut en effet exister dans un autre document que le contrat principal, comme un document annexe. Il s'agira alors d'une clause compromissoire écrite que l'on appelle clause par référence.

232. Définition de la clause par référence. La clause compromissoire par référence ne figure pas dans le contrat principal mais elle existe donc dans un document annexe auquel elle fait référence⁶¹³. À titre d'exemple, les contrats d'exécution d'une convention cadre, les contrats-types ou les conditions générales, peuvent tenir lieu de contrats principaux dans lesquels il n'existe pas de clause d'arbitrage. Cette dernière peut plutôt exister dans un document annexe qui fait référence au contrat principal. Le problème en droits internes français et koweïtien réside donc dans l'hypothèse où il y a un doute sur le consentement d'une partie à la clause compromissoire par référence. Si le consentement n'existe pas, la convention est donc nulle⁶¹⁴. Cependant, si la partie consent oralement à la clause, la réponse a besoin d'être précisée dans les deux droits.

⁶¹³ X. DELPECH, « Confirmation de la validité de la clause compromissoire par référence », 2006, AJD.

⁶¹⁴ *Supra* : n° 169.

233. France, en droit international. En France, l'article 1443 du CPCF n'exige clairement qu'une convention d'arbitrage écrite pour sa validité formelle. Sur ce point, il y a un grand débat doctrinal s'agissant des conditions de validité de la clause compromissoire par référence mais en matière d'arbitrage international⁶¹⁵. Dans cette matière, la Cour de cassation a décidé en 1993, dans l'affaire *Bomar Oil* qu'« en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, [...], est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat »⁶¹⁶. Ainsi, la Cour donne une solution qui n'a vocation à s'appliquer qu'en matière internationale. Le professeur Éric LOQUIN considère à cet égard que cette décision ne fait pas référence à l'article 1443 du CPCF et ne peut donc pas être appliquée dans les relations internes⁶¹⁷.

234. France, en droit interne. En matière d'arbitrage interne, le décret du 13 janvier 2011 est « muet »⁶¹⁸ concernant la validité de la clause compromissoire par référence en matière interne. L'article 1443 issu de ce décret de 2011 reprend presque la même rédaction que l'ancien article 1443 du CPCF⁶¹⁹. Seul un écrit est exigé à titre de condition formelle pour la convention d'arbitrage⁶²⁰. Ainsi, l'on peut se demander quel est le sort d'une telle clause en droit de l'arbitrage interne. La jurisprudence antérieure au décret de 2011 avait admis que les parties à l'arbitrage avaient la possibilité de stipuler une clause compromissoire dans un document

⁶¹⁵ Il s'agit d'un débat doctrinal concernant la validité de la clause compromissoire par référence. En effet, il existe trois courants de pensée au sein de la doctrine française qui interprètent ce sujet. Selon le premier courant, à l'instar de Jean ROBERT et Bertrand MOREAU, il considère strictement que la clause compromissoire par référence doit d'une part exister dans le contrat principal et, d'autre part, être signée par les parties pour qu'elle soit valable. Concernant le deuxième courant, celui-ci est moins exigeant que le premier puisqu'« une clause de renvoi, doit indiquer expressément que le document de référence complète le contrat et qu'il est ainsi contractualisé par la volonté des deux parties ». S'agissant du troisième courant, il est le plus libéral sur la question. En effet, il considère que l'article 1443 exige uniquement une clause écrite. Ainsi, le problème réside dans le consentement des parties à la clause par référence car l'article 1443 n'exige pas que le consentement soit écrit. Selon ce dernier courant, il suffit que la clause soit figurée sur un support écrit pour être valable. En ce sens : J. ROBERT, B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne...op. cit.*, n° 83 (la première partie). ; B. OPPETIT, « La clause d'arbitrage par référence », *Rev. Arb.* 1990, p. 357 (deuxième partie). ; Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage commercial et le législateur, in Étude dédié à René ROBLOT, LGDJ, 1984, p.68.

⁶¹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, n° 91-151.94, Bull. civ. I, n° 313, p.218.

⁶¹⁷ É. LOQUIN, « Les règles matérielles du commerce international », *Rev. arb.* 2005, p.443.

⁶¹⁸ Une expression utilisée par : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.196.

⁶¹⁹ L'article 1443, la version en vigueur du 14 mai 1981 au 1 mai 2011, prévoit que « la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère ». L'article 1443, la version en vigueur au 1 mai 2011 dispose qu'« à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

⁶²⁰ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 25.

annexe auquel elle faisait référence. Il a été décidé en 1997 que la clause compromissoire par référence pouvait être considérée comme acquise dès lors que le contrat faisant référence au document contenant la clause d'arbitrage avait été exécuté sans réserve⁶²¹. De plus, la Haute juridiction a jugé en 1999 que « si l'article 1443 du [...] Code de procédure civile exige que la clause compromissoire figure dans un document écrit, il ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties »⁶²². Dans cette affaire, il s'agissait d'une clause compromissoire par référence. La Cour de cassation a ici exigé uniquement que la clause soit écrite sans conditionner le consentement à la clause à un écrit. Par conséquent, l'acceptation de la Cour d'un consentement non-écrit pour une clause compromissoire par référence est en elle-même une autorisation pour la validité de cette clause⁶²³.

235. Koweït, en droit interne. En droit koweïtien, l'article 173 alinéa 2 du CPCCK est similaire à l'article 1443 du CPCF en ce qu'il n'exige également qu'un écrit pour la validité formelle de la convention d'arbitrage. Et, comme en droit français, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes autorisent clairement la clause compromissoire par référence. À cet égard, la Cour de cassation koweïtienne a décidé en 1996 qu'« il est possible que la clause existe dans un contrat subsidiaire [séparé] au contrat principal. Cette clause sera valable même si elle n'existe dans aucun document officiel. Cela signifie que la convention d'arbitrage est autonome »⁶²⁴. Pour la Cour de cassation, même si elle n'apparaît pas dans le contrat principal ni dans aucun document officiel, cette clause est formellement valable. De la même manière, la doctrine koweïtienne considère que l'écrit est exigé en droit civil et commercial pour la clause d'arbitrage et pour le compromis, ces deux types de conventions d'arbitrage peuvent donc exister dans un document annexe auquel il est fait référence⁶²⁵.

Il apparaît donc que le droit koweïtien suit constamment les solutions existant dans le droit français. Au Koweït comme en France, la convention d'arbitrage doit être écrite. Concernant les règles de la clause compromissoire, elles ne sont pas soumises aux règles de la

⁶²¹ Cass. Com., 17 juin 1997, n° 95-115.67, inédit.

⁶²² Cass. Civ. 2^{ème}, 21 janvier 1999, n° 95-187.61, Bull. civ. II, n° 16, p.11.

⁶²³ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 25. ; En ce sens v. aussi : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.196. ; Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil*, Fasc. 20, « Arbitrage, convention d'arbitrage », 2016, n° 50 s.

⁶²⁴ Cass. Com. K., 4 novembre 1996, n°132/1996. ; Cass. Com. K., 5 décembre 1998, n°274/1998.

⁶²⁵ K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.100 s. ; A. SEDQY, *La notion de...op. cit.*, p.27 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.132.

clause attributive de juridiction existant dans l'articles 48 du CPCF⁶²⁶, il suffit qu'elle soit écrite dans le contrat principal ou dans un document annexe, pour être considérée comme acceptée par les parties.

236. Si la convention d'arbitrage est écrite, les parties doivent mentionner l'objet du litige qui encadre la compétence des arbitres et préciser la personnalité des arbitres qui tranchent le litige et qui ont vocation à ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires.

B : Les règles relatives à la mention de l'objet du litige et à la désignation de l'arbitre

237. En France et au Koweït, la convention d'arbitrage est une convention qui vise fondamentalement à trancher le litige principal ou accessoire par un arbitre. Ainsi, il est nécessaire de mentionner l'objet du litige dans la convention pour sa validité formelle et pour bien encadrer la compétence des arbitres concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires (**1**). Par ailleurs, la validité formelle de la convention d'arbitrage ne se limite pas à la mention de l'objet du litige mais elle exige également la désignation de l'arbitre (**2**). En effet, il est nécessaire que les parties désignent un arbitre ou au moins prévoient une modalité de désignation dans leur convention pour que l'arbitre puisse d'une part traiter le litige mentionné dans ladite convention et d'autre part ordonner en cas de nécessité les mesures provisoires et/ou conservatoires liées à ce litige.

1 : La mention de l'objet du litige dans le cadre d'un compromis

238. L'importance de la mention de l'objet du litige. En général et peu importe le type de convention d'arbitrage, les parties à l'arbitrage en France et au Koweït doivent mentionner l'objet du litige dans ladite convention pour que l'arbitre soit compétent. Cette règle est considérée comme importante puisqu'elle détermine précisément la compétence des

⁶²⁶ S'agissant du droit koweïtien, comme il l'a déjà été démontré, le législateur n'organise pas les règles de la compétence territoriale. En ce qui concerne le droit français, les clauses attributives de juridiction sont valables uniquement lorsqu'elles sont stipulées expressément en matière commerciale. A défaut, elles seront réputées non écrites, contrairement à la clause compromissoire. En ce sens v. : P. CASSON, « La validité d'une clause compromissoire n'est pas soumise à l'article 48 du CPC », 2019.

arbitres⁶²⁷. Par exemple, dans les deux États, s'il s'agit d'un compromis entre deux sociétés et que ces dernières ont bien déterminé l'objet du litige dans leur compromis, l'arbitre doit obligatoirement déterminer sa compétence pour ne pas déroger à l'ordre public et à la volonté des parties. L'arbitre peut ainsi également savoir quelles sont les mesures provisoires et/ou conservatoires qu'il pourra prononcer. À cet égard, si les arbitres français et koweïtien peuvent faire comme le juge du fond ou comme le juge des référés, leur compétence est différente de ces juges étatiques. Les arbitres français et koweïtien sont des juges « privés » et leur compétence ne peut être déterminée qu'en fonction de l'objet du litige qui a été mentionné par les parties dans la convention. Toutefois, cette règle ne s'applique dans le cas de la clause compromissoire puisque le litige n'est pas encore né, il n'y a donc pas encore d'objet du litige à déterminer⁶²⁸. Cependant, si les parties, dans cette hypothèse ne peuvent pas mentionner l'objet du litige dans leur clause, elles peuvent au moins déterminer « les contours de la compétence future du tribunal arbitral », c'est-à-dire l'objet de la clause compromissoire⁶²⁹. Par conséquent, puisque la mention de l'objet du litige est indispensable pour encadrer la compétence des arbitres français et koweïtien, si cette mention n'existe pas, l'arbitrage ne pourra pas avoir lieu.

239. France, mention de l'objet du litige : Compromis. En France, le CPCF prévoit dans son article 1445 qu' « à peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige ». Il est évident que ce Code exige la détermination de l'objet du litige uniquement pour le compromis. En effet, ledit article exige la détermination de l'objet du litige dans le cadre d'un compromis puisque ce dernier est une convention d'arbitrage conclue après que le litige soit né tel qu'il a déjà expliqué. Par conséquent, les parties peuvent facilement déterminer le domaine de la compétence des arbitres comme une partie du litige ou sa majorité, tous les types de décisions qui pourront être rendues par l'arbitre notamment les mesures provisoires et/ou conservatoires.

La convention d'arbitrage n'est pas forcément nulle en cas d'absence de mention de l'objet du litige dans le compromis. Par principe, la Cour de cassation considère à cet égard que le compromis doit être tenu pour nul en cas d'absence de cette mention obligatoire, même si l'arbitre peut résoudre tous « les problèmes en suspens »⁶³⁰. Mais, dans une autre décision, il a été jugé par la Cour d'appel de Paris que si les parties ne mentionnent pas l'objet du litige dans

⁶²⁷ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 28.

⁶²⁸ *Supra* : n° 209 et 210.

⁶²⁹ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 27.

⁶³⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 2 juillet 1970, n° 69-106.09, Bull. civ. II, n° 233, p.177.

le compromis, l'arbitre pourra tout même statuer sans convention d'arbitrage⁶³¹. Ainsi, la doctrine française considère que l'absence de mention de l'objet du litige dans le compromis ne signifie pas nécessairement la nullité de la convention d'arbitrage⁶³². En effet, si l'objet du litige n'est pas mentionné expressément ou implicitement par les parties dans le compromis lui-même ou dans un document annexe⁶³³, et si les parties ne s'accordent pas pour le mentionner à nouveau, il existera deux hypothèses devant l'arbitre : soit il se déclarera incompétent, soit sa sentence ou son ordonnance seront nuls⁶³⁴.

240. France, mention de l'objet du litige : Clause compromissoire. S'agissant de la clause compromissoire, les parties ne peuvent pas déterminer l'objet du litige dans leur clause, celle-ci étant nécessairement conclue avant la naissance du litige. Dans les clauses compromissoires les parties ne mentionnent ainsi que l'objet de la clause et non pas l'objet du litige. L'objet de la clause compromissoire est alors le domaine général de la compétence des arbitres⁶³⁵ mais l'objet du litige est plus précis que cela et ne pourra être défini qu'au moment de la naissance du litige⁶³⁶. Par conséquent, il ne faut pas confondre l'objet de la clause et l'objet du litige. Dans le cadre d'une clause compromissoire, l'objet de la clause est donc le seul qui peut être prévu à l'avance par les parties à l'arbitrage.

241. Koweït, Objet de la convention. En droit koweïtien, l'article 173 aliéna 4 prévoit qu' « il faut que l'objet du litige soit déterminé dans la convention d'arbitrage ou pendant l'instance. Si les parties ne le déterminent pas la convention sera caduque ». Il existe plusieurs points discutables dans cet article. Tout d'abord, il englobe théoriquement la clause d'arbitrage et le compromis contrairement à l'article 1445 du CPCF qui concerne uniquement le compromis. Ensuite, cet article ne précise pas la place à laquelle l'objet du litige doit être mentionné, c'est-à-dire dans la convention elle-même ou bien dans un document annexe. *In fine*, si les parties ne déterminent pas l'objet du litige dans leur convention, cette dernière sera caduque.

⁶³¹ CA Paris, 23 mars 2010, *Rev. arb.*, 2010, p.389.

⁶³² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.202. ; E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 28 s.

⁶³³ Le CPCF et la jurisprudence française n'impose pas un formalisme pour la mention de l'objet du litige. En Ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.202. ; E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 30.

⁶³⁴ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 28 s.

⁶³⁵ E. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 31.

⁶³⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.202. ; E. LOQUIN, J. Cl. Civil, Synt., « Arbitrage en droit interne, notion, convention d'arbitrage, compétence », 2019, n° 28 s.

S'agissant de la rédaction de l'article 173 du CPCCK dans sa globalité, la doctrine considère que les parties à l'arbitrage sont obligées de déterminer l'objet du litige mais uniquement dans le cadre d'un compromis puisque le litige est dans ce cas est déjà né⁶³⁷. Si elles ne le déterminent pas, le compromis est donc « caduc ».⁶³⁸

Concernant la place de la détermination de l'objet du litige au sein de la convention, ledit article est en effet similaire à l'article 1445 du CPCF. Tous deux ne précisent pas où les parties doivent mentionner cet objet dans le compromis ou quelques autres supports. Cela a été expliqué uniquement par la jurisprudence française⁶³⁹. Toutefois, il a été jugé par la Cour de cassation koweïtienne qu'il est nécessaire que les parties déterminent l'objet du litige dans le compromis, avant ou pendant la constitution du tribunal arbitral, afin de donner un cadre général à la mission des arbitres⁶⁴⁰. La Cour de cassation accepte expressément que la détermination de l'objet du litige, qu'elle soit postérieure ou ultérieure à la constitution du tribunal arbitral, est possible dans le cadre d'un compromis. Ainsi, l'on imagine également qu'après la constitution du tribunal arbitral, la détermination de l'objet du litige devra absolument apparaître sur d'autres supports comme cela est le cas en France. Sur ce point, la doctrine koweïtienne critique la décision de la Cour de cassation en disant qu'il n'est pas possible pour l'arbitre d'exercer sa mission sans savoir quel est l'objet du litige⁶⁴¹.

In fine, l'article 173 du CPCCK prévoit une sanction de caducité qui n'existe pas dans l'article 1445 du CPCF. En effet, l'article 173 prévoit que si les parties à un compromis ne déterminent pas l'objet du litige, la convention d'arbitrage sera caduque. Cependant, il faut noter que le législateur utilise comme sanction la caducité et non pas la nullité, ce qui implique une rétroactivité. Ici, l'on peut donc poser une question fondamentale : si le CPCCK et la doctrine koweïtiens affirment qu'en cas d'absence de détermination de l'objet du litige le compromis est caduc, c'est-à-dire que la convention n'existe pas, et si la jurisprudence affirme que les parties peuvent déterminer un objet après la constitution du tribunal arbitral dans un document annexe, est ce que les parties pourront procéder à cette détermination si la convention d'arbitrage est caduque ?

⁶³⁷ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.115 s. ; F. WALLI, *Le précis en procédure civile*, L'institution de Dar Alkotob, 2001, p.897.

⁶³⁸ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.131 s.

⁶³⁹ *Supra* : n° 239.

⁶⁴⁰ Cass. Com. K., 22 juin 1996, n° 467/1966.

⁶⁴¹ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.116.

242. L'article 173 du CPCCK donne une réponse incertaine à cette question. Il englobe la clause et le compromis mais ne précise pas la place de la détermination de l'objet du litige au sein de la convention. Cet article est ainsi « illogique » puisqu'il n'oblige pas les parties à déterminer l'objet de la convention d'arbitrage au moment de sa conclusion. Il serait intéressant que la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes aillent dans le sens de la doctrine française. En effet, cette dernière considère que si les parties ne mentionnent pas l'objet du litige au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, et si les parties ne s'accordent pas à le mentionner après la saisine de l'arbitre, soit il se déclarera incompétent, soit sa sentence ou son ordonnance seront nulles.

2 : La désignation des arbitres

243. En France et au Koweït, les textes des CPC imposent que la convention d'arbitrage désigne des arbitres ou prévoit au moins une modalité de désignation des arbitres pour la validité formelle de la convention d'arbitrage. En droit français, la solution prévue par le législateur est à mi-chemin entre un refus et une acceptation alors qu'il imposait avant la réforme du CPCF une telle condition qui a été supprimée au moment de l'adoption du décret du 13 janvier 2011. *A contrario*, le législateur koweïtien exige que les parties à l'arbitrage désignent un ou des arbitres, ou prévoient au moins une modalité de désignation.

244. France, avant le décret numéro 2011- 48 du 13 janvier 2011, caractère obligatoire. En France et avant le décret du 13 janvier 2011, les anciens articles 1443 et 1448 alinéa 2 du CPCF imposaient une condition pour la validité formelle de la convention d'arbitrage. Cette condition concernait à la fois la clause compromissoire et le compromis. En effet, lesdits articles exigeaient nécessairement que les parties désignent un ou des arbitres ou prévoient tout au moins une modalité pour leur désignation. Par conséquent, la convention d'arbitrage qui ne désignait pas d'arbitre ou qui ne précisait pas de modalités pour la désignation de celui-ci était nulle⁶⁴². C'est pourquoi, la clause compromissoire spécifique nommée « clause blanche » était frappée de nullité. Cette sanction existait en droit interne français puisque dans ce type de clause l'arbitre n'était par principe pas désigné ou bien les modalités de sa

⁶⁴² En ce sens v. : J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 42.

désignation s'avéraient impossibles à mettre en œuvre⁶⁴³. Ainsi, la condition imposée par les anciens articles 1443 et 1448 alinéa 2 du CPCF devait obligatoirement être respectée en France pour la validité formelle de la convention d'arbitrage.

245. Koweït, de nos jours, caractère obligatoire. En droit koweïtien, les articles 174 et 176 du CPCK sont les seuls articles qui évoquent la question de la désignation de l'arbitre. En effet, l'article 174 établit un principe qui connaît une seule exception mentionnée à l'article 176 du même code.

L'article 174 du CPCK énonce donc le principe suivant : « s'il existe plusieurs arbitres désignés dans la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral doit être obligatoirement composé d'un nombre impair d'arbitres. Dans tous les cas, il est impératif de désigner un arbitre dans la convention d'arbitrage ou dans un document annexe »⁶⁴⁴. Même si cet article ne prévoit pas expressément la nullité de la convention en cas d'absence de désignation du ou des arbitres, la doctrine koweïtienne affirme que si les parties n'indiquent d'informations suffisantes pour permettre la désignation du ou des arbitres, la convention d'arbitrage est par principe nulle⁶⁴⁵. Il faut noter ici que peu importe la forme de la convention d'arbitrage, la sanction est la même que l'on soit dans le cadre d'un compromis ou d'une clause compromissoire. Par conséquent, la doctrine koweïtienne considère que la désignation du ou des arbitres, d'une part, ou la précision d'informations qui aident à désigner dans tous les cas un arbitre, d'autre part, constituent une condition fondamentale pour la validité de la convention d'arbitrage comme c'était le cas en droit français avant l'année 2011. Ainsi, si les parties à l'arbitrage ne remplissent pas cette condition établie par le droit koweïtien, elles ne peuvent ni traiter leur litige ni obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires par un arbitre.

Établissant une exception au principe général, l'article 176 du CPCK dispose que si l'on est dans le cas d'une amiable composition et que les parties n'ont pas désigné les noms des arbitres, la convention d'arbitrage n'est pas nulle pour autant⁶⁴⁶. En ce sens, la Cour de cassation koweïtienne a jugé que si la convention d'arbitrage ou le document annexe ne précisent pas les informations suffisantes pour la désignation d'un ou des arbitres, notamment leurs noms, la

⁶⁴³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.203. ; Du même auteur, « Convention d'arbitrage, formation », prés., n° 43.

⁶⁴⁴ تنص المادة ١٧٤ فقرة ٢ من قانون المرافعات على انه " إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال ان يكون عددهم وتراً. كما يجب تعيين المحكم في اتفاق التحكيم او في اتفاق مستقل".

⁶⁴⁵ S. MAHMMOUD, A. ALMOLAH, *L'amiable composition en charia et en droit koweïtien*, 1^{re} éd., 1998, p.26. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.111 et 132. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.65.

⁶⁴⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.111.

convention d'arbitrage n'est pas nulle, sauf si l'adversaire subit des dommages⁶⁴⁷. Ainsi, cette décision élargit le cadre de l'article 176 du CPCK en lui donnant plus de souplesse. De plus, les clauses blanches sont en droit koweïtien interdites par principe mais autorisées par exception.

246. France, depuis le décret du 13 janvier 2011, caractère facultatif. Le droit français interne relatif à l'arbitrage a été libéralisé par le décret du 13 janvier 2011 et les clauses blanches sont désormais valables en droit français interne⁶⁴⁸. En effet, l'article 1444 du CPCF qui est applicable en droit international et en droit interne prévoit que « la convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454 ». Cet article n'oblige clairement pas les parties à l'arbitrage à désigner un arbitre ou à prévoir les modalités de sa désignation dans leur convention. La doctrine française réaffirme par ailleurs que si les parties ne respectent pas la règle de la désignation, la convention ne sera pas forcément nulle⁶⁴⁹. En cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral du fait de l'absence de désignation d'un arbitre, les parties saisissent simplement le juge d'appui⁶⁵⁰. Ainsi, l'article 1444 du CPCF issu du décret 13 janvier 2011 propose une solution libéralisée et souple pour la validité formelle de la convention d'arbitrage.

247. Il apparaît donc que le droit français est plus souple que le droit koweïtien. En France, avant ledit décret, si les parties ne désignaient pas d'arbitre, la convention d'arbitrage était nulle. Cependant, depuis le 1^{er} mai 2011, une telle convention est bien valable même si les parties n'ont pas désigné d'arbitre ou n'ont pas prévu de modalités pour sa désignation. En droit koweïtien, le cas est similaire au droit français qui était applicable avant le décret du 13 janvier 2011. Cet exemple permet bien, tel que démontré dans notre introduction générale, de mesurer l'influence du droit Napoléonien sur le droit koweïtien actuel.

248. En droit français et koweïtien, si les parties remplissent les conditions générales ainsi que les conditions spécifiques qui permettent d'encadrer la compétence des arbitres, ces

⁶⁴⁷ Cass. Civ. K., 17 juin 1974, n° 6/1974.

⁶⁴⁸ C. NOURISSAT, « Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage) », *Procédures*, 2011, n° 3, étude 3.

⁶⁴⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.203 s. ; C. NOURISSAT, préc. ; É. LOQUIN, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », préc., n° 36.

⁶⁵⁰ La nomination donnée en matière d'arbitrage au président du TGI français. En ce sens v. S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.621.

juges « privés » seront les seuls compétents pour régler le fond du litige et pour ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires. Ainsi, la convention d'arbitrage peut conduire à écarter la compétence des juges étatiques, notamment le juge du fond et le juge des référés.

Section 2 : Les effets de la convention d'arbitrage sur la compétence de l'arbitre et du juge étatique

249. En France et au Koweït, la convention d'arbitrage joue un rôle fondamental dans l'encadrement de la compétence des arbitres et conduit par conséquence à l'incompétence des tribunaux étatiques. Cette convention a des effets positifs ou négatifs en fonction du point de vue à partir duquel on l'analyse. En effet, certains effets de la convention d'arbitrage sont positifs pour les arbitres français et koweïtien alors qu'ils sont dans le même temps négatifs du point de vue des juridiques étatiques.

Notre objectif est ici de démontrer l'étendue du champ de la convention d'arbitrage de laquelle résulte des effets sur la compétence de l'arbitre et plus précisément du juge des référés en ce qui concerne uniquement les mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, la convention d'arbitrage influence de manière générale les tribunaux étatiques quelle que soit la juridiction qui tranche le litige.

250. Ainsi, l'on abordera tout d'abord les effets généraux de la convention d'arbitrage sur la compétence des arbitres et l'incompétence des tribunaux étatiques (arbitre et juge du fond) (§ 1). Ensuite, il conviendra d'expliquer les effets plus spécifiques de la convention d'arbitrage alors que ces effets concernent plus précisément la compétence des arbitres et du juge des référés en matière de mesures provisoires et conservatoires (arbitre et juge des référés) (§ 2).

§ 1 : Les effets généraux de la convention d'arbitrage sur la compétence de l'arbitre et du juge étatique

251. En France et au Koweït, la convention d'arbitrage produit clairement des effets sur la compétence des arbitres et des juges étatiques. Si ladite convention est valable sur le fond et

sur la forme, elle confère d'une part aux arbitres français et koweïtiens la compétence de traiter l'affaire, et d'autre part elle oblige les parties à respecter cette compétence (A). Ce sont ainsi les effets généraux et positifs de la convention d'arbitrage. En revanche et dans les deux États, si les arbitres sont compétents du fait de cette convention, les juridictions étatiques seront nécessairement incompétentes ce qui constitue, du point de vue de ces juges, un effet négatif de cette convention (B).

A : La compétence des arbitres et le respect des parties de leur compétence, effets positifs de la convention d'arbitrage

252. En droits français et koweïtien, dès lors que les conditions de forme et de fond de la convention d'arbitrage sont remplies, les arbitres sont compétents pour traiter l'affaire. Toutefois, ces arbitres n'obtiennent pas d'eux-mêmes et de manière automatique cette compétence puisque ce sont les parties elles-mêmes qui la confèrent. Par conséquent, cette convention a un effet sur la compétence des tribunaux arbitraux (1), cette compétence devant obligatoirement être respectée par les parties (2).

1 : La compétence des tribunaux arbitraux

253. En droits français et koweïtien, la compétence des arbitres peut s'analyser comme un effet positif de la convention d'arbitrage du point de vue de ceux-ci. Après que les parties aient conclu cette convention, les arbitres français et koweïtiens sont compétents à la place des juges étatiques. Il est alors nécessaire de préciser qu'en matière judiciaire l'idée de la compétence fait référence à l'aptitude d'un juge à trancher le litige du fait de son pouvoir. Cette compétence doit alors être prise en référence seulement dans les rapports entre juges étatiques⁶⁵¹, elle ne peut pas, en tant que telle, s'appliquer aux arbitres. C'est la raison pour laquelle l'idée de la compétence ne peut être évoquée qu'en cas de l'existence d'une autre compétence étatique. Or, la convention d'arbitrage empêche par son effet la compétence du juge étatique en conférant aux arbitres la compétence de traiter le litige ou d'ordonner les

⁶⁵¹ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.93.

mesures provisoires et/ou conservatoires. Cela signifie qu'il y a donc un arbitre qui peut être compétent et non pas un juge étatique.

254. Confusion entre les effets de la convention et le principe de compétence-compétence. En France et au Koweït le principe de compétence-compétence est clairement défini comme le pouvoir conféré aux arbitres de statuer sur leur propre compétence⁶⁵². Il est nécessaire de s'interroger en France et au Koweït sur l'origine de ce principe, aussi nommé *Kompetenz-Kompetenz*⁶⁵³ : ce principe découle-t-il de la convention d'arbitrage ou du droit de l'arbitrage ?

255. En droit français, la doctrine connaît des avis convergents qui considèrent que ledit principe n'est pas en matière d'arbitrage un effet positif de la convention d'arbitrage. En effet, la doctrine estime que si l'arbitre a la faculté de juger sa propre compétence, cela n'est pas grâce à la convention d'arbitrage mais du fait du droit de l'arbitrage lui-même⁶⁵⁴. À cet égard, elle justifie son point de vue en disant que l'arbitre n'aurait pas la possibilité de juger sa propre compétence si la convention était nulle. Par ailleurs, le principe de compétence-compétence implique la faculté d'un juge à statuer sur sa propre compétence et résulte directement du droit processuel⁶⁵⁵ puisqu'il n'existe logiquement pas de convention entre les plaideurs et le juge étatique. Par conséquent, le principe de compétence-compétence n'est pas en matière d'arbitrage un effet positif de la convention d'arbitrage mais un effet du droit de l'arbitrage⁶⁵⁶.

En droit koweïtien, le principe de compétence-compétence n'est pas organisé dans le CPCK⁶⁵⁷. Ce principe existe en vertu de la jurisprudence et est interprété par la doctrine⁶⁵⁸. Or, la doctrine koweïtienne, inspirée largement par la doctrine égyptienne, explique ledit principe sous l'angle des effets de la convention d'arbitrage et non pas du droit de l'arbitrage⁶⁵⁹. En effet,

⁶⁵² M. BOUCARON-NARDETTO, « La compétence-compétence : le point de vue 1 », *Cah. arb.*, 2013, n° 1, p.37. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.160.

⁶⁵³ Une expression nommée par la doctrine allemande dans le XIX^e siècle. En ce sens v. : M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, Thèse, 2013, p.8 s.

⁶⁵⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litic, 1996, p.414. ; M. BOUCARON-NARDETTO, « La compétence-compétence : le point de vue 1 », préc. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.229.

⁶⁵⁵ M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.371 s.

⁶⁵⁶ M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence...op. cit.*

⁶⁵⁷ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.160.

⁶⁵⁸ Il existe plusieurs décisions émanant de la Cour de cassation koweïtienne sur la question. Cependant, les arrêts rendus en la matière qui sont accessibles sont uniquement les suivants : Cass. Com. K., 9 décembre 1991, n° 34/1990. ; Cass. Com. K., 5 décembre 1998, n° 34/1990. ; En ce sens v. aussi : Cass. Com. K., 22 février 1988, n° 39/1987.

⁶⁵⁹ H. ALNIDANI, *L'effet relatif de la convention d'arbitrage*, Dar Alnasher Aljadid, 2009, p.65 s. ; H. ALJOUSIFI, *L'effet négatif de la convention d'arbitrage et l'étendue de ses effets sur la compétence judiciaire*,

l'on estime que c'est l'une des lacunes du droit koweïtien puisque comme il a été considéré par la doctrine française de manière générale, si la convention était nulle, l'arbitre ne pourrait pas statuer sur sa propre compétence.

256. La compétence « arbitrale ». S'agissant des compétences arbitrales française et koweïtienne, la doctrine des deux États est d'accord pour affirmer que cette compétence est un effet positif de la convention d'arbitrage. Il ne s'agira pas ici de s'interroger sur la question de la saisine du juge étatique qui serait parallèle à l'existence d'une convention d'arbitrage car cela sera expliqué ultérieurement dans les développements sur les effets négatifs de la convention d'arbitrage⁶⁶⁰. En revanche, il s'agira plutôt en l'espèce d'analyser la nature juridique des compétences arbitrales française et koweïtienne d'un point de vue doctrinal. Ainsi, la question qui peut être posée est la suivante : la convention d'arbitrage permet-elle véritablement d'investir l'arbitre de la qualité de juge ou bien ne fait-elle que lui attribuer la compétence de juger ?

257. Investiture. En France, le professeur Philippe THÉRY a considéré dans sa thèse que les arbitres français n'ont pas une compétence assimilable à celle du tribunal étatique⁶⁶¹. En effet, il estime que la compétence en matière judiciaire a uniquement pour objectif de permettre la répartition des litiges au sein des juridictions étatiques afin de déterminer quel juge sera compétent par rapport aux autres juges étatiques. Cependant, en matière d'arbitrage, il considère que « la validité de la convention d'arbitrage, l'arbitrabilité du litige ou encore les contours du litige définissant la mission de l'arbitre, c'est toujours sa qualité de juge qui est mise en cause »⁶⁶². Par conséquent, la convention d'arbitrage est selon lui un « mécanisme d'institution qui confère à un particulier un pouvoir de juger occasionnel »⁶⁶³, elle ne confère pas à l'arbitre de compétence particulière mais se contente de lui donner la qualité de juge. Selon lui, dès lors qu'une telle convention a été conclue, il est possible de considérer que l'arbitre est investi du pouvoir de juger. En revanche, en cas de nullité de cette convention, l'arbitre ne peut être investi du pouvoir de juger et ne peut donc revendiquer la qualité de juge⁶⁶⁴.

Dar Alfekr Aljamey, 2014, p.50 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.160. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.126.

⁶⁶⁰ *Infra* : n° 282.

⁶⁶¹ PH. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel...op. cit.*, p.20.

⁶⁶² Cass. Civ 2., 22 novembre 2001, *Rev. Arb.*, 2002, spéc., 376, note PH. THÉRY.

⁶⁶³ *Ibidem*.

⁶⁶⁴ PH. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel...op. cit.*, p.20 s.

258. Compétence. Allant moins loin que l'idée d'une véritable investiture de l'arbitre, plusieurs avis de la doctrine française considèrent que la compétence de l'arbitre résulte de la convention d'arbitrage en elle-même, attribuant à l'arbitre une compétence assimilable à celle du juge étatique. Tout d'abord, allant à l'encontre de l'avis de monsieur THÉRY, le professeur Pierre MAYER considère que rien n'empêche d'appliquer la question de la répartition des litiges non seulement entre les tribunaux étatiques, mais également entre les juridictions de l'États et la justice arbitrale⁶⁶⁵. Ensuite, Madame BOUCARON-NARDETTO pense que « le tribunal arbitral est perçu comme une juridiction interne de l'ordre de l'État du siège de l'arbitrage », et la convention d'arbitrage implique alors la création d'un ordre indépendant des ordres juridictionnels traditionnels : l'ordre arbitral⁶⁶⁶. Du plus, le professeur Éric LOQUIN distingue la notion de compétence de celle de l'investiture du tribunal arbitral. La compétence de ce tribunal est fondée sur l'existence de la convention d'arbitrage, alors que l'investiture du tribunal arbitral résulte du pouvoir donné à l'arbitre par les litigants pour traiter le litige⁶⁶⁷. Par conséquent, pour lui, « la nullité de la convention d'arbitrage rend incompetent le tribunal arbitral »⁶⁶⁸ ce qui va à l'encontre de la pensée du monsieur THÉRY. *In fine*, Henri MOTULSKY considère que les litigants donnent « à la fois et par le même acte, à la juridiction arbitrale son existence et sa compétence ; l'arbitre n'était un juge que dans la mesure où les parties l'ont bien voulu, dire qu'il n'est pas institué ou dire qu'il n'est pas compétent, c'est exactement la même chose »⁶⁶⁹.

Ainsi, la compétence arbitrale résulte essentiellement de la conclusion de la convention d'arbitrage et reste fondamentalement liée à la nature juridictionnelle et contractuelle de l'arbitrage⁶⁷⁰. La compétence du juge étatique est, elle, purement juridictionnelle en ce qu'elle implique la détermination d'une compétence matérielle et territoriale ou encore d'une compétence exclusive. Devant l'arbitre, il ne s'agit en aucun cas d'aborder la question d'une éventuelle compétence matérielle ou territoriale⁶⁷¹, c'est pourquoi la compétence des arbitres « est singulière en ce qu'elle correspond à la nature mixte de l'arbitrage, mi- contractuelle mi-juridictionnelle »⁶⁷².

⁶⁶⁵ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », RCADI, 1989, vol. 217, p.319.

⁶⁶⁶ M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.331.

⁶⁶⁷ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, investiture », préc., n° 1.

⁶⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁶⁹ H. MOTULSKY, *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, t. II, Dalloz, 2010, p.239.

⁶⁷⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.228.

⁶⁷¹ E. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1030, « Compétence arbitrale, introduction générale », 1994.

⁶⁷² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.228.

Au Koweït, la doctrine ne fait que capter ce qu'énoncent les doctrines française et égyptienne concernant cette question de la compétence arbitrale. En effet, la doctrine koweïtienne réaffirme la tendance de la doctrine majoritaire française en expliquant que la compétence arbitrale est le résultat de la convention d'arbitrage puisqu'elle bénéficie d'un caractère juridictionnel et conventionnel⁶⁷³. À cet égard, la doctrine koweïtienne est donc claire et ne fait en fait que reprendre la solution affirmée par législateur alors que ce dernier estime que le tribunal arbitral bénéficie d'une compétence comparable à celle du juge étatique⁶⁷⁴.

259. Situation des législateurs français et koweïtien. En France, la rédaction du CPCF fait référence à plusieurs reprises aux termes « compétent » et « incompétent » pour renvoyer à l'idée de la compétence arbitrale, notamment dans les articles 1448 alinéa 1 et 2 ainsi que 1492 alinéa 2 du CPCF. De la même manière, l'article 173 alinéa 5 du CPCF prévoit que « les tribunaux étatiques ne sont pas compétents pour traiter les litiges soumis à l'arbitrage [...] »⁶⁷⁵. Il est possible de constater ici que les législateurs français et koweïtien auraient tout à fait pu éviter l'utilisation des termes compétence ou incompétence en faisant plus généralement référence à tout le vocabulaire accessible relatif à la question de l'investiture du tribunal arbitral. Les doctrines française et Koweïtienne, constatant cet usage répété du vocabulaire lié à la compétence, affirment ainsi que les législateurs des deux États adoptent de fait l'idée de la compétence arbitrale en la calquant sur celle des tribunaux étatiques⁶⁷⁶.

260. L'effet positif de la convention d'arbitrage est donc bien l'attribution à l'arbitre d'une compétence de nature processuelle a priori similaire à la compétence des juridictions étatiques, bien qu'elle soit également de nature contractuelle. Cette compétence arbitrale doit obligatoirement, de la même manière que la compétence des juridictions étatiques, être respectée par les parties.

⁶⁷³ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.152.

⁶⁷⁴ H. ALNIDANI, préc. ; H. ALJOUSIFI, préc. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.126 s.

⁶⁷⁵ تنص الفقرة ٥ من المادة ١٧٣ من قانون المرافعات على انه " ولا نختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها، ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً".

⁶⁷⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.228. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.153.

2 : Le respect des parties de la compétence arbitrale

261. En droits français et koweïtien, les parties sont confrontées à un autre effet positif suite à la conclusion de la convention d'arbitrage. En effet, ces dernières devront nécessairement respecter la compétence des arbitres puisqu'elles ont décidé par leur volonté libre de priver le juge étatique de sa compétence. Toutefois, si les parties peuvent volontairement conférer la compétence du tribunal étatique au tribunal arbitral, elles peuvent également faire le contraire, à savoir retirer la compétence conférée aux arbitres pour la redonner au juge étatique. Ainsi, la question qui se pose ici est la suivante : dans quelle mesure l'engagement des parties les obligent à respecter la compétence arbitrale ? Autrement dit, si l'arbitrage est à la base un mode alternatif de résolution des litiges, quelle est donc la philosophie de cette obligation générée par les parties elles-mêmes ?

262. Pour le droit français comme pour le droit koweïtien, il a déjà été démontré que la convention d'arbitrage est conclue par l'accord de volontés des parties, c'est la raison pour laquelle cette convention est soumise aux règles générales du droit des contrats, l'obligation des parties s'entendant comme une véritable obligation contractuelle⁶⁷⁷. Ainsi, si la convention d'arbitrage est soumise aux règles générales du droit des contrats, il existe dans les droits français et koweïtien plusieurs textes législatifs qui obligent les parties à respecter leur contrat, c'est-à-dire la convention d'arbitrage⁶⁷⁸. Par conséquent, la convention d'arbitrage, qui confère compétence aux arbitres français et koweïtiens doit « théoriquement » être respectée conformément au principe de la force obligatoire du contrat. Si l'une des parties n'exécute pas son obligation, à savoir respecter la convention d'arbitrage, son adversaire a logiquement le droit de demander au juge étatique des dommages et intérêts.

263. Force obligatoire et contenu obligationnel. Cette analyse peut toutefois être nuancée dans le cadre de la convention d'arbitrage en France et au Koweït car en pratique l'application du droit des contrats est difficile à mettre en œuvre dans le cadre de l'arbitrage. Ainsi, il est important de s'attacher à démontrer que les parties à l'arbitrage ne respectent pas la compétence des arbitres uniquement en raison du principe de la force obligatoire du contrat alors que leur engagement continue en dehors du droit des contrats. Il est nécessaire de

⁶⁷⁷ *Supra* : n° 183 et 188.

⁶⁷⁸ En France : les arts. 1193, 1194 et 1195 du C. Civ. F. Au Koweït : de l'art. 31 à 39 du C. Civ. K.

distinguer d'une part la différence entre le contrat et la convention, et d'autre part la différence entre la force obligatoire de cette convention et le contenu obligationnel de l'accord des parties.

Le contrat est défini généralement de la manière suivante : « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁶⁷⁹. En revanche, la convention ou la *conventio* peut être définie comme un « accord de deux ou plusieurs volontés individuelles en vue de produire un effet de droit »⁶⁸⁰.

En général et peu importe les types de contrats ou de conventions, tous les accords de volontés ont force obligatoires⁶⁸¹. Cependant, le fait de dire qu'ils ont force obligatoire ne signifie pas nécessairement qu'ils ont tous un contenu obligationnel⁶⁸². En effet, lorsque les parties concluent un contrat ou une convention, leur accord crée une nouvelle norme juridique qui peut avoir des contenus obligationnels ou non-obligationnels⁶⁸³. Par exemple, le contrat de vente crée des obligations mutuelles entre le créancier et le débiteur. Son contenu est ainsi obligationnel. En revanche, certaines conventions comme la remise de dette organisent seulement les relations entre les parties en créant des effets juridiques⁶⁸⁴. Elles ne rendent les parties ni créancières ni débitrices. Ainsi, elles ne produisent pas de contenu obligationnel pour les parties ce qui a pour conséquence qu'une partie ne peut pas obtenir de dommages et intérêts en justice pour réparer les conséquences de l'inexécution de la convention d'arbitrage par l'autre partie.

264. Force obligatoire de la convention d'arbitrage. En France, la doctrine française considère que la convention d'arbitrage a simplement la force obligatoire sans le contenu obligationnel du contrat. En effet, le Professeur Jean Baptiste considère qu'attribuer des dommages et intérêts à une partie en cas d'inexécution de la convention d'arbitrage n'est pas une solution appropriée car une telle réparation empêche l'efficacité de l'arbitrage⁶⁸⁵. Par ailleurs, selon le professeur Louis PIGNARRE, la convention d'arbitrage ne produit clairement pas une relation de créancier à débiteur entre les parties à l'arbitrage et ces dernières peuvent aller au-delà des règles de leur convention, c'est-à-dire qu'elles peuvent y déroger en saisissant le juge étatique⁶⁸⁶.

⁶⁷⁹ L'art. 1101 du C. Civ. F.

⁶⁸⁰ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.300.

⁶⁸¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ., 1999. 771.

⁶⁸² *Ibidem*.

⁶⁸³ *Ibidem*.

⁶⁸⁴ *Ibidem*.

⁶⁸⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.220 s.

⁶⁸⁶ *Ibidem*.

Au Koweït, la doctrine s'est seulement exprimée sur la question de la force obligatoire de la convention d'arbitrage, sans approfondir le sujet, en expliquant que la convention d'arbitrage bénéficie de la même force obligatoire que le contrat en vertu des règles du droit des contrats⁶⁸⁷. En effet, elle ne distingue pas la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat ou de la convention mais elle propose directement des solutions renforçant l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Ainsi, dans les deux États, il est admis que la convention d'arbitrage a uniquement la force obligatoire sans le contenu obligationnel des contrats et le respect de la compétence arbitrale du fait de cette force obligatoire de la convention d'arbitrage peut être mis en lumière à travers le principe de *mutuus dissensus*.

265. *Mutuus dissensus*. En France et au Koweït, la doctrine estime que si les parties décident de conclure une convention d'arbitrage dans le but de traiter le fond de litige ou d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires, elles peuvent revenir en arrière et retourner à la situation antérieure à ce qu'elles avaient décidé⁶⁸⁸. En effet, la Cour de cassation française a jugé en 1959 que « même si les règles régissant la compétence d'attribution des tribunaux ont un caractère absolu, les parties peuvent toujours d'un commun accord renoncer à la clause compromissoire »⁶⁸⁹. Par ailleurs, la doctrine des deux États affirme que le *mutuus dissensus* peut exister expressément ou tacitement pour l'une ou pour toutes les parties⁶⁹⁰. Par conséquent, la compétence arbitrale qui est un effet de la convention d'arbitrage n'est pas respectée parce qu'elle a la force obligatoire puisque les parties peuvent renoncer d'elles-mêmes à leur convention.

266. Exécution en nature. Comme énoncé précédemment, en France comme au Koweït, l'une ou toutes les parties peuvent renoncer volontairement à la convention d'arbitrage. Une fois ce point soulevé, la question principale de notre étude émerge alors à nouveau : quelle est la substance de l'engagement auquel s'est pourtant soumise elle-même la partie résistante et qui devrait l'obliger à respecter la compétence arbitrale ? En effet, la partie qui veut s'extirper

⁶⁸⁷ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.142 s. ; K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.126 s. ; A. ABOALWAFI, *L'amiable compositeur et ...op. cit.*, p.114 s. ; H. ALNIDANI, *L'effet relatif de la convention...op. cit.*, p. 15 s.

⁶⁸⁸ L. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage », préc., n° 121. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.220 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.150 s.

⁶⁸⁹ Arrêt cité par : L. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage », préc., n° 122.

⁶⁹⁰ L. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage », préc., n° 121. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.220 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.150.

unilatéralement de la convention d'arbitrage, en France comme au Koweït, sera en réalité obligée de respecter cette convention par le mécanisme de « l'exécution en nature »⁶⁹¹. À cet égard, il est considéré dans les deux États que la compétence arbitrale doit être systématiquement respectée par la partie récalcitrante puisque le juge étatique peut intervenir dans les procédures arbitrales sous certaines réserves et ce tout au long de l'instance arbitrale⁶⁹². Par ailleurs, le tribunal arbitral peut dans les deux États prononcer des sentences concernant le fond du litige ou les mesures provisoires et/ou conservatoires même si l'une des parties n'est pas représentée⁶⁹³.

267. Par conséquent, en droit français comme en droit koweïtien, la convention d'arbitrage et la compétence arbitrale (au fond et en référé), qui est considérée comme un effet positif de cette convention, seront en tout état de cause respectées par les parties sauf en cas de révocation amiable faite par toutes les parties à l'arbitrage.

268. Si les effets positifs de la convention d'arbitrage sont la compétence des tribunaux arbitraux et le respect par les parties de cette compétence, l'incompétence des tribunaux étatiques peut être considérée comme l'effet négatif de la convention d'arbitrage.

B : L'incompétence des tribunaux étatiques

269. Concernant la question de la compétence en matière d'arbitrage, si la première conséquence de la convention d'arbitrage est d'attribuer une compétence pour traiter le litige aux arbitres, la seconde, en contrepartie, est d'entraîner l'incompétence des tribunaux étatiques. Pour rappel, notre objectif est de montrer l'étendue des effets la convention d'arbitrage sur la compétence de l'arbitre et du juge des référés en ce qui concerne uniquement les mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, cet objectif peut être difficile à atteindre sans expliquer l'effet négatif de cette convention qui a vocation, de manière générale, à influencer la compétence du juge étatique concernant le fond de l'affaire et pas seulement concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires.

⁶⁹¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.221. ; En ce sens v. aussi : F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique et pratique*, 1^{er} éd., Monshat Almaaref, 2007, p.441 s. ; du même auteur, *Le droit de l'arbitrage théorique et pratique*, 2^{ème} éd., Monshat Almaaref, 2013, p.400 s.

⁶⁹² *Ibidem.* ; Th. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. Arb.*, 2011, n° 2, p.331. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.142 s. ; F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.440 s.

⁶⁹³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.221. ; H. ALNIDANI, *L'effet relatif de la convention...op. cit.*, p. 15 s.

Par conséquent, en France et au Koweït, la convention d'arbitrage produit généralement un effet négatif sur la compétence des tribunaux étatiques et plus précisément la compétence du juge du fond. Si une convention d'arbitrage est valable tant au niveau de la forme que sur le fond, les tribunaux étatiques dans les deux États ne sont pas compétents pour trancher le fond de l'affaire (1). *A contrario*, les règles d'ordre public ou la volonté des parties à l'arbitrage peuvent par exception rendre le juge du fond compétent malgré l'existence de la convention d'arbitrage (2).

1 : La convention d'arbitrage, obstacle à la compétence du juge du fond

270. En France et au Koweït, si les parties décident volontairement de soumettre leur litige à un arbitre, les tribunaux étatiques, c'est-à-dire les juges du fond, se déclarent incompétents pour trancher le litige. Cet effet de la convention d'arbitrage, qui prive le juge étatique de la capacité à traiter le fond du litige, ouvre un débat doctrinal dans les deux États. Ce débat concerne tous les tribunaux étatiques y compris les juges des référés français et koweïtien alors que l'existence de la convention d'arbitrage retire sa compétence et ses pouvoirs au juge étatique.

271. Incompétence judiciaire, textes législatifs. Le principe établissant que la convention d'arbitrage retire la compétence de trancher le litige au juge étatique pour la donner à l'arbitre est contenu dans la Convention de New York de 1958⁶⁹⁴. L'article 2 alinéa 3 de cette convention prévoit effectivement que « le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage [...] ». Ce principe existe également en droit français ainsi qu'en droit koweïtien.

En France, l'article 1448 alinéa 1 du CPCF dispose clairement que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare **incompétente** ». De la même manière, au Koweït, l'article 173 alinéa 5 du CPCK prévoit que « les tribunaux étatiques **ne sont pas compétents** de traiter les litiges qui sont soumises à l'arbitrage [...] »⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.230.

⁶⁹⁵ المادة ١٧٣ ٥ من قانون المرافعات الكويتي تنص على انه "لا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها".

Ainsi, c'est ce que les deux CPC prévoient. Ils disposent clairement que la déclaration du juge étatique sera l'incompétence en cas de l'existence d'une clause compromissoire ou d'un compromis (une convention d'arbitrage). À cet égard, l'incompétence des juges étatiques français ou koweïtiens doit être soulevée par l'une des parties à la convention d'arbitrage *in limine litis*⁶⁹⁶, et non pas par le juge lui-même.

272. La convention d'arbitrage, le juge confronté à un défaut de pouvoir ou de compétence ? Le fait que les juges étatiques français et koweïtiens se déclarent incompétents en cas de l'existence de la convention d'arbitrage divise d'une part la jurisprudence française et d'autre part la doctrine française en plusieurs parties⁶⁹⁷. En effet, lorsqu'une partie à l'arbitrage saisit le juge étatique malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, et lorsque le juge se déclare incompétent, cela conduit à la naissance d'une question fondamentale en France et au Koweït.

S'agit-il de défaut du pouvoir juridictionnel ou d'incompétence du juge étatique ? La réponse à cette question est loin d'être facile dans les deux États même si elle est traitée uniquement en droit français. Par ailleurs, la réponse à cette question est très importante puisqu'elle aboutit à plusieurs sanctions procédurales devant le juge du fond ou des référés dans certains cas⁶⁹⁸. En droit français et koweïtien, le régime des incidents d'incompétence est plus sévère que la fin de non-recevoir. Le défaut de compétence est sanctionné par l'exception d'incompétence qui peut être invoquée en principe *in limine litis*⁶⁹⁹. Pourtant, le défaut de pouvoir juridictionnel est sanctionné par la fin de non-recevoir qui peut être invoquée en tout état de cause⁷⁰⁰.

273. France. Dans le cadre de l'arbitrage français, il existe un conflit jurisprudentiel ainsi que doctrinal, lorsque l'un considère que la saisine du juge étatique pendant l'existence de la convention d'arbitrage constitue la fin de non-recevoir, alors que l'autre estime que cela doit couler dans le moule d'exception d'incompétence.

⁶⁹⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne, notion, convention... », préc., n° 59. ; Cass. Com. F, 16 février 2016, n° 14-102.254, inédit. ; 176. A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.152 s. ; F. WALLI, *L'arbitrage dans les contentieux internes et internationaux, théorie et pratique*, 1^{er} éd., Monshat Almaaref, 2014, p.204.

⁶⁹⁷ É. LOQUIN, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 38 s.

⁶⁹⁸ *Infra* : n° 274.

⁶⁹⁹ E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne, notion, convention... », préc., n° 59. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.230. ; F. WALLI, *L'arbitrage dans les contentieux internes et internationaux...op. cit.*, p.205 s.

⁷⁰⁰ H. OUAISSI, C. TIRVAUDEY, *J. Cl. Civil*, Synt., « Compétence judiciaire », 2019, n° 57 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. II, op. cit.*, p.115 s.

274. S'agissant de la jurisprudence française, il a été jugé en 1990 que « l'exception de procédure fondée sur l'existence d'une clause compromissoire ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différents pays, mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat »⁷⁰¹. Selon cette décision, il s'agit d'un défaut de pouvoir juridictionnel et non pas d'une exception d'incompétence du juge étatique. D'autres décisions vont toujours dans le même sens que cette jurisprudence désormais bien établie en décidant que la convention d'arbitrage constitue une fin de non-recevoir et non pas une exception d'incompétence⁷⁰².

Cependant, d'autres décisions de cours d'appel et de la Cour de cassation françaises ont remis et remettent toujours totalement en cause le principe selon lequel le juge déclare, par la demande de l'une des parties, la fin de non-recevoir s'il existe une convention d'arbitrage. Avant l'arrêt de 1990 déjà, la Cour d'appel de Paris s'était prononcée sur la question de l'existence d'une convention d'arbitrage en retenant une solution différente de celle énoncée dans cette jurisprudence. En effet, cette juridiction a jugé plusieurs fois en 1954 que l'existence d'une convention d'arbitrage constitue un cas d'incompétence des tribunaux étatique⁷⁰³. En 1981, la Cour de cassation française avait elle-même consacré la solution établie par les arrêts de 1954 en décidant expressément que « l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire constitue une exception de procédure »⁷⁰⁴. L'arrêt de 1990 rendu par la Cour de cassation s'inscrivait ainsi en contradiction avec les solutions précédentes en sanctionnant l'existence d'une convention d'arbitrage par une fin de non-recevoir. Malgré cet arrêt de 1990 qui semblait pouvoir donner une solution à la question de l'existence d'une convention d'arbitrage, une incertitude perdure alors même que d'autres arrêts ont repris la solution 1990. En effet, il est arrivé à plusieurs reprises que la Cour de cassation énonce à nouveau que l'existence d'une convention d'arbitrage constitue un défaut compétence⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Cass. Civ. 1^{re}., 9 octobre 1990, *Rev. arb.*, 1991, p.305, note M. L. NIBOYET-HOEGY. ; Cass. Civ. 1^{re}, 6 novembre 1990, *Rev. arb.*, 1991, p.311, note du même auteur. En ce sens v. aussi : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.231.

⁷⁰² Cass. Civ. 2^{ème}, 17 janvier 1996, n° 93-18.361, *Bull. civ. II*, n° 3, p.2. ; Cass. Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *Bull. civ. I*, n° 2, p.1. ; Cass. Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.260, note Ph. FOUCHARD.

⁷⁰³ CA Paris, 19 janv. 1954, *Gaz. pal.* 1954, 1, p.332, ; CA Paris, 7 janv. 1954, *Gaz. pal.* 1954, 1, p.224. ; CA Paris, 13 déc. 1950 : *Gaz. pal.* 1951, 1, p.269.

⁷⁰⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 13 mai 1981, *Rev. arb.* 1983, p.110.

⁷⁰⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, n° 99-21.662, *Bull. civ. II*, n° 168, p.116. ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 février 2010, n° 09-13.618, *Bull. civ. I*, n° 31. À cet égard v. également : Cass. Civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, n° 06-11157, inédit. ; Cass. Civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, *Rev. Arb.* 2007, p.290, obs. E. TEYNIER, P. PIC.

275. Doctrine française. Concernant la doctrine française, celle-ci est divisée comme la jurisprudence. Une partie de la doctrine s'inscrit en faveur de l'exception d'incompétence du juge étatique tandis qu'une autre partie préfère la fin de non-recevoir.

Tout d'abord, plusieurs auteurs considèrent que l'existence de la convention d'arbitrage constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence devant le juge étatique⁷⁰⁶. En effet, ces auteurs considèrent clairement que la répartition des contentieux ne peut jamais exister, au sens strict, entre une juridiction étatique et une juridiction arbitrale mais uniquement entre des juridictions étatiques⁷⁰⁷. Ainsi, la convention d'arbitrage prive uniquement le juge étatique de son pouvoir juridictionnel ce qui exclut le recours à l'exception d'incompétence dans le cas de l'existence d'une convention d'arbitrage.

Ensuite, d'autres auteurs vont plus loin en se fondant sur l'exemple du droit international. Ils estiment qu'en droit international « un État ne peut être attiré devant les tribunaux d'un autre État à raison de ses actes de souveraineté. Il y a ici littéralement la marque de l'interdiction d'agir contre l'État. C'est l'action en justice qui est en cause et non l'instance »⁷⁰⁸. Si l'on calque ce raisonnement international sur le droit interne, l'instance, et donc la compétence, ne doit pas être mise en cause dès lors qu'une convention d'arbitrage a été conclue. Selon ces auteurs, c'est la question du pouvoir juridictionnel, c'est à dire celui auquel il est fait recours dans le cadre d'une action en justice, qui doit se poser lorsqu'un juge est saisi suite à la conclusion d'une convention d'arbitrage⁷⁰⁹.

Enfin, une dernière partie de doctrine française se prononce très clairement en faveur de la fin de non-recevoir à titre de conséquence de l'existence d'une convention d'arbitrage dans le cas d'un litige présenté au juge des référés⁷¹⁰. En effet, si l'une des parties a besoin de mesures provisoires mais que le tribunal n'est pas encore constitué, elle peut saisir le juge des référés mais seulement à condition de l'existence d'une urgence⁷¹¹. Ainsi, si l'urgence n'est pas caractérisée⁷¹², le juge des référés déclarera qu'il n'y a pas lieu à référé et que l'on est en présence d'une fin de non-recevoir⁷¹³. En effet, cette partie de la doctrine affirme que pour parler d'incompétence du juge des référés, « il faut qu'il ait le pouvoir de connaître du litige

⁷⁰⁶ J. THÉRON, « Moyens de défense, Généralités », préc., n° 68 s.

⁷⁰⁷ P. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, op. cit., n° 10. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, 32 éd., n° 2269. ; S. MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure...op., cit.*, p.118.

⁷⁰⁸ J. THÉRON, « Moyens de défense, Généralités », préc., n° 68.

⁷⁰⁹ *Ibidem*.

⁷¹⁰ C. TIRVAUDEY-BOURDIN, *J. Cl. civil*, Fasc. 600-90, « Compétence, exception d'incompétence », 2010, n° 7. ; À cet égard v. aussi : Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, spéc., 1987, n° 174 s.

⁷¹¹ *Infra* : n° 299.

⁷¹² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 90. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juin 2002, Bull. civ. II, n° 130, *D.* 2002, p.2439, obs. I. NAJJAR.

⁷¹³ C. TIRVAUDEY-BOURDIN, « Compétence, exception d'incompétence », préc., n° 7.

mais qu'il soit territorialement ou matériellement incompétent parce qu'un autre juge des référés, le président du tribunal de commerce par exemple, est compétent. Si c'est l'aptitude du juge des référés qui est en cause, c'est une fin de non-recevoir et le juge des référés répond à la demande par un - il n'y a lieu à référer »⁷¹⁴. Ainsi, pour les auteurs partisans de cette analyse, le conflit entre la juridiction de référé et la juridiction arbitrale peut conduire à mettre en œuvre la sanction de la fin de non-recevoir⁷¹⁵.

276. En revanche, une autre partie de la doctrine française considère clairement le contraire, c'est-à-dire que l'existence de la convention d'arbitrage constitue une exception d'incompétence et non pas une fin de non-recevoir.

Tout d'abord, conformément à l'ancien article 1458 du CPCF qui a été remplacé par l'article 1448 du même code, Gérard CORNU et Jean FOYER considèrent qu' « [le juge] privée, par la convention d'arbitrage, de tout pouvoir juridictionnel relativement au litige qui lui est soustrait, la juridiction étatique est [alors] dans une situation assimilée par la loi à une incompétence radicale »⁷¹⁶. Le Doyen CORNU considère également que « l'arbitre est, comme tout juge, juge de sa compétence, ou plutôt premier appréciateur de son pouvoir juridictionnel ; cette mission emporte tous les pouvoirs et devoirs qui incombent à un juge, en particulier le pouvoir de statuer sur les questions préliminaires »⁷¹⁷.

De plus, le professeur Thomas CLAY, affirme également que « la répartition des litiges au sein des juridictions, intra judiciaire ou entre juridictions judiciaire et arbitrale, relève de la nature du litige » et il faut donc voir « une question de seule compétence »⁷¹⁸.

Par ailleurs, le professeur Philippe THÉRY affirme également que la convention d'arbitrage ne retire pas le pouvoir juridictionnel du juge étatique ou du juge des référés mais elle les rend uniquement incompétents⁷¹⁹. Il considère qu' « il n'y a aucun raison de penser que l'institution de l'arbitre doive s'accompagner d'une distinction du juge étatique comme tel »⁷²⁰.

Enfin, le professeur Jean-Baptiste RACINE affirme encore que « la différence avec une exception de procédure est nette, car la fin de non-recevoir peut être invoquée en tout état de

⁷¹⁴ *Ibidem*.

⁷¹⁵ L'art. 81 du CPCF prévoit en ce sens que « lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir. Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi ».

⁷¹⁶ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, p.80.

⁷¹⁷ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 64.

⁷¹⁸ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.166.

⁷¹⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, *Rev. arb.*, 2002, p.371, obs. PH. THÉRY. ; C. TIRVAUDEY-BOURDIN, « Compétence, exception d'incompétence », préc., n° 6.

⁷²⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, obs. PH. THÉRY, *op. cit.*

cause. Ce n'est pas le reflex du droit positif. **La justification est la suivante** : la convention d'arbitrage ne retire pas le pouvoir de juger au tribunaux étatiques (les juges restent juges) ; elle leur retire seulement leur compétence pour trancher le litige. On notera toutefois que, parfois, la Cour de cassation prend le soin d'employer le terme générique d'exception de procédure et non celui, plus précis, d'exception d'incompétence, marquant ainsi peut être la volonté de souligner, au moins dans les termes employés, l'originalité de l'exception tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage. Pourtant, des arrêts plus récents emploient expressément l'expression d'exception d'incompétence, ce qui montre que les mots n'ont pas ici une importance déterminante »⁷²¹.

277. Koweït. En droit koweïtien, la solution diffère de la jurisprudence et de la doctrine françaises. En effet, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes ne connaissent pas les mêmes divisions qu'en France. En droit koweïtien, la saisine du juge étatique pendant une procédure arbitrale oblige en principe les juges étatiques à se déclarer incompétents.

278. La jurisprudence et la doctrine koweïtiennes. S'agissant de la jurisprudence koweïtienne, il existe une jurisprudence qui considère que la convention d'arbitrage retire le pouvoir juridictionnel du juge étatique et non pas sa compétence⁷²². En revanche, il a été jugé expressément et plusieurs fois par la Haute juridiction koweïtienne que tous les litiges qui sont soumis aux tribunaux arbitraux sortent de « la compétence des tribunaux étatiques »⁷²³. La Haute juridiction a jugé également dans d'autres arrêts qu'en cas d'existence d'une clause d'arbitrage, le juge du fond se déclare, par la demande de l'une des parties, incompétent⁷²⁴. À cet égard, au sens de l'article 78 du CPCCK, si la juridiction étatique (plus précisément le juge du fond) se déclare incompétente, elle renvoie les parties à la juridiction qui sera compétente⁷²⁵. En général et peu importe la crédibilité de cette réponse, la solution dégagée par la jurisprudence koweïtienne est claire. Ainsi, au Koweït, la conclusion d'une convention d'arbitrage implique un défaut de compétence puisque le juge du fond ne se déclare pas irrecevable mais incompétent.

⁷²¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.231 et 232.

⁷²² Cass. Com., 23 novembre 1981, n° 66/1981.

⁷²³ Cass. Com. K., 19 juillet 1998, n° 252/1997.

⁷²⁴ Cass. Com. K., 19 novembre 1995, n° 33/1995. ; Cass. Com. K., 19 novembre 1995, n° 36/1995. ; Cass. Com. K., 19 novembre 1995, n° 39/1995. ; Cass. Com. K., 19 décembre 1993, n° 175/1993. Cass. Com. K., 4 novembre 1996, n° 132/1996.

⁷²⁵ الفقرة ٢ من المادة ٧٨ من قانون المرافعات الكويتي تنص على انه " وإذا قضت المحكمة بعدم الاختصاص بسبب نوع الدعوى او قيمتها وجب عليها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة".

279. Quant à la doctrine koweïtienne, elle aboutit au même résultat qu'une partie de la doctrine française en considérant expressément que la convention d'arbitrage constitue un défaut de compétence des juges étatiques⁷²⁶. Ainsi, une partie de la doctrine koweïtienne interprète la volonté du législateur koweïtien en considérant que celui-ci impose que la compétence arbitrale soit une compétence exceptionnelle par rapport à la compétence judiciaire⁷²⁷. Or, le moyen tiré du défaut de compétence est l'exception d'incompétence et non pas l'irrecevabilité⁷²⁸. Cependant, le défaut de compétence de l'arbitre n'est pas considéré d'ordre public⁷²⁹. Ainsi, la mesure de renvoi de l'affaire par la juridiction arbitrale à la juridiction étatique est inenvisageable puisque la juridiction arbitrale n'a qu'une compétence exceptionnelle⁷³⁰.

280. Nous pensons comme la doctrine koweïtienne et comme une partie de la doctrine française que l'existence d'une convention d'arbitrage implique un défaut de compétence des juges étatiques. Notre justification est la suivante : la justice arbitrale est une justice privée, conception appuyée aussi bien par la doctrine française que par la doctrine koweïtienne⁷³¹. Il est vrai que cette justice alternative a parfois besoin de l'intervention du juge étatique notamment pour obtenir l'exécution de la sentence arbitrale par la procédure d'*exequatur*⁷³². Cependant, elle reste une forme de justice qui a avant tout pour objectif de trancher le litige des parties, au fond et en référé, comme la justice étatique. A la différence de cette dernière, la justice arbitrale bénéficie en France comme au Koweït d'un régime « mi- contractuel, mi-juridictionnel »⁷³³. Ainsi, dans les deux États, grâce aux textes législatifs et par leur volonté propre, les parties ont la liberté de recourir à la justice étatique, ce qui implique un acte de volonté. De la même manière, devant la justice arbitrale, c'est également grâce aux textes

⁷²⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.151 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.405 s. ; S. MAHMOD, « Le pouvoir d'arbitre... », préc., p.23. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.168 s. ; M. ALENZI, « Le pouvoir de tribunal sur la demande... », préc., p. 259 s. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.96 s. ; A. ABOALWAFI, *L'amiable compositeur... op. cit.*, p.144.

⁷²⁷ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.152.

⁷²⁸ A. MILIGIE, *op. cit.*, p.99. ; M. ALENZI, « Le pouvoir de tribunal sur la demande... », préc., p. 259. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.153.

⁷²⁹ A. MILIGIE, *op. cit.*, p.99. Cass. Com. K., 13 novembre 1994, n° 96/1994.

⁷³⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.153.

⁷³¹ *Supra* : n° 44.

⁷³² La procédure d'*exequatur* peut être définie comme « la procédure qui se déroule devant le tribunal de grande instance (judiciaire) en vue de donner *force exécutoire* aux jugements rendus à l'étranger. L'*exequatur* s'impose aussi à certains actes étrangers ou sentence arbitrale ». En ce sens : R. CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p.240.

⁷³³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.228.

législatifs et à la conclusion d'une convention d'arbitrage que les parties choisissent d'obtenir justice en saisissant le juge privé qu'est l'arbitre.

Si l'on accepte que l'arbitrage est un véritable mode juridictionnel de règlement des litiges, il est nécessaire de considérer qu'il est « une justice à part entière »⁷³⁴. De plus, dès lors que l'arbitrage est considéré comme un mode juridictionnel de règlement des litiges créé par les législateurs de la même manière que les tribunaux étatiques, l'on ne peut pas dire que l'idée d'un conflit de compétence n'existe qu'entre les juridictions étatiques⁷³⁵. Si l'on accepte que l'arbitre est un juge mais un juge privé, rien n'empêche donc d'appliquer les règles de « la division du travail judiciaire »⁷³⁶ entre le juge étatique et l'arbitre mais *uniquement en cas de conflit de ces juridictions*⁷³⁷.

281. Cela nous amène ainsi à penser à la question du conflit de compétence entre les juges étatiques qui ne peut pas se poser entre le juge des référés et le juge du fond. En effet, si le litige qui doit être traité par le juge des référés concerne le fond, la question de la compétence n'a pas vocation à se poser puisque le juge des référés n'est titulaire d'aucun pouvoir juridictionnel. Il s'agit alors d'un défaut du pouvoir juridictionnel. Cependant, et c'est ce que nous voudrions démontrer ici, les législateurs français et koweïtien confèrent un pouvoir juridictionnel à chaque juge, y compris les juges des référés. Ces législateurs confèrent également un pouvoir juridictionnel aux arbitres mais avec plusieurs avantages, comme la concentration des pouvoirs, au fond et au provisoire⁷³⁸. C'est la raison pour laquelle l'arbitre est un vrai juge « à multiples facettes »⁷³⁹. En général et dans les deux États étudiés, aucun conflit de compétence ne peut pas intervenir entre le juge des référés et le juge du fond puisque ces deux juges judiciaires n'ont pas les mêmes champs de pouvoir juridictionnel. Au contraire, un conflit de compétence peut survenir entre deux juges des référés ayant le même pouvoir juridictionnel, comme par exemple entre « le président du tribunal de grande instance et le président du tribunal du commerce »⁷⁴⁰.

⁷³⁴ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 174 s.

⁷³⁵ J. THÉRON, « Moyens de défense, Généralités », *préc.*, n° 68 s. ; PH. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, *op. cit.*, n° 10. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, 32 éd., n° 2269. ; S. MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure... op. cit.*, n° 118.

⁷³⁶ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p.160 . À cet égard v. aussi : E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence d'arbitrage, conditions de fond... », *préc.*, n° 21. ; N. CAYROL, « Référé civil », *préc.*, n° 52.

⁷³⁷ Du fait de la nature mixte de l'arbitrage. : *Supra* : p.112.

⁷³⁸ L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *Les principes fondamentaux...op. cit.*, p.479. ; N. CAYROL, « Référé civil », *préc.*, n°58. ; A. ALENEZI, *l'arbitrage et l'urgence*, Mémoire de Master 2 (Cyril NOURISSAT), Lyon, 2017, p.47 s.

⁷³⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.228.

⁷⁴⁰ C. TIRVAUDEY-BOURDIN, « Compétence, exception d'incompétence », *préc.*, n° 7.

Ainsi, dès lors qu'on considère que l'arbitre est un juge privé doté d'un pouvoir juridictionnel équivalent à celui d'un juge judiciaire bien que de nature différente, l'hypothèse d'un conflit de compétence peut alors être envisagée entre le juge judiciaire et l'arbitre. En effet, puisque les textes législatifs et la convention d'arbitrage attribuent compétence et pouvoir juridictionnel au fond et en référé aux arbitres, l'existence d'une convention d'arbitrage peut engendrer, selon nous, un défaut de compétence du juge du fond ou du juge des référés au profit de l'arbitre puisque ce dernier concentre les deux pouvoirs juridictionnels⁷⁴¹. Ce raisonnement nourrit notre point de vue selon lequel l'arbitre peut bien être confronté, comme le juge judiciaire, à des questions de compétence, ce qui est en réalité le reflet de la substance de l'article 1448 du CPCF et de l'article 173 du CPCJK.

2 : La compétence du juge de fond malgré l'existence de la convention d'arbitrage

282. En France et au Koweït, le principe qui a déjà été démontré en cas d'existence d'une convention d'arbitrage, est l'incompétence des juridictions étatiques à traiter le fond du litige. Toutefois, « la compétence arbitrale »⁷⁴² n'est pas une compétence absolue, c'est-à-dire qu'il existe une limite à cette compétence au profit des juridictions étatiques, y compris au profit du juge des référés. Ainsi, une marge de manœuvre peut exister au profit des juridictions étatiques malgré la présence d'une convention d'arbitrage.

283. L'invocation des moyens. En droits français et koweïtien, l'absence de pouvoir de juger est sanctionnée par la fin de non-recevoir alors que le défaut de compétence est sanctionné par l'exception de procédure⁷⁴³. En ce sens, les parties d'un litige ont donc la possibilité d'invoquer le défaut de pouvoir juridictionnel en tout état de cause⁷⁴⁴. Cependant, en cas d'incompétence d'une juridiction étatique, elles ne peuvent présenter leurs moyens qu'avant le début de l'instance et avant tout moyen de fond⁷⁴⁵. Ainsi, la qualification d'un moyen en défaut de pouvoir ou en défaut de compétence a une conséquence capitale sur le

⁷⁴¹ *Infra* : n° 550.

⁷⁴² E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 64. ; À cet égard v. aussi : S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre...op. cit.*, p.23 s.

⁷⁴³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.231. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.111 s.

⁷⁴⁴ *Ibidem.* ; *Ibidem.*

⁷⁴⁵ E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne, notion, convention... », préc., n° 59. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.116.

moment auquel les parties, en France comme au Koweït, vont pouvoir présenter leur moyen. C'est pourquoi la question relative à la nature du moyen utilisé en cas de litige sur l'opportunité de l'intervention de l'arbitre est essentielle puisqu'elle conditionne le moment auquel les parties vont pouvoir contester cette intervention.

284. Forme et moment de l'exception d'arbitrage. En France et au Koweït, « l'incompétence des tribunaux étatiques en raison de la convention d'arbitrage ne peut être soulevée que sous forme d'une exception de procédure »⁷⁴⁶. En droit français et avant la réforme du 28 décembre 1958, la Cour de cassation avait jugé le 20 juin 1957 que l'exception d'incompétence fondée sur l'existence de la convention d'arbitrage pouvait être invoquée en tout état de cause⁷⁴⁷. Cependant, cela a été changé le 1^{er} janvier 1976 par l'introduction de l'article 74 du CPCF. A cette occasion, la cour de cassation a modifié sa position en considérant désormais que l'exception de procédure doit être invoquée *in limine litis*⁷⁴⁸. À l'instar de droit français, l'article 77 du CPCF⁷⁴⁹, prévoit que toutes les exceptions qui ne sont pas considérées d'ordre public, doivent simultanément, avec toutes les autres exceptions de procédure, être invoquées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. La jurisprudence et la doctrine koweïtiennes considèrent en ce sens que l'exception d'arbitrage n'est pas considérée d'ordre public⁷⁵⁰. Ainsi, l'on comprend qu'en France et au Koweït le moyen des parties tiré de l'existence d'une convention d'arbitrage devra être présenté sous la forme d'une exception de procédure et devra donc ainsi être invoqué *in limine litis*.

285. Exclusion de l'article 75 du CPCF. La question qui se pose est celle de savoir si l'article 75 du CPCF est applicable à l'exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage. En effet, cet article prévoit que « s'il est prétendu que la juridiction saisie en première instance ou en appel est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée ». Le droit koweïtien n'exige pas que les

⁷⁴⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne, notion, convention... », préc., n° 58. ; En ce sens v, également : A. MILIGIE, *op. cit.*, p.99 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. II, *op. cit.*, p.116.

⁷⁴⁷ Cass. Civ. 2^{ème}., 20 juin 1957, *JCP G*, 1958, II, 10773.

⁷⁴⁸ Cass. Civ. 2^{ème}., 22 novembre 2001, n° 99-17.875, *Bull. civ. II*, n° 171, p.118. ; Cass. Civ. 3^{ème}., 13 mai 1981, *Rev. Arb.* 1983, p.110.

⁷⁴⁹ المادة ٧٧ من قانون المرافعات الكويتي تنص على انه " (...) وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، يجب ابدؤها معاً قبل ابداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم قبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها (...)." .

⁷⁵⁰ Cass. Com. K., 13 novembre 1994, n° 96/1994. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.99. ; V. aussi la note explétive de l'art. 173 du CPCF.

conditions posées dans ce texte français soient remplies. Quant à la jurisprudence⁷⁵¹ et à la doctrine française, elles considèrent que cet article n'est pas applicable dans le cadre de l'exception d'arbitrage puisque « lorsqu'une partie soulève l'exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage, par hypothèse, elle fait connaître quelle est la juridiction compétente qui ne peut être que le tribunal arbitral prévu par la clause d'arbitrage »⁷⁵².

286. Compétence arbitrale limitée au profit du juge étatique. Après avoir vu, en France et au Koweït, la forme de l'exception d'arbitrage, et le moment de la présenter, il reste à étudier la question fondamentale de l'incompétence des tribunaux étatiques en présence d'une convention d'arbitrage. L'incompétence des tribunaux étatiques du fait de l'existence de la convention d'arbitrage est-elle absolue ? En France comme au Koweït, la réponse sera automatiquement négative concernant la compétence des arbitres puisqu'en présence d'une convention d'arbitrage c'est le juge étatique qui est a priori compétent.

287. Incompétence relative. En France, l'article 76 du CPCF prévoit que « l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public [...] ». Cet article n'est pas applicable dans le domaine de l'arbitrage puisqu'il concerne uniquement le cas de violation des règles de compétence d'ordre public⁷⁵³. Dans le domaine de l'arbitrage, l'article 1448 du même code prévoit que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ». Ainsi, selon l'article 1448 du CPCF, il apparaît qu'en cas de présence d'une convention d'arbitrage et avant la saisine de l'arbitre, le juge peut se déclarer incompétent mais il n'est pas obligé de soulever d'office son incompétence. La jurisprudence et la doctrine françaises vont simultanément dans le même sens en considérant que l'incompétence du juge du fond est une incompétence relative.

S'agissant de la jurisprudence, la Cour de cassation a considéré plusieurs fois que le juge du fond est compétent pour trancher le litige concerné si l'une des parties n'invoque pas l'existence de la convention d'arbitrage devant lui⁷⁵⁴. La Haute juridiction française a

⁷⁵¹ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.175.

⁷⁵² E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne, notion, convention... », préc., n° 58.

⁷⁵³ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.175.

⁷⁵⁴ Cass. Civ. 2^{ème}., 22 novembre 2012, n° 11-19.524, inédit ; Cass. Civ. 2^{ème}., 22 novembre 2012, *Rev. arb.* 2012, p.884 ; Cass. Civ. 1^{ère}., 11 oct. 1995, *RTD com.*, 1996, p.664, obs. É. LOQUIN.

également précisé que « l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure, de sorte qu'elle ne peut être soulevée par une partie qui avait préalablement conclu au fond »⁷⁵⁵.

Concernant la doctrine française, elle considère en ce sens que l'incompétence du tribunal étatique n'est pas une incompétence absolue. En guise d'illustration, MOTULSKY a considéré en l'espèce, qu'en cas d'existence d'une convention d'arbitrage, « nous ne dissimulerons pas, quant à nous, notre préférence pour le système de l'incompétence relative [des tribunaux étatiques] »⁷⁵⁶. De plus, le professeur Éric LOQUIN estime que l'article 1448 du CPCF « prend parti sur la nature de l'incompétence des tribunaux étatiques en raison de la convention d'arbitrage, en mettant en évidence son caractère relatif »⁷⁵⁷. Ou encore, pour le professeur Philippe THÉRY, que « cette compétence (la compétence arbitrale) soit exclusive ou non, qu'elle soit ou non d'ordre public n'en change pas la nature mais affecte seulement l'office du juge en lui ouvrant plus ou moins largement la possibilité de relever d'office une éventuelle incompétence »⁷⁵⁸.

Ainsi, selon l'article 1448 du CPCF, la jurisprudence et la doctrine française, il existe bien une marge de manœuvre pour la compétence des tribunaux étatiques malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, qui trouve son fondement dans l'idée d'incompétence relative. S'il n'y a pas de saisine du tribunal arbitral et si l'une des parties n'a pas invoqué à temps cette exception d'incompétence, c'est-à-dire *in limine litis*, le juge étatique a la possibilité de se déclarer compétent.

288. En droit koweïtien, il n'existe pas dans le CPCK de dispositions similaires aux articles 76 et 1449 du CPCF. Cependant, l'article 173 alinéa 5 du CPCK prévoit que « les tribunaux étatiques ne sont pas compétents pour traiter les litiges soumis aux tribunaux arbitraux, et il est possible de renoncer expressément ou tacitement à l'exception d'incompétence découlant de l'existence de la convention d'arbitrage »⁷⁵⁹. La jurisprudence et la doctrine koweïtienne considèrent à cet égard que la compétence arbitrale constitue une exception aux règles de compétence des tribunaux étatiques c'est-à-dire qu'en présence d'une

⁷⁵⁵ Cass. Civ. 2^{ème}., 22 novembre 2012, n° 99-21.662, Bull. civ. II, n° 168, p116. ; En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 1^{re}., 3 février 2010, et 14 avril 2010, *Rev. Arb.*, 2010, p.495, note P. CALLÉ.

⁷⁵⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 20 juin 1957, n° 7.209, Bull., II, n° 459, *JCP*, 1958, II, n° 10773, obs. H. MOTULSKY.

⁷⁵⁷ É. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 38.

⁷⁵⁸ Ph. Théry, « À propos du défaut de pouvoir juridictionnel : observations sur l'usage abusif d'une notion dévoyée », *RTD civ.*, 2017, p. 722.

⁷⁵⁹ الفقرة ٥ من المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي تنص على انه "ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها، ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة او ضمناً".

convention d'arbitrage le juge étatique du fond a la possibilité de se déclarer incompétent d'office ou en cas de demande de l'une des parties⁷⁶⁰. Ce raisonnement, une fois abouti, amène ainsi à considérer que l'exception d'incompétence du juge étatique n'est pas d'ordre public.

Par conséquent, l'incompétence du tribunal étatique est relative en cas d'existence d'une convention d'arbitrage. Or, l'on peut remarquer que l'article 173 alinéa 5 du CPCCK ne prévoit pas comme le fait l'article 1448 du CPCF que le juge étatique n'est pas compétent en présence d'une clause d'arbitrage *sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi*. Au Koweït, c'est donc la doctrine qui a permis d'apporter une solution à la question de la compétence du juge étatique en cas d'existence d'une convention d'arbitrage en captant l'essence du raisonnement français fondé, lui, sur le texte du code de procédure civile⁷⁶¹.

289. Compétence automatique sous conditions intentionnelles ou non-intentionnelles. Il apparait donc en France comme au Koweït que le juge du fond bénéficie d'une compétence automatique. Nous ne détaillerons pas ici la manière dont les parties soumettent leur litige à l'arbitre par le biais de la convention d'arbitrage⁷⁶², ni comment elles peuvent renoncer expressément ou tacitement à cette convention puisque ces points ont déjà été abordés précédemment⁷⁶³. Ainsi, en cas de présence d'une convention d'arbitrage, la compétence du juge du fond français ou koweïtien peut être établie selon deux hypothèses. Intentionnellement d'une part, si toutes les parties renoncent expressément ou tacitement à leur convention avant ou même après la constitution du tribunal arbitral. Non-intentionnellement d'autre part, si la partie qui conteste la compétence du juge du fond invoque l'exception d'incompétence, en l'absence du tribunal arbitral, mais après le début de l'instance ou après tout moyen de fond. L'on considère en tout état de cause que le cœur de l'exception d'arbitrage est le consentement des parties ont volontairement adhéré à la convention d'arbitrage.

290. Il a ainsi été démontré qu'il résulte de la convention d'arbitrage des effets généraux sur la compétence de l'arbitre, sur la compétence du juge du fond ou même directement sur les parties. Ces effets, ne concernent pas nécessairement l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais nous nous concentrerons ici, dans le cadre de notre sujet, seulement sur

⁷⁶⁰ Cass. Com. K., 19 décembre 1993, n° 175/1993. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.118. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.98.

⁷⁶¹ A. MILIGIE, *op. cit.*, p.97 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.150 s.

⁷⁶² E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 38. ; L'art. 173 alinéa 5 du CPCCK.

⁷⁶³ *Supra* : n° 184.

les effets spécifiques de la convention d'arbitrage sur la compétence des juges des référés français et koweïtien en ce qui concerne uniquement l'obtention de telles mesures.

§ 2 : Les effets spécifiques de la convention d'arbitrage sur les compétences de l'arbitre et du juge des référés

291. En droit français et koweïtien, si les parties concluent une convention d'arbitrage, le principe, tel qu'il a déjà été démontré, est généralement celui de la compétence des tribunaux arbitraux. C'est la volonté libre des parties qui permet de priver les tribunaux étatiques de leurs compétences. Cependant, l'exception est que le juge du fond peut, dans des cas exceptionnels, se déclarer compétent afin de trancher le fond de l'affaire ce qui renvoie aux notions déjà évoquées d'effets positif et négatif de la convention d'arbitrage.

Or, si le litige concerne uniquement des demandes relevant de la compétence du juge des référés, c'est-à-dire l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires, les effets de la convention d'arbitrage n'ont pas, en principe, vocation à s'appliquer à l'égard de ce juge⁷⁶⁴. Par exemple, lorsque le tribunal arbitral n'est pas constitué, les arbitres français et koweïtiens restent compétents mais ils ne peuvent pas ordonner de mesures provisoires et/ou conservatoires de manière immédiate. Alors que la même hypothèse, les juges des référés français et koweïtiens seront simultanément compétents pour ordonner lesdites mesures sous certaines conditions (**A**). En revanche, une fois que le tribunal arbitral est constitué, les arbitres sont exclusivement compétents pour ordonner des mesures provisoires, mais les juges des référés ne seront pas, dans la même hypothèse, compétents par principe (**B**).

A : Le juge des référés et l'arbitre simultanément compétents

292. En droits français et koweïtien, « une convention d'arbitrage, compromis ou clause compromissoire, ne saurait faire échec à la compétence du juge des référés »⁷⁶⁵. Dans certains cas, il arrive que les arbitres français et koweïtiens soient totalement compétents sans pour autant avoir la possibilité d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires, notamment lorsque

⁷⁶⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.233. ; M. ALENZI, préc.

⁷⁶⁵ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n°106. En ce sens v. aussi : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op.cit.*, p.148 s.

le tribunal arbitral n'est pas encore constitué. Ainsi, la partie requérant ces mesures sera confrontée à deux options : soit elle attend la constitution de tribunal arbitral, soit elle recourt au juge des référés (1). Aussi, si cette partie opte pour le second choix, ce choix n'est pas laissé à sa libre appréciation puisqu'il existe des conditions à respecter (2).

1 : Le caractère facultatif de la compétence du juge des référés et de l'arbitre

293. En France et au Koweït, même si les parties concluent une convention d'arbitrage, elles ont en réalité une option de compétence entre le juge des référés et l'arbitre⁷⁶⁶. En effet, l'option entre la compétence de l'arbitre et celle du juge des référés apparaît lorsque qu'il existe une convention d'arbitrage entre les parties et que celles-ci ont besoin d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires alors que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué. Elles peuvent soit attendre la constitution du tribunal arbitral, soit saisir le juge des référés. À cet égard, il faut noter que l'idée de l'option est uniquement évoquée par la doctrine française⁷⁶⁷. Or, l'on peut clairement remarquer son application au Koweït de la même manière qu'en France.

294. Principe, exception et choix. En droits français et koweïtien, la convention d'arbitrage constitue généralement un obstacle à la compétence des juridictions étatiques. En principe, les effets d'une telle convention ont uniquement vocation à s'appliquer devant les juges du fond français et koweïtiens, excluant la compétence de ces derniers⁷⁶⁸. Par exception, lorsqu'il existe une convention d'arbitrage, les effets de cette convention n'ont pas forcément vocation à s'appliquer au juge des référés puisque ceux-ci peuvent être compétents malgré l'existence d'une convention d'arbitrage. Ainsi, les droits français et koweïtien laissent tous deux une marge de manœuvre aux parties à l'arbitrage pour choisir soit le juge des référés, soit l'arbitre, pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais selon des règles propres à chaque État.

⁷⁶⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1302. N. CAYROL, « Référé civil », préc., n°106

⁷⁶⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n°106.

⁷⁶⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.233. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n°106. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op.cit.*, p.148 s. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.23.

295. Option en France. En France, l'exception d'incompétence des tribunaux étatiques qui existe au profit de la compétence du juge des référés est apparue au XIX^e siècle dans la jurisprudence⁷⁶⁹. Plus largement, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé en 1998, au sens de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qu' « [il] est susceptible de fonder la compétence du juge des référés même si une procédure au fond a déjà été engagée ou peut l'être et même si cette procédure devait se dérouler devant des arbitres »⁷⁷⁰. Enfin, le décret interne numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 a codifié la règle selon laquelle la convention d'arbitrage ne constitue pas un obstacle à la compétence du juge des référés sauf lorsque le tribunal arbitral est constitué. L'article 1449 du CPCF, issue dudit décret, prévoit désormais que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire [...] ».

En ce sens, le professeur Nicolas CAYROL estime que la compétence de la juridiction des référés étatiques est justifiée puisque si les parties ont un besoin immédiat de se voir attribuer le bénéfice d'une mesure provisoire mais qu'elles ne peuvent pas attendre la constitution du tribunal arbitral dans l'hypothèse d'une situation d'urgence, le juge des référés peut ainsi prononcer cette mesure⁷⁷¹. Ainsi, comme déjà expliqué, si l'une des parties a besoin d'une mesure provisoires et/ou conservatoire mais que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, soit elle saisit immédiatement le juge des référés, soit elle attend la constitution de ce tribunal. À cet égard, il faut noter que l'article 1449 du CPCF crée un choix de compétence qui ne peut pas être utilisé sauf dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'est pas encore constitué. Après la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre bénéficie d'une compétence de caractère exclusif tel qu'il sera expliqué ultérieurement⁷⁷². De plus, le recours au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage ne sera pas interprété comme une renonciation à la convention d'arbitrage⁷⁷³.

296. Option au Koweït. En droit koweïtien, il n'existe pas de textes législatifs ou de jurisprudence comme c'est le cas en France concernant le choix entre les compétences de

⁷⁶⁹ Cass. com., 3 juillet 1951, *RTD civ.* 1954, p.353, obs. P. HÉBRAUD. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n°108.

⁷⁷⁰ CJCE, 17 novembre 1998, Aff. C-391/95, *Van Uden*, point n° 48. ; CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden*, *Rev. arb.* 1999, p.151, obs. H. GAUDEMET-TALLON.

⁷⁷¹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n°106 s.

⁷⁷² *Infra* : n° 312.

⁷⁷³ CA Paris, 14 janvier 1975, *Rev. Arb.* 1976, p.24, obs. Ph. FOUCHARD. ; E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne, notion, convention... », préc., n° 27.

l'arbitre et du juge des référés. En effet, il existe un seul article en matière d'arbitrage dans le CPCCK qui crée les procédures de référé. À cet égard, l'article 173 alinéa 6 du CPCCK prévoit que « la convention d'arbitrage ne couvre pas les cas d'urgence sauf convention contraire des parties »⁷⁷⁴. Ainsi, puisqu'au Koweït les mesures provisoires ne peuvent être obtenues qu'en cas d'urgence la convention d'arbitrage ne couvre pas les demandes relatives à de telles mesures sauf convention contraire des parties.

Si parties ont bien précisé dans leur convention que l'arbitre dispose du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires, elles seront confrontées au même choix de compétence entre l'arbitre et le juge des référés, ce qui revient au final à la même solution qu'en droit français. Cependant, ce choix de compétence est organisé en France par l'article 1449 de manière quasi-expresse. Alors qu'au Koweït, cette solution est uniquement évoquée par la jurisprudence et la doctrine de manière implicite.

En ce sens, la Cour de cassation koweïtienne a jugé que, même s'il existe une convention d'arbitrage, cela n'empêche pas le juge des référés d'ordonner des mesures provisoires, étant donné que la convention d'arbitrage prive seulement le juge du fond de sa compétence⁷⁷⁵. La doctrine koweïtienne complète les règles d'organisation du choix de compétence entre l'arbitre et le juge des référés en considérant que le recours au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage sera possible tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué⁷⁷⁶. Or, la doctrine estime également que dans certains cas le juge des référés garde sa compétence même après la constitution du tribunal arbitral⁷⁷⁷, comme il sera expliqué ultérieurement.

297. Nous pensons que la logique exprimée à travers cette question du choix de compétence en droit koweïtien est assimilable à la logique établie en France par l'article 1449 du CPCF. Le recours au juge des référés en présence d'une clause d'arbitrage n'est pas considéré comme une renonciation à la convention d'arbitrage dans les deux États. Par conséquent, les parties à l'arbitrage en France et au Koweït ont la possibilité de saisir le juge

تنص الفقرة ٦ من المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي على انه "ولا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك".

⁷⁷⁵ Cass Civ. K., 19 décembre 1993, n°93/157.

⁷⁷⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op.cit.*, p.148 s. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.24. ; A. MOULLAH, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans l'arbitrage et leur rapport avec la justice étatique », *Le revue d'avocat*, Année 23, 1999, p.305. ; M. ALENZI, « Le pouvoir de tribunal sur la demande... », préc., p. 224 s. En ce sens v. également : A. BARAKAT, *le contentieux arbitral en droit égyptien et en droit comparé*, Dar Alnahdah, 1996, p.405 s.

⁷⁷⁷ S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.24. ; I. ABOALLAIL, « Les règles et les procédures de l'arbitrage conformément à la Chambre de Commerce Internationale », *Revue de droit*, Université du Koweït, Année 17, n° 1, 1993, p.78 s.

des référés pour obtenir une mesure provisoire tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué et conformément à des conditions spécifiques dans les deux États⁷⁷⁸.

298. Dans les deux États et en présence d'une convention d'arbitrage, si l'une des parties a la possibilité de choisir la compétence du juge des référés afin d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires, ce choix n'est pas laissé sans conditions. En ce sens, les droits français et koweïtien imposent des conditions pour la compétence du juge du provisoire.

2 : Les conditions spécifiques de la compétence du juge des référés en présence de la convention d'arbitrage

299. En présence d'une convention d'arbitrage, le droit français impose une condition fondamentale pour que le juge des référés soit compétent, la condition d'urgence. Le droit koweïtien impose également des conditions pour la compétence du juge des référés, comme l'urgence et le caractère provisoire de la demande de référé. Cependant, le droit koweïtien diffère du droit français puisqu'il impose ces conditions même en l'absence de convention d'arbitrage.

300. France, condition d'urgence. En droit français, si les parties à l'arbitrage ont besoin d'une mesures provisoires et/ou conservatoires mais que le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué, le juge des référés peut être compétent pour ordonner ces mesures mais à condition de l'existence d'une l'urgence⁷⁷⁹. En droit commun, « la condition d'urgence est naturelle pour les référés classiques où elle est posée, soit explicitement (v. art. 834 CPC), soit implicitement (v. art. 809 al. 1 CPC) »⁷⁸⁰. Ainsi, la caractérisation de l'urgence n'est pas toujours exigée pour la saisine du juge des référés, comme par exemple dans le cas de l'article 835 alinéa 1 relatif au référés spéciaux⁷⁸¹. Par exemple, lorsqu'il n'y pas de convention d'arbitrage, le juge des référés peut ordonner un référé-provision fondé sur l'article 835 alinéa 2 du CPCF sans que la condition de l'urgence ne soit remplie. Cependant, selon la jurisprudence

⁷⁷⁸ *Infra* : n° 312.

⁷⁷⁹ Nous pouvons, dans ce contexte, définir la condition d'urgence comme une situation très pressante qui exige l'intervention du juge étatique ou de l'arbitre. En ce sens : H. SALEH, *Le jugement provisoire...*, *op. cit.*, p.18. ; En ce sens : Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes ...op. cit.*, p.281.

⁷⁸⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.237.

⁷⁸¹ *Ibidem*.

et la doctrine françaises, lorsqu'il existe une convention d'arbitrage, l'urgence doit être **en principe** être démontrée pour obtenir **toutes** les mesures provisoires et/ou conservatoires du juge des référés.

301. S'agissant de la jurisprudence, la troisième chambre civile de la Cour de cassation française a jugé que « l'existence d'une clause compromissoire ne peut, en cas d'urgence constatée, faire échec à l'exercice des pouvoirs de la juridiction des référés »⁷⁸². De la même manière, la troisième chambre de la Haute juridiction a également considéré que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir reconnu au juge des référés d'ordonner, avant toute saisine de la juridiction compétente, les mesures d'instruction légalement admissibles, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont peut dépendre l'issue du litige, ou dès lors qu'est réservée la solution au fond du litige »⁷⁸³.

302. Concernant la doctrine en France, le professeur Éric LOQUIN estime qu'en cas de présence d'une convention d'arbitrage et en l'absence de constitution du tribunal arbitral, « la condition de l'urgence doit être satisfaite »⁷⁸⁴, pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires du juge des référés. Les professeurs Nicolas CAYROL et Jean-Baptiste RACINE, de la même manière, pensent que la compétence du juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage est toujours subordonnée à la condition de l'urgence⁷⁸⁵.

303. Référé-provision, fondement et conditions. Il apparaît selon la jurisprudence et la doctrine françaises que l'urgence est exigée, en présence d'une convention d'arbitrage, pour l'obtention de toutes les mesures provisoires et/ou conservatoires du juge des référés, y compris dans le cas du référé-provision. En effet, tel qu'il a déjà été démontré, cette condition n'est pas exigée en droit commun pour que le juge des référés ordonne le référé-provision conformément à l'article 835 du CPCF⁷⁸⁶. En revanche, s'il existe une convention d'arbitrage, l'urgence est

⁷⁸² Cass. Civ. 3^{ème}., 7 juin 1979, n° 78-10595, Bull. civ. III, n°113. En ce sens v. aussi un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation français, cité par : E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 17.

⁷⁸³ Cass, civ, 3^{ème}., 20 décembre 1982, *Rev. arb.*, 1986, p.236. ; À cet égard v. également : Cass. Civ. 1^{re}., 7 juillet 1979, *Rev. Arb.*, 1980, p.78, obs. P. COURTEAULT. ; TGI Seine, 24 novembre 1965, *RTD com.*, 1966, p.326, obs. M. BOITARD. ; Cass. com., 24 mars 1954, *Rev. arb.* 1955, p.95. ; Cass. com., 14 novembre 1959, *Gaz. pal.* 1960, 1, p.191.

⁷⁸⁴ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 17.

⁷⁸⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.237. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 112.

⁷⁸⁶ L'art. 809 al. 2 prévoit en l'espèce que « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

nécessaire pour la compétence de ce juge. Par conséquent, les questions qui se posent ici sont les suivantes : Pourquoi l'urgence est-elle nécessaire pour la compétence du juge des référés dans le cas d'un référé-provision ? Est-il possible de saisir le juge des référés après la constitution du tribunal arbitral pour obtenir un référé-provision ?

304. Concernant la première question, la jurisprudence française répond en justifiant la condition d'urgence « par le caractère exceptionnel de la compétence du juge des référés »⁷⁸⁷. En effet, la Cour de cassation française décide que « la compétence exceptionnelle reconnue au juge des référés, en présence d'une convention d'arbitrage, est soumise à la condition de l'urgence »⁷⁸⁸. Selon le professeur Éric LOQUIN, « la jurisprudence impose l'urgence comme le fondement de la compétence exceptionnelle du juge étatique malgré la convention d'arbitrage »⁷⁸⁹. Ainsi, selon la jurisprudence ou la doctrine en France, la condition d'urgence est exigée pour justifier la compétence exceptionnelle du juge des référés. Cette solution est logique puisque s'il existe une convention d'arbitrage, mais qu'il n'y a pas d'urgence à obtenir une provision, les parties peuvent attendre la constitution du tribunal arbitral ce qui est nécessairement conforme à leur volonté initiale de bénéficier d'un arbitrage.

S'agissant de la seconde question, la Cour suprême exige en plus de la condition d'urgence, que le tribunal arbitral ne soit pas constitué. En effet, elle décide également qu'« attendu que la demande de provision portée devant le juge des référés, alors que la procédure d'arbitrage était en cours, ne pouvait être assimilée à une simple mesure provisoire ou conservatoire prévue à l'article 8, § 5, du règlement d'arbitrage auquel les parties avaient donné leur adhésion »⁷⁹⁰. Ou encore dans un autre arrêt, elle a jugé que l'existence d'une convention d'arbitrage n'écarte pas la compétence du juge des référés d'ordonner une provision, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué⁷⁹¹.

Par conséquent, en présence de la clause d'arbitrage, le juge des référés est compétent pour ordonner une provision dès lors que l'urgence est démontrée et tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué.

⁷⁸⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 112.

⁷⁸⁸ Cass. Civ. 1^{re}., 26 octobre 2011, n° 10-17.708, Bull. civ. I, n° 175.

⁷⁸⁹ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 24.

⁷⁹⁰ Cass. Civ. 1^{re}., 14 mars 1984, *Rev. arb.*, 1985, p.69, obs. G. COUCHEZ.

⁷⁹¹ Cass. Civ. 1^{re}., 6 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990, p.633, obs. G. COUCHEZ. ; CA Paris, 5 mai 2004, *Rev. arb.*, 2006, p.751, obs. P. DUPREY.

305. Portée de l'urgence. La portée de la condition d'urgence n'est pas absolue. En présence d'une convention d'arbitrage, si la demande portée devant le juge des référés dans le cadre de l'article 145 du CPCF concerne une mesure d'instruction⁷⁹², la condition d'urgence ne doit pas nécessairement être caractérisée pour établir sa compétence⁷⁹³. En ce sens, la cour d'appel de Paris décide « qu'il n'y a pas lieu de retenir une renonciation par une partie à la clause d'arbitrage pour ne pas l'avoir invoquée lors d'une instance en référé, puisqu'il s'est agi d'un référé préventif fondé sur les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, ordonné avant toute saisine au fond, portant sur la seule réunion de preuves et que son existence n'a pas remis en cause l'exécution ultérieure d'une convention d'arbitrage »⁷⁹⁴. Ainsi, dans le cas d'un référé probatoire et en présence d'une convention d'arbitrage, la seule condition exigée pour saisir le juge des référés est l'absence de saisine des arbitres.

306. Koweït, conditions virtuelles. En droit koweïtien, il existe plusieurs conditions et non pas une seule condition fondamentale comme en France pour établir la compétence du juge des référés.

En premier lieu, pour éclairer la comparaison avec le droit français, il est nécessaire de rappeler le principe général qui existe en droit koweïtien concernant la compétence du juge des référés. En effet, il a déjà été expliqué que la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes exigent que deux conditions fondamentales soient remplies pour établir la compétence du juge des référés : le caractère provisoire de la demande en référé et l'urgence. Lesdites conditions sont toujours exigées, c'est-à-dire en présence ou en l'absence d'une convention d'arbitrage. Ainsi, la simple existence d'une convention d'arbitrage ne constitue pas un obstacle à la compétence du juge des référés koweïtien. Seule la constitution du tribunal arbitral ou l'absence de caractérisation des deux conditions exigées en droit commun, c'est à l'urgence et/ou le caractère de la demande, font obstacle à la compétence du juge des référés. Par conséquent, le recours au juge des référés koweïtien peut intervenir dans deux hypothèses. Dans la première hypothèse, selon la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes, le juge des référés est compétent lorsqu'il n'existe pas de convention d'arbitrage et que les conditions du caractère provisoire de la demande en référé et de l'urgence sont remplies⁷⁹⁵. Dans la seconde hypothèse alors qu'il existe

⁷⁹² L'art. 145 du CPCF prévoit que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

⁷⁹³ É. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 28 s. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.237. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 112 s.

⁷⁹⁴ CA Paris, 28 novembre 2007, n° 07/05780.

⁷⁹⁵ *Supra* : n° 148.

une convention d'arbitrage entre les parties et que les conditions du caractère provisoire de la demande et de l'urgence sont remplies, la jurisprudence et la doctrine koweïtienne considèrent qu'il est nécessaire d'ajouter une condition supplémentaire pour établir la compétence du juge des référés : l'absence de constitution du tribunal arbitral⁷⁹⁶.

307. Mesure d'instruction conditionnée au Koweït par l'existence de l'urgence et du caractère provisoire de la demande. Une autre interrogation existe concernant les mesures d'instruction en droit koweïtien par rapport au droit français. En droit commun français, il existe un type de référé nommé « référé probatoire »⁷⁹⁷ qui concerne les mesures d'instruction *in futurum*. Ce référé est prévu à l'article 145 du CPCF. Par exemple, si une mesure d'instruction a pour vocation à conserver une preuve qui peut être amenée à disparaître, cette mesure sera considérée comme une mesure *in futurum*. Le juge compétent dans cette hypothèse est « le président du tribunal susceptible de connaître de l'instance au fond ou celui du tribunal dans le ressort duquel les mesures d'instructions *in futurum* sollicitées doivent, même partiellement, être exécutées »⁷⁹⁸. Ces mesures sont organisées de manière rigoureuse en France, de l'article 143 à l'article 154 du CPCF. Par ailleurs, selon la jurisprudence et la doctrine françaises, pour que le juge étatique ordonne les mesures liées au référé probatoire, il faut réunir certaines conditions⁷⁹⁹. Cependant, l'urgence n'est pas l'une des conditions de référé probatoire⁸⁰⁰.

308. Pour recourir au juge des référés en cas de présence d'une convention d'arbitrage, comme nous avons vu⁸⁰¹, la condition de l'urgence ne doit pas nécessairement être remplie si l'on est dans le cas d'un référé probatoire. En effet, l'urgence est uniquement nécessaire pour l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires et non pas pour le référé probatoire, c'est-à-dire dans le cas de mesures d'instruction. Dans cette hypothèse spécifique, le juge compétent, c'est-à-dire le juge des référés, vérifie généralement que les conditions générales

⁷⁹⁶ S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.24.

⁷⁹⁷ A. BOLZE, *J. Cl. Civil*, Synt., « Mesures d'instruction », 2019, n° 18.

⁷⁹⁸ *Ibidem*.

⁷⁹⁹ Tous d'abord, la nécessité d'un motif légitime est en principe la première condition pour octroyer la mesure d'instruction. Ensuite, il ne doit pas exister de procès qui aurait déjà été engagé devant une autre juridiction. Par ailleurs, il convient de rapporter la preuve du motif légitime afin de faciliter le déroulement de l'affaire au fond puisque « l'intérêt de cette action préventive consiste ainsi à permettre un procès qui ne peut avoir lieu, faute de preuve ». Enfin, il faut que la mesure d'instruction demandée soit légalement admissible, c'est-à-dire qu'elle ne porte pas atteinte au « secret des affaires ». En ce sens : A. BOLZE, « Mesures d'instruction », préc., n° 18. ; Cass. Civ. 1^{re}., 28 mars 2018, n° 17-11.628, Bull. I, n° 59. ; Cass. Civ. 2^{ème}., 3 septembre 2015, n° 14-20.453, inédit. ; Cass. Civ. Sociale, 19 décembre 2012, n° 10 -20526, et 10-20528, Bull. Sociale, n° 341. ; Cass. Civ. 2^{ème}., 10 janvier 2013, *Gaz. pal.*, 2013, p.13, obs. J. GANETON. ; Cass. Civ. 2^{ème}., 10 janvier 2013, n° 12-12.375, inédit.

⁸⁰⁰ A. BOLZE, « Mesures d'instruction », préc., n° 23.

⁸⁰¹ *Supra* : n° 305.

pour mettre en œuvre ce référé sont remplies. Or, ces conditions ne sont pas nécessairement pas liées à la convention d'arbitrage⁸⁰². Ainsi, la compétence du juge des référés ne sera pas remise en question si les mesures demandées sont des mesures d'instruction encadrées par les dispositions de l'article 145 du CPCF et si elles sont demandées avant la constitution du tribunal arbitral.

309. Nous ne remarquons pas dans le droit koweïtien écrit de terme faisant référence à des mesures d'instruction équivalentes à celles encadrées par le CPCF. Cependant, en pratique, nous pouvons constater que le juge des référés koweïtien est confronté à des cas similaires à l'hypothèse d'un référé instruction tel que prévu par le droit français lorsqu'une partie a besoin de conserver une preuve qui peut être amenée à disparaître. Pour rappel, en droit commun koweïtien et au sens de l'article 31 du CPCF, le juge des référés a « une compétence exclusive »⁸⁰³ concernant le référé civil et commercial. La jurisprudence et la doctrine koweïtiennes exigent pour que ce juge soit compétent que les conditions du caractère provisoire de la demande et de l'urgence soient remplies⁸⁰⁴. Ainsi, lorsque des parties koweïtiennes sont confrontées à la nécessité de conserver des preuves susceptibles de disparaître le juge koweïtien devra s'interroger sur l'opportunité d'ordonner une mesure d'instruction de type conservatoire mais, à la différence du juge français, il raisonnera en s'appuyant sur le caractère provisoire de la demande et l'urgence. Par conséquent, le juge des référés koweïtien est compétent comme le juge des référés français pour ordonner une telle mesure de caractère conservatoire mais à condition seulement que les conditions de l'urgence et du caractère provisoire de la demande soient remplies⁸⁰⁵. En présence d'une convention d'arbitrage, et même avant la constitution du tribunal arbitral, selon la doctrine koweïtienne le juge des référés ne sera pas compétent pour ordonner ce type de mesure⁸⁰⁶ considérée au Koweït comme « provisoire », dès lors qu'elle réunit les deux conditions générales de compétence du juge des référés⁸⁰⁷.

310. Il apparaît, en France comme au Koweït, que l'arbitre et le juge des référés sont simultanément compétents pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires. Selon

⁸⁰² Le professeur Antoine BOLZE considère que « l'ouverture d'une information pénale ou d'une procédure arbitrale n'exclut pas la possibilité de solliciter une mesure d'instruction [du juge des référés] ». En ce sens : A. BOLZE, « Mesures d'instruction », préc., n° 20.

⁸⁰³ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.26 s.

⁸⁰⁴ *Supra* : n° 148.

⁸⁰⁵ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.399 s. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.47 s.

⁸⁰⁶ *Ibidem.* ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.23 s.

⁸⁰⁷ *Supra* : n° 148.

nous, les arbitres français et koweïtien sont théoriquement compétents même si en pratique il arrive que leur tribunal ne soit pas constitué. Ainsi, les juges des référés des deux pays sont également compétents pour ordonner lesdites mesures en fonction des besoins des parties. Or, chacun des deux États impose des conditions spécifiques pour établir la compétence du juge des référés, selon la nature de la mesure demandée et le moment de la demande. Avant la saisine de l'arbitre, l'arbitre et le juge des référés sont simultanément compétents dans les deux États alors que si la demande est présentée après la constitution du tribunal arbitral, le principe sera la compétence exclusive au profit de l'arbitre dans les deux États.

B : Le juge des référés ou l'arbitre isolément compétents

311. En droit français et koweïtien, les parties qui bénéficiaient initialement d'une option entre la compétence judiciaire et arbitrale n'ont plus de choix à leur disposition dès lors que le tribunal arbitral est constitué. Dans les deux États, les arbitres ont une compétence ayant un caractère exclusif (1). Toutefois, pour plusieurs raisons telles que définies par le législateur en France ou la doctrine au Koweït, même si le tribunal arbitral est constitué, le juge du provisoire peut exclusivement être compétent concernant certains référés conservatoires (2).

1 : Le caractère exclusif de la compétence du tribunal arbitral, présomption logique

312. En droit français et koweïtien, une fois que le tribunal arbitral est constitué, le juge des référés n'est pas en principe compétent pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires. Les arbitres français et koweïtiens ont à cet égard une compétence exclusive pour prononcer lesdites mesures.

313. France, avant et après la réforme du CPCF. Pendant longtemps en droit français, il a été considéré que le juge des référés et l'arbitre avaient des compétences coexistantes même si les procédures arbitrales se déroulent après la constitution du tribunal arbitral. En l'espèce, le tribunal de grande instance de Paris a jugé en 1982 que les parties à l'arbitrage peuvent s'adresser au juge des référés si elles estiment que ce juge peut prendre des mesures

conservatoires d'une manière plus efficace que l'arbitre⁸⁰⁸. La Cour de cassation française a par ailleurs décidé en 1989, que le juge des référés « reste compétent, même en présence d'une difficulté sérieuse, telle l'existence d'une procédure d'arbitrage, pour ordonner une mesure conservatoire »⁸⁰⁹. Cependant, le 6 décembre 2005, la première chambre de la Cour de cassation est revenue sur ce principe en jugeant que « la clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, la faculté de saisir le juge des référés aux fins de mesures provisoires ou conservatoires »⁸¹⁰. Par la suite, le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011, a adopté cette solution jurisprudentielle. L'article 1449 du CPCF prévoit désormais que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ».

La doctrine française est aujourd'hui en accord avec la solution établie par l'article 1449 du CPCF. Selon la doctrine, une fois que le tribunal arbitral est constitué il bénéficie, en principe, d'une compétence exclusive concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires⁸¹¹. À cet égard, le professeur Éric LOQUIN estime de son côté que cette solution a finalement mis « fin définitivement à de vieilles querelles doctrinales » qui existaient avant la consécration textuelle de la solution jurisprudentielle⁸¹².

314. Koweït, silence législatif et jurisprudentiel. En droit koweïtien, la solution est similaire à la solution établie par l'article 1449 du CPCF. Selon l'article 173 alinéa 6 du CPCK, la convention d'arbitrage ne prévoit pas en elle-même le cas de l'urgence sauf convention contraire des parties. Par conséquent, si les parties établissent entre elles une convention prévoyant que l'arbitre peut ordonner toutes mesures provisoires et/ou conservatoires, cet arbitre aura ainsi une compétence exclusive après la constitution du tribunal arbitral. Néanmoins, cette compétence exclusive au profit de l'arbitre koweïtien n'est pas expressément

⁸⁰⁸ TGI. Paris, 10 juin 1982, *Rev. arb.*, 1983, p.182.

⁸⁰⁹ Cass. Civ. 1^{re}., 1 février 1989, n°86-15.288, inédit.

⁸¹⁰ Cass. Civ. 1^{re}., 6 décembre 2005, n° 03-16.572, Bull. civ. I, n°463, p.391.

⁸¹¹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 116 s. ; E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 19. ; Du même auteur, « Arbitrage en droit interne, notion, convention d'arbitrage, compétence », préc. ; Ph. FOUCHARD, *J. Cl. Civil*, Fasc. 586-7-1, « Arbitrage commercial international, tribunal arbitral, constitution du tribunal arbitral, droit commun », 1991, n° 4 s. ; J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunaux du commerce... », préc., n° 81 s. ; Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 10, « Arbitrage commercial... », préc., n° 75 s. ; Du même auteur, B. Le BARS, *J. Cl. Civil*, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », 2014, n° 84 s. ; C. NOURISSAT, « Le nouveau droit français de l'arbitrage », préc. ; D. BENSUAUDE, « Compétence du juge des référés et date de constitution du tribunal », *Gaz. pal.*, 2013, n°008. ; À cet égard v. également : G. CHABOT, « Arbitrage et mesures d'instruction *in futurum* », LPA, 2006, p.18.

⁸¹² E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 18.

codifiée jusqu'à nos jours par le CPOK et contrairement au droit français dans son l'article 1449 du CPCF. Par ailleurs, il n'existe pas, à notre connaissance, des arrêts établissant la compétence exclusive des arbitres après leur saisine⁸¹³. En effet, la question du fondement de la compétence exclusive de l'arbitre est uniquement abordée par la doctrine koweïtienne. Ainsi, la doctrine koweïtienne considère qu'après la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre disposera d'une compétence exclusive concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires⁸¹⁴, sauf dans certains cas exceptionnels définis par le CPOK⁸¹⁵.

315. Convention éliminatoire de la compétence de juge des référés. En droits français et koweïtien, si les arbitres bénéficient d'une compétence exclusive après leur saisine, la question qui se pose est celle de savoir si les parties à l'arbitrage ont la faculté d'éliminer la compétence du juge des référés par une convention. Dit en d'autres termes, la convention d'arbitrage peut prévoir une disposition contraire au principe général de la compétence du juge des référés, à savoir une clause qui le priverait de sa compétence. Dans cette hypothèse, un conflit peut naître entre le juge des référés et l'arbitre. Que vaut alors une telle stipulation ?

Aux yeux du droit français, la compétence du juge du provisoire étant d'ordre public⁸¹⁶, la volonté des parties sera incapable de l'écarter. Néanmoins, la Cour de cassation a démenti ce principe en décidant que « le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires ne pouvait être écarté que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation »⁸¹⁷.

A contrario, selon la doctrine koweïtienne, il faut déduire de l'article 173 du CPOK que la compétence de l'arbitre n'est qu'une exception à la compétence principale qui est celle du juge des référés. Par conséquent, les parties ne peuvent pas écarter la compétence du juge des référés étant entendu d'une part, que la compétence de l'arbitre n'est qu'une dérogation aux règles fondamentales de la compétence du juge des référés, et d'autre part, qu'il faut assurer une certaine stabilité. En effet, concernant cette question de la stabilité, il est considéré en droit

⁸¹³ Comme susmentionné dans notre introduction, il n'existe pas au Koweït de base de données juridiques répertoriant les décisions rendues par les tribunaux ou les articles de la doctrine. Ainsi, il n'est pas possible de savoir si la jurisprudence donne à l'arbitre une compétence exclusive ou non.

⁸¹⁴ M. ALENZI, « Le pouvoir de tribunal sur la demande... », préc., p.264. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op.cit.*, p.153 s. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.34. ; A. MOULLAH, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans l'arbitrage et leur...», préc. ; A. BARAKAT, *le contentieux arbitral en droit égyptien...op. cit.*

⁸¹⁵ En ce sens, il s'agit par exemple de la compétence de juge étatique concernant les ordonnances sur requêtes, conformément à l'art. 163 du CPOK.

⁸¹⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 13.

⁸¹⁷ Cass F., Civ 1^{ère}, 18 novembre 1976, n° 85-11.324, Bull. civ. I. n°269.

koweïtien que la compétence principale du juge des référés est indispensable pour éviter certaines difficultés auxquelles les arbitres peuvent être confrontés notamment au moment de la constitution du tribunal arbitral ou dans le cas de l'extrême urgence⁸¹⁸.

316. Concernant la compétence exclusive de l'arbitre en règle générale, il apparaît donc que les mêmes solutions existent en France et au Koweït. Les arbitres ont une compétence exclusive si l'instance arbitrale a débuté. Toutefois, nous pouvons clairement voir que cette solution qui permet d'éviter le conflit entre les compétences judiciaire et arbitrale est codifiée uniquement pas le droit français. Mais la compétence arbitrale, dans les deux États, n'est pas absolue.

2 : Les exceptions de la compétence exclusive de l'arbitre, présomption préventive

317. « La possibilité de recourir en référé au juge étatique lorsque le tribunal arbitral est constitué doit être admise dans son principe, car on ne peut exclure de rencontrer des hypothèses dans lesquelles le tribunal arbitral, même saisi et même muni des pouvoirs qui sont les siens, n'est pas en position d'ordonner efficacement la mesure nécessaire souhaitée »⁸¹⁹. Dans un article de 2011, écrit postérieurement à l'adoption du décret du 13 janvier de cette même année, les professeurs JARROSSON et PELLERIN ont ainsi exprimé que la compétence arbitrale exclusive doit nécessairement être soumise à des exceptions au profit de la compétence judiciaire par mesure de sécurité dans un souci d'efficacité de la justice.

318. Considérations de la compétence du juge des référés en cours d'instance arbitrale. En France et au Koweït, il existe plusieurs cas dans lesquels le juge des référés sera compétent avant et **même après** la constitution du tribunal arbitral pour ordonner certaines mesures provisoires et/ou conservatoires. À titre d'exemple, nous pouvons évoquer trois considérations qui justifient la compétence du juge des référés français ou koweïtien même après la constitution du tribunal arbitral. Premièrement, les textes législatifs confèrent au juge des référés une compétence exclusive pour ordonner certaines mesures spécifiques, la

⁸¹⁸ S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.34 ; M. ALENZI, préc.

⁸¹⁹ Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. Arb.*, 2011, p.16.

compétence exclusive du juge des référés découle alors de la nature de la mesure à ordonner. Deuxièmement, *l'imperium*⁸²⁰ des arbitres français et koweïtiens n'est pas, en principe, équivalent à *l'imperium* des juges étatiques. Finalement, les procédures non contradictoires ne peuvent donner lieu à la compétence de l'arbitre dans les deux États. Ainsi, ces trois considérations permettent de conclure qu'il peut bien exister une compétence au profit des juges des référés français et koweïtien même après la constitution du tribunal arbitral.

319. Saisie conservatoire et sûreté judiciaire. Après la saisine de l'arbitre, lorsque le juge des référés français est compétent, cette compétence est contrôlée d'une manière plus rigoureuse qu'en droit koweïtien.

320. En droit français et selon la lettre de l'article 1468 du CPCF, le tribunal arbitral est en droit d'ordonner toute mesure provisoire et/ou conservatoire. Toutefois, cet article prévoit également, d'une manière expresse, que « la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires ». En l'espèce, si l'une des parties à l'arbitrage a besoin d'obtenir ces types de mesures, elle doit porter sa demande devant le président du tribunal judiciaire, en tant que « juge d'appui »⁸²¹, conformément à l'article 1449 du CPCF. Par conséquent, si la constitution du tribunal arbitral prive souvent le juge étatique de sa compétence pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires, ce dernier bénéficie d'une compétence exclusive et expresse pour ces deux types de mesures. Le professeur Jean-Baptiste RACINE, considère de son côté que si le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 renforce les pouvoirs de l'arbitre français, il « n'est pas allé jusqu'à lui attribuer le pouvoir de statuer sur une saisie conservatoire et sûreté judiciaire »⁸²².

321. En droit koweïtien, il n'existe pas dans le CPCCK un article tel que l'article 1468 du CPCF. En effet, le CPCCK n'organise pas comme en droit français le conflit qui peut exister entre les compétences judiciaire et arbitrale, il se contente en effet simplement de cadrer le conflit qui peut survenir entre le juge du fond et l'arbitre conformément à l'article 173 alinéa

⁸²⁰ *L'imperium* peut se définir en droit français et koweïtien comme étant « le pouvoir de contrainte qu'exerce le juge par délégation de l'État ». En ce sens : Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p.245. ; E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne... », préc., n° 2. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.502. ; M. ALENZI, préc.

⁸²¹ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 17.

⁸²² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.239. En ce sens : J-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, 2002, p.553 s. ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention du juge étatique, mesure provisoire et conservatoire », 2014, n°25.

6⁸²³. En l'espèce, les procédures des référés devant l'arbitre sont organisées mais de manière très succincte dans le même article à l'alinéa 6. Cet alinéa prévoit uniquement que « la convention d'arbitrage ne vise pas les cas d'urgence sauf convention contraire des parties ». Ainsi, il n'existe pas, pour le moment, d'interdiction faite à l'arbitre koweïtien d'ordonner toute mesure provisoire et conservatoire, y compris l'hypothèse d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire. Or, l'article 224 alinéa 1 du CPCK prévoit que « si le créancier n'a pas un titre exécutoire ou si le montant de la créance n'est pas précisé, la saisie conservatoire ne peut être prononcée que par le juge des référés, il prononce la saisie conservatoire, en précisant provisoirement le montant de créance par une ordonnance sur requête »⁸²⁴.

À cet égard, la jurisprudence koweïtienne est, à notre connaissance, silencieuse concernant le pouvoir de l'arbitre d'ordonner la saisie conservatoire ou la sûreté judiciaire. Cependant, la doctrine koweïtienne affirme effectivement que la saisie conservatoire et la sûreté judiciaire ne pourront être prononcées que par le juge des référés ou par le président de l'instance qui tranche le fond de l'affaire⁸²⁵. Ces derniers juges ont une compétence exclusive concernant la saisie conservatoire et la sûreté judiciaire puisqu'ils disposent clairement du pouvoir coercitif, c'est-à-dire l'*imperium*⁸²⁶.

322. Mesures provisoires non-contradictaires. En France, lorsqu'une partie demande à ce que soit prononcée une mesure provisoire de manière non-contradictaire, la constitution du tribunal arbitral ne peut pas, comme dans les autres cas évoqués précédemment, empêcher la compétence du juge des référés. En effet, l'article 812 du CPCF confère aux présidents du tribunal de grand instance et de commerce, en tant que juges des requêtes, une compétence exclusive afin d'« ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». À cet égard, la doctrine en France justifie ici la compétence exclusive du juge des référés en disant que l'ordonnance sur requête relève de l'*imperium* du juge de l'État⁸²⁷. Par conséquent, comme l'arbitre n'a pas l'*imperium*, il n'est donc pas autorisé à prononcer des mesures non-contradictaires⁸²⁸.

⁸²³ L'art.173 alinéa 5 du CPCK prévoit que « les tribunaux étatiques ne sont pas compétents pour traiter les litiges soumis à l'arbitrage [...] ».

⁸²⁴ المادة ٢٢٤ فقرة ١ من قانون المرافعات الكويتي تنص على انه "إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي، او كان دينه غير معين المقدار فلا يجوز الحجز إلا بأمر من قاضي الأمور الوقتية يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً وذلك بناء على عريضة مسببة".

⁸²⁵ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. I, *op cit.*, p.275. ; M. ALENZI, préc. ; En ce sens v. aussi l'art. 22 du CPCK.

⁸²⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.502.

⁸²⁷ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, 20^{ème} éd., 1981, n° 149.

⁸²⁸ E. LOQUIN, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 31.

De la même manière qu'en France, le législateur koweïtien confère au juge étatique une compétence exclusive concernant les mesures provisoires et conservatoires qui seront ordonnées dans le cadre d'un débat non-contradictoire. Conformément à l'article 163 alinéa 1 du CPCK, « la loi permet d'obtenir une ordonnance sur requête par une demande présentée, soit devant le juge des requêtes, soit devant le président de la formation collégiale qui tranchera le fond de l'affaire [...] »⁸²⁹.

En ce sens, la doctrine koweïtienne affirme, comme la doctrine française, que les mesures provisoires et conservatoires qui sont ordonnées dans un débat non-contradictoire, seront ordonnées uniquement par le juge étatique grâce à son *imperium* et malgré la constitution du tribunal arbitral⁸³⁰.

Par conséquent, en France et au Koweït, le tribunal arbitral, qu'il soit déjà constitué ou non, n'empêche pas que la compétence d'un juge étatique tel que juge des requêtes soit caractérisée afin qu'il puisse ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires non-contradictaires. C'est la raison pour laquelle, l'on dit que le tribunal arbitral qui est déjà constitué a une compétence de caractère exclusif et non pas une compétence exclusive. Ainsi, dans certains cas comme celui de l'ordonnance sur requête, la compétence du juge étatique en matière de référé ne sera pas influencée par la présence ou l'absence d'une convention d'arbitrage.

تنص المادة ١٦٣ فقرة ١ من قانون المرافعات الكويتي على انه " في الأحوال التي يجيز فيها القانون استصدار أمر على عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنتظر الدعوى (...)." .

⁸³⁰ S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.34. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.188 s. ; M. ALENZI, préc.

323. Conclusion de Titre I. En droits français et koweïtien, la question de la compétence du juge des référés et de l'arbitre permet de s'attacher à encadrer les différentes règles qui permettent d'articuler les compétences respectives de ces deux juges. Les juge des référés dans les deux États sont totalement soumis à un ensemble de règles préexistantes établies par les législateurs, comme les règles relatives à la compétence d'attribution et la compétence territoriale. De leur côté, les arbitres sont soumis à des règles spécifiques dépendant non pas de la seule volonté des législateurs mais également de la volonté des parties au litige. Selon nous, que ce soit le juge des référés ou bien l'arbitre qui soit désigné compétent en fonction des règles régissant les compétences respectives de ces juges, les parties bénéficieront d'avantages et pâtiront d'inconvénients dans tous les cas. Ainsi, il n'y a pas de solution plus favorable pour les parties, chacune des deux branches de l'option de compétence amènera son lot de règles complexes et parfois particulièrement contraignantes à respecter.

Titre II : Une différence quant à l'étendue des pouvoirs

324. Les pouvoirs largement définis du juge, comparés aux pouvoirs définis de manière succincte de l'arbitre. Aux yeux des droits français et koweïtien, le juge des référés bénéficie de pouvoirs largement définis, dont la construction logique est rigoureuse et claire, alors que l'arbitre bénéficie, lui, de pouvoirs définis d'une manière assez « floue » pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires. Lorsque l'on dit que le juge et l'arbitre ont des pouvoirs dont l'étendue de la définition est large pour l'un et succincte pour l'autre, cette différence ne concerne pas les différentes catégories des référés présentés par le CPCF⁸³¹. Il s'agit plutôt ici d'une question globale d'organisation des pouvoirs des juges et des arbitres français et koweïtiens amenés à prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires. En résumé, les pouvoirs des juges des référés français et koweïtien sont organisés rigoureusement au sein des CPC français et koweïtien⁸³². Au contraire, les pouvoirs des arbitres français et koweïtien ne sont pas organisés d'une manière aussi précise que ceux des juges étatiques.

325. La notion de pouvoir, une notion complexe. En droits français et koweïtien, la notion de pouvoir est une notion très large et ambiguë. Elle peut être confondue, même par des spécialistes comme les magistrats, avec d'autres notions telles que la recevabilité, la compétence, la saisine ou l'*imperium*⁸³³. Comme le dit Monsieur Pierre ESTOUP, « la question est obscurcie par la terminologie employée par maints auteurs et surtout par certains magistrats des référés, qui confondent les notions de compétence, de recevabilité et de pouvoirs, et se déclarent incompétents dès lors qu'ils rejettent une demande »⁸³⁴. En l'espèce, Gérard CORNU pense de son côté qu'il n'existe pas de réelle définition pour la notion de pouvoir juridictionnel⁸³⁵. De plus, le pouvoir juridictionnel est défini mais d'une manière négative par certains français comme : « le pouvoir est ce que n'est pas la compétence »⁸³⁶. Par ailleurs, le professeur Nicolas CAYROL estime, et c'est ce que nous remarquons également, que le

⁸³¹ V. les arts. 834 et 809 du CPCF. En ce sens : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 301 s. ; Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*

⁸³² Par exemple, v. les arts. 480, 484, 834, et 835 du CPCF, et les arts. 31, 32, 33 et 34 du CPCCK.

⁸³³ Il convient de relever que la doctrine koweïtienne reprend la définition française. L'*imperium* peut se définir en droit français et koweïtien comme étant « le pouvoir de contrainte qu'exerce le juge par délégation de l'État ». En ce sens v. : Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 245. ; E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne... », préc., n° 2. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.502. M. ALENZI, préc.

⁸³⁴ P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, 2^{ème} éd., 1998, Litec, p.33.

⁸³⁵ G. CORNU, *Les définitions dans la loi*, Mélanges dédiés à J. VINCENT, Dalloz, 1981.

⁸³⁶ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 304.

pouvoir juridictionnel « est une notion ouverte, susceptible de renvoyer *a priori* à absolument tout ce qui touche à l'activité du juge »⁸³⁷.

326. Objectif. En matière judiciaire, en France et au Koweït, il existe plusieurs conditions permettant de caractériser le pouvoir juridictionnel pour pouvoir permettre au juge de rendre des décisions. La question du pouvoir juridictionnel peut inclure les modalités de la saisine du juge des référés, les conditions de chaque type des référés ou les conditions de recevabilité des demandes en référé⁸³⁸. De même, en matière d'arbitrage, il existe plusieurs conditions pour caractériser le pouvoir de l'arbitre qui, si elles sont remplies, vont lui permettre d'octroyer des mesures provisoires et/ou conservatoires, de prononcer des astreintes ou même d'exécuter des décisions arbitrales.

Cependant, afin d'éviter l'ambiguïté entourant la notion de pouvoir juridictionnel dans le domaine du droit commun et du droit de l'arbitrage, l'objectif dans ce titre réside simplement dans la nécessité de démontrer les conditions selon lesquelles les juges des référés et les arbitres français et koweïtiens vont pouvoir octroyer des mesures provisoires et/ou conservatoires. Par conséquent, nous expliquerons d'abord les conditions de la saisine du juge des référés pour caractériser le pouvoir juridictionnel de celui-ci, ce pouvoir lui permettant de prononcer les mesures provisoires et/ou conservatoires en fonction de chaque voie de référé (**Chapitre I**). Ensuite, nous aborderons les conditions d'octroi de ces mesures aux parties par l'arbitre (**Chapitre II**).

⁸³⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 302.

⁸³⁸ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.194 s.

Chapitre I : Un pouvoir issu des conditions de saisine du juge

327. « Le moyen de défense par lequel on conteste la saisine du juge, obéit au même régime juridique que les fins de non-recevoir par lesquelles on conteste le droit d'agir »⁸³⁹.

328. L'exclusion des conditions de recevabilité de l'action en référé. La Cour de cassation française considère qu'il est nécessaire de ne pas confondre les conditions de recevabilité d'une demande en référé avec celles de la saisine du juge des référés. En général et peu importe que l'on fasse référence au droit français ou koweïtien, les conditions de recevabilité d'une demande en référé, qui sont également nommées conditions de « recevabilité de l'action en référé »⁸⁴⁰, sont différentes des conditions de la saisine du juge des référés. Les conditions de recevabilité de l'action en référé comportent par exemple la nécessité de l'existence de l'intérêt et de la qualité à agir, ou la nécessité de la saisine du juge des référés au bon moment⁸⁴¹. Alors que les conditions de la saisine du juge des référés renvoient aux différentes modalités de la saisine du juge des référés qui ont leurs propres critères. En effet, comme nous l'avons déjà démontré, notre objectif dans ce titre est d'expliquer les critères selon lesquels le juge des référés et l'arbitre peuvent simplement octroyer des mesures provisoires et/ou conservatoires au profit des parties. Cependant, les justices étatiques française et koweïtienne bénéficient d'une nature judiciaire pure très différente du système arbitral composé dans les deux États d'une nature à la fois juridictionnelle et conventionnelle⁸⁴². Ainsi, les conditions de recevabilité de l'action en référé seront délaissées au profit des conditions de la saisine du juge des référés, car nous traiterons ces dernières indirectement dans la seconde partie de la recherche.

329. La notion de saisine. La notion de saisine du juge étatique est définie comme « l'intelligence du litige par le juge »⁸⁴³. À propos de cette notion, il faut noter que la saisine du juge n'est pas un acte juridique, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une demande en justice mais seulement une conséquence de cette demande. C'est la raison pour laquelle le professeur Nicolas CAYROL estime qu'il est nécessaire de distinguer « l'acte lui-même [la demande] et

⁸³⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, RTD civ., 2017, p. 728. obs. N. CAYROL.

⁸⁴⁰ N. CAYROL, « La saisine du juge », in *Mél. De code en code*, dédié à G. WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p.99.

⁸⁴¹ Pour v. les conditions de recevabilité de la demande en justice concernant le juge des référés français et koweïtien v. en ce sens : A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.194 s.

⁸⁴² Ch. JARROSSON, « L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage », *Procédures*, 2012.

⁸⁴³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 305. ; du même auteur, « La saisine du juge des référés », préc.

les conséquences de celui-ci »⁸⁴⁴. De plus, la saisine n'est considérée ni comme l'action en justice ni comme la compétence du juge étatique⁸⁴⁵. Concernant l'action en justice, elle concerne la recevabilité des prétentions des parties, alors que la notion de saisine intervient au moment de la compréhension de ces prétentions⁸⁴⁶. S'agissant de la compétence et de la saisine, la compétence est la faculté d'une juridiction à connaître un litige, mais la saisine est la manière selon laquelle cette « juridiction devra en connaître »⁸⁴⁷. Selon la définition de la saisine, la compréhension d'un litige par un juge n'est pas laissée à ce juge lui-même. Il existe des conditions qui créent des limites au pouvoir que le juge des référés pourrait avoir pour connaître du litige. Ainsi, selon le professeur CAYROL, la définition de l'intelligence du litige par le juge signifie : « avoir conscience des limites »⁸⁴⁸.

330. Conformément à la notion de saisine qui est définie uniquement par la doctrine française, et qui englobe les conditions soumises au juge des référés pour connaître un litige, nous démontrerons d'abord qu'il existe une condition de la saisine du juge des référés liée à sa fonction provisoire (**Section 1**) pour ensuite analyser les conditions liées à chaque type des référés (**Section 2**).

Section 1 : La condition de la saisine du juge des référés liée à sa fonction provisoire

331. En France et au Koweït, il peut en théorie sembler simple de saisir le juge des référés pour obtenir uniquement des mesures provisoires. Mais, les juges confrontés à ce type de demande peuvent être confrontés en pratique à différents problèmes. Ces problèmes pratiques font référence à plusieurs questions : quelle est la signification de la notion de principal, comment être certain que le principal n'est pas en réalité traité par le juge ? Que signifie la notion de préjudice au principal et comment être certain que le juge ne donne pas, même malgré lui, lieu à un tel préjudice ? toutes ces problématiques conduisent en droits français et koweïtien à s'intéresser à la condition de **l'absence de saisine au principal**. Cette

⁸⁴⁴ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 306.

⁸⁴⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, 33^{ème} éd., p.603. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 307.

⁸⁴⁶ J.-M. DESPAQUIS, *J. Cl. Civil*, synt. « Action en justice », 2019. ; Y. LOBIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 500-90, « Action en justice, Classification des actions en justice », 2016. ; Y. DESDEVISE, *J. Cl. Civil*, Fasc. 500-60, « Action en justice, Généralités », 2019. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 307.

⁸⁴⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 308. ; Du même auteur, *Droit de l'exécution*, 2013, coll. Précis Domat, LGDJ, n° 599.

⁸⁴⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 312.

condition est ici une condition unique pour la saisine du juge des référés, qui est liée à sa fonction en tant que juge du provisoire (§1). Par ailleurs, l'absence de saisine au principal sera assurée dans les deux États par l'absence de préjudice au principal (§2).

§1 : La nécessité de l'absence de saisine au principal

332. En droits français et koweïtien, l'absence de saisine du juge des référés au principal est une condition générale pour le prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires par le juge des référés. La nature de cette condition diffère en droit français et en droit koweïtien. En France, l'absence de saisine du juge des référés au principal est une condition qui concerne le pouvoir de ce juge tel que nous l'avons déjà vu⁸⁴⁹. Au Koweït, elle est, selon la jurisprudence et la doctrine, une condition qui concerne la compétence du juge des référés tel que nous l'avons déjà vu également⁸⁵⁰. Cependant, alors que nous avons déjà abordé cette controverse, en apportant la preuve que l'absence de saisine est une condition qui concerne le pouvoir du juge étatique, nous traiterons spécifiquement ici d'une part de la notion de principal en tant que condition de saisine du juge des référés (A) et, d'autre part, du mécanisme par lequel cette condition sera remplie (B).

A : La notion du principal

333. En France et au Koweït, les juges des référés occupent la même fonction judiciaire, c'est-à-dire qu'ils ne traitent jamais le principal. Le principal que l'on peut également qualifier de fond, relève clairement du pouvoir juridictionnel du juge du fond, ce qui est expliqué par les CPC français et koweïtien dans l'encadrement qui est fait des procédures de référés. La jurisprudence et la doctrine française expliquent, d'un côté, clairement la signification de la notion de principal, alors que d'un autre côté, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes sont davantage succinctes sur la question. Ainsi, si le juge des référés dans les deux États ne peut ordonner que les mesures provisoires et/ou conservatoires qui ne sont pas liées au fond du litige,

⁸⁴⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 317 s. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.194 s.

⁸⁵⁰ *Supra* : n° 148.

nous pouvons nous interroger sur la signification du rapport que le juge des référés entretient avec le principal.

334. Des textes législatifs distincts sur la forme mais similaires sur le fond. Les juge des référés français et koweïtien rendent simplement des mesures provisoires et/ou conservatoires qui ne préjugent pas l'affaire au fond. En France, l'article 484 du CPCF prévoit que le juge des référés est un juge qui n'est pas saisi au principal⁸⁵¹. De même, au Koweït, l'article 31 du CPCK prévoit qu'il sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans porter préjudice au principal⁸⁵². Concernant la notion de principal, la différence existant dans les CPC français et koweïtien réside en réalité dans l'utilisation des termes juridiques et plus spécifiquement dans la manière, positive ou négative, de cadrer le pouvoir du juge des référés. En effet, dans le CPCF il est précisé que le juge des référés « n'est pas saisi au principal » alors que dans le CPCK, il est plutôt spécifié que le juge des référés « est saisi sans qu'il ne préjuge au principal ». Dans les deux cas, que la manière de cadrer le pouvoir du juge des référés soit positive ou négative, au final, le juge des référés, en France comme au Koweït n'a pas le pouvoir juridictionnel de trancher le principal. Il apparait donc que les deux États ont un point commun en ce qu'ils attribuent au juge du fond le pouvoir juridictionnel et exclusif de trancher le principal.

335. Le principal, une notion polysémique. En droit français, il existe à l'article 480 du CPCF une définition de la notion de principal. Ledit article prévoit que « le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4 ». Alors que l'article 4 du même code prévoit que le principal réside dans « les prétentions respectives des parties »⁸⁵³. Cependant, selon une partie de la doctrine française, cette définition ne peut pas être utilisée dans toutes les procédures des référés⁸⁵⁴ alors que l'article 480 du CPCF définit le principal au regard des jugements tranchant le litige ou au moins une partie du litige⁸⁵⁵. Par exemple, selon le professeur Nicolas CAYROL « transposer cette définition à l'article 484 impliquerait que le

⁸⁵¹ L'article 484 du CPCF prévoit que « l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à *un juge qui n'est pas saisi du principal* le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

⁸⁵² L'art. 31 du CPCK prévoit qu' « [il] sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal ».

⁸⁵³ L'art. 4 du CPCF prévoit que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

⁸⁵⁴ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 276.

⁸⁵⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, 33^{ème} éd., p.602 s.

juge des référés ignore les prétentions respectives des parties et statue uniquement sur ce qui ne lui est pas demandé, ce qui est absurde »⁸⁵⁶. C'est la raison pour laquelle il estime que la notion de principal est une notion « polysémique »⁸⁵⁷.

336. En droit koweïtien, le législateur n'évoque malheureusement pas la notion de principal comme le fait le législateur français. La doctrine koweïtienne ne donne également pas de définition pour cette notion. Cependant, elle interprète le principal selon les différentes demandes présentées devant chaque juge étatique⁸⁵⁸. La doctrine koweïtienne définit d'une manière négative les demandes principales en considérant qu'elles recouvrent ce qui n'est pas considéré comme une demande provisoire⁸⁵⁹. Au Koweït, les demandes principales sont par exemple la confirmation d'une propriété, la décision condamnant une partie à verser à l'autre des dommages et intérêts ou encore la décision d'annulation d'un acte ou d'un contrat⁸⁶⁰. Selon nous, la doctrine koweïtienne estime que le sens fondamental de la notion de principal apparaît uniquement au regard de la nature ou de l'objet de la demande qui sera présentée devant le juge du fond et/ou devant le juge des référés. Ainsi, même s'il n'existe pas au Koweït un texte similaire à l'article 480 du CPCF, nous pouvons considérer que la notion de principal prévue à l'article 31 du CPCF est également une notion polysémique.

337. Le principal, synonyme du fond du litige. Dans le cadre des référés français et koweïtiens, la notion de principal est généralement utilisée comme un synonyme de la notion de fond ou de litige au fond⁸⁶¹. A cet égard, la Cour de cassation française, à la différence de la Cour de cassation koweïtienne, interprète la notion de principal existant à l'article 484 du CPCF en considérant que dès lors qu'il est question du principal le juge des référés est obligé à ne pas trancher l'affaire au fond⁸⁶². Concernant l'interprétation de la notion de principal existant à l'article 31 du CPCF, la Cour de cassation koweïtienne reste à notre connaissance silencieuse.

338. Critères pour déterminer le principal ou le fond du litige. La question qui doit être posée par rapport à la notion de principal est celle de savoir s'il y a un critère établi par les doctrines française ou koweïtienne pour déterminer ce qui relève du fond de l'affaire. La

⁸⁵⁶ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 319.

⁸⁵⁷ *Ibidem*.

⁸⁵⁸ En ce sens v. : A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.276 s. ; M. ALENZI, préc.

⁸⁵⁹ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.415.

⁸⁶⁰ *Ibidem*.

⁸⁶¹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 322.

⁸⁶² Cass. Com., 6 mars 1985, Bull. n° 91, *Gaz. pal.* 1985. 2. Pan. 206, obs. S. GUINCHARD, T. MOUSSA.

réponse à cette question est explicitement apportée en France mais reste implicite au Koweït. Ainsi, d'un côté, la doctrine en France met expressément en place des critères que le juge des référés doit suivre pour déterminer ce qui relève du principal⁸⁶³. D'un autre côté, la doctrine koweïtienne encadre la notion de principal uniquement en fonction des différents objets de la demande sans donner plus de détail. Cependant, au final et comme le prévoit expressément la doctrine en France, le juge des référés, que l'on soit en France ou au Koweït, doit éviter de trancher les questions relatives à la validité, la nullité, l'interprétation des actes juridiques, le statut des personnes et le statut des biens, car elles sont considérées comme relevant du principal.

339. Validité et nullité des actes juridiques. S'agissant des litiges concernant la validité et la nullité des actes juridiques, ils excèdent absolument la saisine du juge des référés français⁸⁶⁴. En effet, l'annulation d'un acte juridique a des conséquences plus graves que sa validation. Sur ce point, le professeur Jacques NORMAND estime qu'annuler un acte « est procéd[er] à une affirmation de droits, c'est trancher le fond. Or, l'office du juge des référés n'est point de dire, même à titre provisoire, même lorsqu'il n'est pas sérieusement contestable, le droit du cas litigieux »⁸⁶⁵. De plus, l'annulation d'un acte n'est pas le seul cas dans lequel la saisine du juge des référés est exclue. Par exemple, la résiliation judiciaire d'un contrat ou d'une convention est également considérée comme relevant du fond ou du principal ce qui implique l'exclusivité du pouvoir du juge du fond⁸⁶⁶.

En droit koweïtien, les litiges concernant la validité et la nullité des actes juridiques excèdent également la saisine du juge des référés comme en France. Cependant, il y a deux remarques supplémentaires à formuler ici selon nous. D'une part, la doctrine koweïtienne opère une différence entre le principal et le provisoire en fonction de l'objet de la demande⁸⁶⁷. Ainsi, la validité et la nullité des actes juridiques relèvent de la saisine du juge du fond car elles excèdent la saisine du juge des référés koweïtien. D'autre part, la doctrine considère que l'objet de la demande, c'est-à-dire la validité ou la nullité des actes juridiques, relève de la question de

⁸⁶³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 322.

⁸⁶⁴ J. THÉRON, « Moyens de défense, Généralités », préc., n° 96 s.

⁸⁶⁵ Cass. Civ. 2^{ème}., 17 mai 1982, n° 81-10993, Bull., II, n° 75, p. 53, RTD civ., 1983, p. 588, obs. J. NORMAND.

⁸⁶⁶ Cass. Civ. 3^{ème}., 27 novembre 1990, n° 89-17249, Bull. Civ. III, n° 254 p.143.

⁸⁶⁷ Si l'objet de la demande concerne l'obtention d'une décision définitive comme la validité d'un contrat, elle sera considérée comme le principal qui excède la saisine du juge des référés koweïtien. En revanche, si la demande vise à obtenir une mesure provisoire, comme la protection des produits qui pourrait disparaître, elle sera donc considérée comme provisoire. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. I, *op cit.*, p.415. ; Du même auteur, *Les procédures civiles...*t. II, *op cit.*, p.112 s. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p. 276 s. ; M. ALENZI, préc.

la compétence et non pas de la question de la saisine ou du pouvoir juridictionnel contrairement à ce qui est établi par le droit français⁸⁶⁸.

340. Interprétation des actes juridiques. En France, selon la jurisprudence et la doctrine, les litiges concernant l'interprétation des actes juridiques excèdent expressément la saisine du juge des référés⁸⁶⁹. Cependant, en droit koweïtien, nous ne trouvons ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine de démonstration qui irait dans le même sens en considérant que l'interprétation d'un acte relève du principal, à savoir qu'elle excède la saisine du juge des référés koweïtien. Selon nous, l'interprétation des actes juridiques est une question qui, de fait, excède la saisine du juge des référés koweïtien puisque ce juge interpréta nécessairement un acte juridique d'une manière qui a vocation à valider ou à annuler cet acte.

341. Statut des personnes. Il reste également quelques interrogations concernant la question du statut des personnes. En France, elles excèdent également la saisine du juge des référés⁸⁷⁰. En effet, il y a été jugé que les questions liées à la filiation, à la transcription d'un acte à l'état civil⁸⁷¹, ou à la représentativité d'une organisation syndicale relèvent toutes du principal et ne peuvent donc être traitées que par le juge du fond⁸⁷². Par ailleurs, si la victime d'un dommage saisit le juge des référés pour demander des dommages et intérêts, le juge des référés ne pourra pas se prononcer sur cette demande puisqu'elle relève du fond de l'affaire⁸⁷³. En effet, allouer des dommages et intérêts à la victime, c'est déjà se prononcer sur la question de la responsabilité et donc trancher le principal. La Cour de cassation française considère expressément que « le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer des condamnations à des dommages-intérêts »⁸⁷⁴. Ainsi, le juge des référés doit déclarer qu'il n'y a pas lieu à référé.

La doctrine koweïtienne affirme que dans tous les cas où le droit français estime qu'un type de litige relève du fond, le juge du fond a, seul, le pouvoir juridictionnel de statuer⁸⁷⁵. Cependant, tel qu'il a déjà expliqué⁸⁷⁶, c'est dans cette hypothèse le juge des référés koweïtien qui se déclarera en pratique incompétent alors qu'il devrait plutôt faire comme le juge des

⁸⁶⁸ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*

⁸⁶⁹ Cass. Civ. 1^{re}., 4 juillet 2006, n° 05-11591, Bull. Civ. I, n° 337, p.291. ; J.-P. ANCEL, « Le référé-contrat », *D.* 2006, P.2409. ; En ce sens v. : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 328.

⁸⁷⁰ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 323. ; En ce sens : A. DIONISI PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », *AJ Fam.* 2016, p.8.

⁸⁷¹ M. FRISON-ROCHE, « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016, p.85.

⁸⁷² TI Paris, 17 mai 1976, *D.* 1977, p.272, obs. A. ARSEGUEL.

⁸⁷³ Cass. Com. 15 mai 2012, n° 10-26391, inédit. ; Cass. Com. 15 mai 2012, n° 11-13972, inédit.

⁸⁷⁴ Cass. Civ. 2^{ème}., 11 décembre 2008, n° 07-20255, Bull. civ. II, n° 262.

⁸⁷⁵ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.415. ; M. ALENZI, préc.

⁸⁷⁶ *Supra* : 165.

référés français puisque ce dernier dans le même cas considérera plutôt qu'il n'y a pas lieu à référé.

342. Situation des biens. En droits français et koweïtien, les contours de la notion de principal posent également question en matière de situation des biens. Selon la doctrine des deux États, les juges des référés ne peuvent pas traiter en intégralité la question liée à la situation juridique d'un bien⁸⁷⁷, comme par exemple dans le cas de « la mainlevée d'une mesure d'affectation ou d'indisponibilité »⁸⁷⁸. La Cour de cassation française affirme à ce titre que le juge des référés ne peut pas statuer sur la mainlevée d'une hypothèque⁸⁷⁹. De son côté, la Cour de cassation koweïtienne est à notre connaissance silencieuse sur la question spécifique de la situation des biens. Néanmoins, alors que des litiges relevant de la situation des biens peuvent survenir en France comme au Koweït, le juge des référés français déclare dans cette hypothèse qu'il n'y a pas lieu à référé, alors que le juge des référés koweïtien se contente en pratique de se déclarer, encore une fois et de manière générale, incompétent lorsqu'il est confronté à des questions relevant de la situation des biens⁸⁸⁰.

343. Après avoir expliqué la notion de principal dans les deux systèmes judiciaires, il reste à apporter davantage de développement sur la manière dont les juges des référés vont être amenés en pratique à respecter les contours donnés à la notion de principal.

B : L'absence de saisine au principal, une condition remplie en cas d'ordonnance d'une mesure provisoire et/ou conservatoire

344. En droits français et koweïtien, la notion de principal est une notion qui peut être entendue au sens général tel que nous l'avons vu. Il est difficile de comprendre la signification de cette notion sans donner des exemples précis des cas dans lesquels le champ du principal est en question, notamment dans les hypothèses spécifiques de la validité, la nullité et la modification des actes juridiques ou le statut des personnes et des biens. Par ailleurs, la notion

⁸⁷⁷ N. CAYROL, « La saisine du juge des référés », RTD civ., 2018, p.970. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. I, *op cit.*, p.415.

⁸⁷⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 327.

⁸⁷⁹ Cass, Civ. 3^{ème}., 16 janvier 2013, n° 11-25262, Bull. civ. III, n° 5.

⁸⁸⁰ *Supra* : n° 165.

de principal soulève également des interrogations en cas de caractère provisoire de la demande que l'on soit en France ou au Koweït.

345. La définition du principal en cas de demande à caractère provisoire. Le professeur Nicolas CAYROL pense que « le problème lorsqu'on explique le "principal" par le "fond" est que la notion de fond en procédure civile peut faire l'objet de nombreuses variations [...]. Bref, définir le principal par le fond, c'est définir *ignotum per ignotum* »⁸⁸¹. Selon l'articles 484 du CPC français le juge des référés français n'est par principe pas saisi au principal. De la même manière, l'article 31 du CPC koweïtien énonce que le juge des référés juge « sans porter préjudice au principal ». Ainsi, si nous regardons l'interprétation des doctrines française et koweïtienne, elles considèrent toutes deux que l'absence de saisine au principal est une condition nécessaire pour la « saisine »⁸⁸² du juge des référés. Il est ainsi nécessaire de se poser la question suivante tant pour le droit français que pour le droit koweïtien : par quel mécanisme l'absence de saisine au principal doit être corrélative au caractère provisoire de la demande conformément aux articles 484 du CPCF et 31 du CPCK ?

346. Article 484 du CPCF. Au sens de l'article 484 du CPCF, le juge des référés français n'est pas saisi au principal. Certains auteurs français estiment que le fait de dire que le juge des référés n'est pas saisi au principal confère clairement à la juridiction des référés une liberté particulièrement large d'appréciation⁸⁸³. En effet, cette liberté permet en réalité au juge des référés de décider à lui seul ce qui relève du fond de l'affaire. Ainsi, comme le dit le professeur Nicolas CAYROL, nous pouvons constater « le succès de cette institution. Jouant sur les mots, on pourrait dire que n'étant pas saisi du principal, le juge des référés est libre d'aller à ce qui constitue l'essentiel de l'affaire »⁸⁸⁴. En effet, définir le fond ne signifie pas que l'institution du juge des référés est en échec, de même lorsqu'il est amené à mettre en place des critères pour définir ce qui relève du principal, comme dans les cas que nous avons abordé⁸⁸⁵. Cependant, lorsque le juge des référés tente de définir le principal il est nécessairement

⁸⁸¹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 332.

⁸⁸² Il ne s'agit pas de la controverse existant en droits koweïtien et français sur la nature du caractère provisoire de la demande en référé comme étant une condition de de la compétence ou du pouvoir. Il s'agit ici d'une condition de la saisine du juge des référés en France et au Koweït. Nous ignorons intentionnellement l'avis de la doctrine koweïtienne, en affirmant que le caractère provisoire de la demande en référé est une condition de la saisine du juge des référés au Koweït comme France.

⁸⁸³ M. STORME, « Le juge et son panier », in Mél. Dédié à J. Héron, LGDJ 2008, p. 473.

⁸⁸⁴ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 336.

⁸⁸⁵ *Supra* : n° 345 et 346.

confronté à des difficultés puisque toutes les demandes en référé, quel que soit la nature de l'action en justice, ont un fond qu'il convient d'appréhender lors d'une procédure de référé⁸⁸⁶.

Par conséquent et conformément à l'article 484 du CPC français, si la saisine est définie comme l'intelligence du litige par le juge, c'est-à-dire que ce dernier doit avoir conscience des limites de sa propre saisine, la limite fondamentale soumise au juge des référés français est qu'il ne peut prononcer uniquement que des mesures provisoires et/ou conservatoires. Ainsi, il n'est en principe jamais saisi au principal. Ainsi, cette limite absolue sera préservée dès lors que la demande a un caractère provisoire.

347. Article 31 du CPOK. À l'instar de l'article 484 du CPC français, l'article 31 du CPOK prévoit que le juge des référés tranche le litige sans porter atteinte au principal. En général et peu importe la nature de cette condition ou la manière dont est rédigé cet article⁸⁸⁷, la doctrine koweïtienne considère expressément que la condition de « l'absence de saisine au principal » est remplie lorsque les parties présentent une demande ayant un caractère provisoire devant le juge, puisque les demandes portant sur une décision principale excèdent la saisine du juge des référés koweïtien⁸⁸⁸. Même s'il n'existe pas de définition de la notion de saisine dans le droit koweïtien, nous comprenons comme en France, que la condition de l'absence de saisine au principal sera remplie à partir du moment où la demande sera purement provisoire.

348. Le lien entre l'absence de saisine au principal et le caractère provisoire de la demande. En France comme au Koweït, il est nécessaire de rappeler que la saisine n'est pas synonyme de la demande des parties, c'est-à-dire leurs prétentions⁸⁸⁹. Or, le lien entre l'absence de saisine au principal et le caractère provisoire de la demande apparaît clairement avec la définition de la saisine. Tel qu'il a déjà été développé⁸⁹⁰, la saisine est l'intelligence du litige par le juge, c'est-à-dire que ce dernier doit avoir conscience des limites de sa propre saisine. Toutefois, cette intelligence du litige ne peut être appréhendée de manière correcte par les juges des référés français et koweïtien dans leurs fonctions provisoires prévues aux articles 484 du CPOK et 31 du CPOK, sauf dans l'hypothèse où la demande aurait un objet provisoire. Ainsi,

⁸⁸⁶ Y. DESDEVISES, « Variations sur le fond en procédure civile », in Mél. Dédié à H.-D. Cosnard, 1990, *Economica*, p.325, spéc. 327.

⁸⁸⁷ Au Koweït, la jurisprudence et la doctrine interprètent « l'absence de la saisine au principal, c'est-à-dire l'absence de préjudice au principal existant à l'art. 31 du CPOK » comme une condition de compétence du juge des référés et non comme une condition de saisine ou du pouvoir. En ce sens : *Supra* : n° 165.

⁸⁸⁸ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. I, *op cit.*, p.414 s. ; M. ALENZI, préc.

⁸⁸⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 306.

⁸⁹⁰ *Supra* : n° 329.

lorsque l'objet de la demande des parties amène nécessairement à une décision définitive, le juge des référés traitera obligatoirement le principal contrairement à ce qui est préconisé par les articles 484 du CPCF et 31 du CPCK.

349. À cet égard, il reste à dire que dans les deux États aucune définition de l'objet provisoire de la demande en référé ne peut être établie, puisqu'il existe des variations dans les objets des demandes en référé. En revanche, il existe dans les deux États une définition de l'ordonnance de référé qui « a toujours un caractère provisoire »⁸⁹¹. Elle peut être se définir ainsi comme une « mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive »⁸⁹². De ce fait, en précisant que l'ordonnance de référé a toujours un caractère provisoire, les droits français et koweïtien indiquent que ce type de décision n'implique pas en principe, pour les juges des référés, de trancher le principal.

350. S'il existe en France et au Koweït une définition de la notion de principal, notion dont le juge des référés est amené à définir les contours, il est nécessaire de s'intéresser au lien entre le principal et l'interdiction de porter préjudice au principal.

§2 : Le lien entre l'absence de saisine au principal et l'interdiction de porter préjudice au principal

351. En droits français et koweïtien, il est nécessaire de ne pas confondre la notion de principal, qui est une condition de la saisine du juge des référés, avec la notion de préjudice au principal. Alors que l'absence de saisine au principal est une condition de la saisine même du juge des référés, le préjudice au principal consiste en une limitation des pouvoirs du juge des référés qui « assure [uniquement] le caractère provisoire de l'ordonnance de référé »⁸⁹³. Nous expliquerons d'abord la notion de préjudice au principal (**A**) pour ensuite s'intéresser à la manière selon laquelle cette notion assure le caractère provisoire de l'ordonnance de référé (**B**).

⁸⁹¹ J. HÉRON, Th. Le BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.337.

⁸⁹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.655.

⁸⁹³ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.276 s.

A : La notion de préjudice au principal

352. En droit français, la notion de préjudice au principal n'est pas expressément définie par le CPCF bien qu'elle soit tout de même clairement définie par la doctrine qui, pour une part, considère qu'elle est même implicitement intégrée au CPCF. Au contraire, le droit koweïtien aborde explicitement la question du préjudice au principal à l'article 31 du CPCK. Ainsi, nous pouvons nous demander quels sont au final les contours précis de cette notion dans les deux États.

353. Notion de préjudice au principal. En France, l'article 809 de l'ancien CPCF disposait que « les ordonnances de référés ne feront aucun préjudice au principal [...] ». Selon le professeur Yves STRICKLER, la notion de préjudice au principal peut être interprétée dans un sens large mais aussi dans un sens étroit.

Au sens large, un préjudice au principal sera caractérisé lorsque le juge des référés français confèrera aux parties une solution qui devra être rendue uniquement par le juge du fond⁸⁹⁴.

Dans un sens étroit, le préjudice au principal concerne la situation dans laquelle le juge des référés semble aborder le fond de l'affaire, c'est-à-dire qu'il rend une mesure qui préjudicie en apparence le fond alors qu'en réalité la décision ne le touche pas⁸⁹⁵. À titre d'exemple, lorsqu'une délation du serment décisoire est faite devant le juge des référés, cette mesure « peut sembler en contradiction avec le caractère provisoire de l'ordonnance de référé »⁸⁹⁶, donc elle tranche le fond de l'affaire. Néanmoins, le juge des référés a besoin d'« une vision rationnelle de la situation »⁸⁹⁷, sans pour autant que cela ait pour effet de donner une solution au fond de l'affaire.

Ainsi, il en résulte que la notion de préjudice au principal comporte deux éléments fondamentaux : « Premièrement l'ordonnance de référé ne peut pas préjuger de la

⁸⁹⁴ Cette pensée s'est effectivement inspirée d'un arrêt de 1972 qui a censuré l'ordonnance d'un juge des référés dont la solution rendue portait préjudice au requérant sur le fond. Ainsi, cette décision aurait dû être prise par un juge du fond car elle concernait le principal. En ce sens : Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p.46. ; Cass. Com. 5 juin 1972, n° 71-12.461, Bull. Com, n° 174.

⁸⁹⁵ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p.51 s.

⁸⁹⁶ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p.54.

⁸⁹⁷ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p.52. ; À cet égard : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.606. ; Th. CALLONNEC, « L'appel ... », *op. cit.*, p.191. ; F. EUDIER, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Jugement, janvier 2018, n° 27. ; Th. CALLONNEC, « L'appel ... », *op. cit.*, p.191. ; F. EUDIER, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Jugement, janvier 2018, n° 27.

solution qui sera donnée ultérieurement par le tribunal compétent ; deuxièmement, le juge des référés n'est pas saisi du principal, il ne juge pas le fond du droit »⁸⁹⁸.

354. En droit koweïtien, la notion de préjudice au principal existe expressément dans le CPCK, contrairement au droit français. L'article 31 du CPCK prévoit seulement qu'il sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal. La jurisprudence koweïtienne ne donne pas non plus de détails concernant cette notion mais elle considère expressément qu'elle constitue une condition de « compétence » du juge des référés, tel qu'il a déjà été démontré⁸⁹⁹. Enfin, la doctrine koweïtienne, à l'exception du professeur A. ALKHUDHAIR⁹⁰⁰, confond la notion de préjudice au principal avec le caractère provisoire de la demande voire même interprète la nature du préjudice au principal d'une manière curieuse. Par exemple, un ouvrage doctrinal koweïtien explique que l'interdiction de porter préjudice au principal et le caractère provisoire de la demande de référé sont en réalité deux faces d'une même pièce⁹⁰¹. Or, nous pouvons considérer que la notion de préjudice au principal doit être interprétée au Koweït comme en France en fonction de deux sens : un sens général et un sens plus spécifique. Dans son sens général, le préjudice au principal amène à considérer que l'ordonnance de référé ne préjuge pas la solution qui sera donnée par le juge du fond. Dans un sens plus spécifique, le juge des référés koweïtien ne fera que rendre une ordonnance de référé ayant un caractère provisoire ce qui exclura tout préjudice au principal.

355. Intégration implicite dans le CPCF et expresse dans le CPCK. La notion de préjudice au principal existait dans l'ancien CPCF de 1806, mais elle a disparue avec le CPCF de 1971⁹⁰². Toutefois, cette notion est aujourd'hui intégrée implicitement dans les dispositions de l'article 484 du CPCF actuel⁹⁰³. En effet, la jurisprudence a insisté pour cette réintégration seulement implicite de l'interdiction de porter atteinte au principal. En l'espèce, la Cour de cassation française a jugé que « le juge des référés doit laisser absolument intact le droit pour

⁸⁹⁸ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1992, p.98. ; STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p.53.

⁸⁹⁹ *Supra* : n° 148.

⁹⁰⁰ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.282 s.

⁹⁰¹ M. ABDELKADER, préc.,

⁹⁰² G. WIEDERKEHR, « L'accélération... », *op. cit.*, p.456.

⁹⁰³ L'art. 484 du CPCF prévoit que « l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ». ; S. MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédures...op., cit.*, p.609.

la juridiction ordinaire de statuer sur le fond »⁹⁰⁴. Ainsi, le professeur Dominique d'AMBRA considère de son côté que même si la prohibition explicite de porter atteinte au principal a disparu par les modifications apportées au CPCF, « il suffit désormais, que la décision soit provisoire »⁹⁰⁵ pour éviter que le juge des référés ne porte atteinte au principal, conformément à l'article 484 du CPCF. L'ancienne interdiction explicite qui existait dans le CPCF de même que l'interdiction implicite qui existe toujours aujourd'hui, a pour objectif d'assurer le caractère provisoire de l'ordonnance de référé et de limiter ainsi les pouvoirs du juge des référés. L'interdiction de porter atteinte au provisoire explicitement reprise aujourd'hui au Koweït est considérée par la doctrine, à tort selon nous, comme une condition de compétence du juge des référés. Il faut ainsi considérer que cette interdiction, comme en France, est une assurance pour conserver le caractère provisoire de l'ordonnance de référé.

356. Préjudice matériel ou moral ? En droits français et koweïtien, il existe une question concernant le préjudice au sens de dommage subi par la victime. En effet, suite à l'exécution d'une mesure provisoire et/ou conservatoire, la nature du dommage en tant que celui-ci est soit matériel soit moral impacte le raisonnement du juge.

357. Le préjudice au principal est caractérisé lorsque le juge des référés, qu'il soit français ou koweïtien, apprécie un droit ou interprète un acte juridique, c'est-à-dire qu'il lie par sa décision provisoire le juge du fond⁹⁰⁶. Ainsi, un préjudice moral intervient au moment de la décision du juge des référés⁹⁰⁷. En l'espèce, les juges des référés français et koweïtien ne prononcent que les jugements avant dire droit. Il existe deux catégories de ce type de jugement, d'une part les jugements qui caractérisent les mesures provisoires et d'autre part les jugements d'instruction qui ne tranchent pas le fond. Cependant, l'évolution du droit en matière de jugement avant dire droit a abouti à la naissance de nouvelles catégories de jugements comme les mesures préparatoires ou les mesures interlocutoires⁹⁰⁸. La différence entre ces deux types de mesures est que les mesures interlocutoires préjugent le fond de l'affaire au contraire des mesures préparatoires qui ne préjugent pas⁹⁰⁹. Un « pré-jugement » au principal peut ainsi se

⁹⁰⁴ Cass. Civ. 2^{ème}., 5 avril 1962, n° 60-10630, Bull., II, n° 381, p.271.

⁹⁰⁵ D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, Thèse, LGDJ, 1994, p.204.

⁹⁰⁶ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p. 47 s. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.282 s.

⁹⁰⁷ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.282 et 283.

⁹⁰⁸ Th. CALLONNEC, « L'appel des décisions ordonnant une expertise », RJO., 1991, p.191.

⁹⁰⁹ *Ibidem*.

produire lorsque la décision interlocutoire du juge des référés entrevoit la décision qui sera prise par le tribunal du fond. Toutefois, concernant la décision interlocutoire qui préjuge au fond par sa nature, il apparaît que le juge des référés doit en pratique interpréter un contrat ou un acte puisqu'il a besoin d' « une vision rationnelle de la situation »⁹¹⁰, sans pour autant que cela ait pour effet de donner une solution au fond de l'affaire.

358. Après avoir vu dans quelle mesure le juge des référés est soumis à l'interdiction de porter préjudice au principal, il est nécessaire de s'interroger sur la manière selon laquelle cette interdiction assure le caractère provisoire de l'ordonnance de référé.

B : L'interdiction de porter préjudice au principal, une garantie pour le caractère provisoire de l'ordonnance de référé

359. En France et au Koweït, le lien entre l'absence de la saisine du juge des référés au principal et l'interdiction de porter atteinte au fond apparaît clairement avec l'intégration implicite de cette interdiction à l'article 484 du CPCF, et son existence expresse à l'article 31 du CPCK. L'article 484 du CPCF se contente en effet aujourd'hui de prévoir que le juge des référés « n'est pas saisi au principal » alors que l'article 31 du CPCK prévoit expressément que le juge des référés traite l'affaire sans porter préjudice au principal. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir si ces interdictions implicites, d'une part, et expresse, d'autre part, seront une condition de la saisine du juge des référés ou bien constitueront une garantie pour que l'ordonnance de référé soit provisoire.

260. Interprétation curieuse. En droit koweïtien, il a déjà été évoqué que la jurisprudence et la doctrine considèrent, d'une manière curieuse, que cette interdiction est une condition de compétence du juge des référés⁹¹¹. Toutefois, la situation est très différente en droit français. En ce sens, la doctrine française, notamment CORNU, FOYER et RAYNAUD considèrent que l'interdiction de porter préjudice au principal relève de la question du pouvoir juridictionnel du juge étatique⁹¹², ce qui est contraire à l'analyse opérée par la majorité de la doctrine koweïtienne. Sur ce point, le professeur Ahmad ALKHUDHAIR, contrairement à la

⁹¹⁰ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p. 52

⁹¹¹ *Supra* : n° 148.

⁹¹² Cass. Civ., 10 novembre 1947, S., 1948, 1^{re} partie, p.157, note P. RAYNAUD.

majorité de la doctrine koweitienne, rejoint l'analyse française grâce à l'influence des pensées de CORNU, FOYER et RAYNAUD. En effet, ce professeur considère, à propos de l'analyse française que « cette thèse nous paraît convaincante, simplement en raison du fait que le juge des référés n'a pas le pouvoir de juger le principal ; il s'agit dès lors, nécessairement d'une question relevant du pouvoir juridictionnel »⁹¹³.

361. Interprétation logique. Même s'il existe une controverse concernant la nature de l'interdiction de porter préjudice au principal en France, il apparaît selon nous que l'analyse faite par la doctrine française concernant cette interdiction de manière générale est davantage pertinente que l'analyse opérée par la majorité de la doctrine koweitienne. En effet, l'idée selon laquelle l'interdiction de porter atteinte au fond est une limitation caractérisée des pouvoirs du juge des référés, ce qui constitue de fait une garantie pour l'ordonnance de référé, peut être appuyée par l'absence d'autorité de la chose jugée des décisions prononcées par ce juge.

362. Une prohibition assurant le caractère provisoire de l'ordonnance. En France, la jurisprudence connaît plusieurs arrêts apportant la preuve que les décisions du juge des référés ne font aucun préjudice au principal, car elles n'ont pas l'autorité jugée malgré leur caractère définitif. Par exemple, la Cour de cassation française a jugé que « les décisions intervenues en matière de référé, même devenues définitives, ne peuvent faire préjudice au principal et n'ont qu'un caractère provisoire. Un arrêt rendu sur appel d'une ordonnance de référé n'a pas, quant au fond du litige, l'autorité de la chose jugée »⁹¹⁴. De plus, la Haute juridiction française a décidé aussi que « le caractère provisoire d'une ordonnance de référé n'implique pas qu'il soit interdit au juge des référés de prendre une mesure de nature à causer un préjudice à l'une des parties telle, la constatation de la résiliation d'un bail en application d'une clause résolutoire »⁹¹⁵. En l'espèce, le professeur Yves STRICKLER pense que ce dernier arrêt est « la conception restrictive de la mise en œuvre de l'interdiction de préjudicier au principal »⁹¹⁶, que nous avons déjà expliqué⁹¹⁷. Par conséquent, si la décision prononcée par le juge des référés ne lie pas la juridiction ordinaire, nous pouvons dire que l'interdiction implicite prévue à l'article 484 du CPCF, de même que l'interdiction expresse prévue à l'article 31 du

⁹¹³ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.286.

⁹¹⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 12 décembre 1973, n° 72-12188, Bull., II, n° 334, p.271.

⁹¹⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mars 1980, n° 78-15175, Bull., III, n° 57, p.40. ; À cet égard v. également : Cass. Civ 2^{ème}, 3 mars 2016, n° 14-27131, inédit. ; Cass. Civ 2^{ème}, 12 février 1992, n° 90-18711, Bull. civ. II, n° 49, p.24.

⁹¹⁶ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p. 56. ; M. FOULON, Y. STRICKLER, « Rétractation des ordonnances sur requêtes et délégation du président du tribunal », *Gaz. pal.*, 2013.

⁹¹⁷ *Supra* : n° 170.

CPCK, constituent une garantie pour le caractère provisoire de l'ordonnance de référé. Il s'agit là de la substance de la pensée du professeur STRICKLER lorsqu'il dit que cette prohibition « constituait une conséquence du caractère provisoire »⁹¹⁸.

363. Après avoir étudié la condition qui prévoit que la saisine du juge des référés est liée à sa fonction provisoire, il apparaît nécessaire de s'intéresser aux conditions de la saisine du juge des référés en fonction des différents types des référés.

Section 2 : Les conditions de la saisine du juge des référés liées aux différents types de référés

364. Plusieurs types de référés. En droit français, il existe plusieurs types de procédure de référés. Chacun de ces types de procédure est gouverné par certaines conditions. Par exemple, la condition d'urgence est exigée pour la saisine du juge des référés français dans le cadre des référés classiques, alors qu'elle n'est pas nécessaire dans le cas des référés spéciaux.

En droit koweïtien, il n'existe qu'un seul type de référé, le « référé d'urgence ». Néanmoins ce référé unique permet de couvrir, en substance, les mêmes hypothèses que les différents référés classiques français. Les conditions auxquelles doit répondre le référé koweïtien sont l'urgence et l'absence de contestations sérieuses⁹¹⁹.

365. Ainsi, par référence à la classification des référés en droit français, nous étudierons dans un premier temps et dans les deux États le référé classique et le référé instruction (§1), puis, nous démontrerons dans un second temps et uniquement en France les référés spéciaux (§2).

⁹¹⁸ Y. STRICKLER, *Le juge des...op. cit.*, p. 16. En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 2^{ème}, 17 janvier 1990, n° 88-18615, Bull., II, n° 12, p.6. ; B. PLESSIX, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *D.*, FRDA, 2007. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-10, « Référés, Ordonnance, Caractéristique, Exécution provisoire, Voies de recours et de contestation, Mesures », 2019, n°1 s.

⁹¹⁹ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.306 s.

§1 : Le référé classique et le référé *in futurum*

366. En droits français et koweïtien, trois types de référés sont à distinguer : le référé classique, le référé au fond et le référé d’instruction. Concernant la distinction entre les référés classiques et les référés au fond, les référés classiques concernent les procédures se déroulant devant le juge des référés n’ayant pas en principe l’autorité de la chose jugée, alors que les référés au fond amènent le « juge à trancher le fond du droit et donnent lieu au prononcé de mesures définitives »⁹²⁰. Les référés au fond et les référés d’instruction impliquent également des procédures différentes. D’une part, le référé d’instruction, *in futurum* ou qui est nommé aussi « référé probatoire », « permet d’obtenir du juge qu’avant tout litige, il ordonne une mesure d’administration de la preuve »⁹²¹. D’autre part, le référé au fond donne lieu à prononcer une mesure définitive sur le droit des parties.

367. Ainsi, dans le contexte de notre thèse, il s’agira d’aborder le référé classique en fonction de ses conditions, c’est-à-dire l’urgence (A) et l’absence des contestations sérieuses (B). Par ailleurs, il conviendra également d’analyser en comparaison le référé *in futurum* et ses conditions (C).

A : La condition de l’urgence, première condition pour le référé classique

368. En général, l’urgence est une condition fondamentale pour la saisine des juges des référés français et koweïtien concernant le référé classique. En effet, plusieurs interrogations sont liées à cette condition, notamment concernant la manière d’apprécier la notion d’urgence, concernant la définition de la nature même de cette condition, ou encore concernant la possibilité de soulever le moyen issu de l’existence de cette condition et son appréciation. Ainsi, la notion d’urgence et sa nature seront analysées (1), de même que la mise en œuvre pratique de cette condition (2).

⁹²⁰ O. LE BOT, *J. Cl. Civil, Fasc. 50*, « Référé, Juge des référés, Organisation, Dispositions générales », 2018, n° 4.

⁹²¹ G. WIEDERKEHR, « L’accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p.456.

1 : La notion d'urgence

369. En droits français et koweïtien, trois points fondamentaux devront être expliqués concernant la notion d'urgence. Dans un premier temps la question à se poser sera celle de l'existence ou de l'absence de l'urgence. Ensuite, il conviendra de s'attacher à définir l'urgence pour finalement, *in fine*, s'intéresser à sa nature.

370. L'existence ou l'absence d'urgence. En premier lieu il convient de s'interroger sur l'existence ou l'absence d'urgence. C'est pourquoi l'article 834⁹²² du CPCF prévoit expressément que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures [...] ». En France, la condition d'urgence a historiquement été codifiée de manière formelle en 1806, dans le CPCF⁹²³. À partir de cette codification et jusqu'à nos jours, si cette condition fait défaut, il n'y aura pas lieu à référé au sens de l'article 834 du CPCF régissant les référés classiques⁹²⁴. Au contraire, il est nécessaire de préciser que cette condition n'a pas vocation à s'appliquer dans le cadre de l'application l'article 835 du CPCF⁹²⁵, c'est-à-dire en matière de référé spécial, tel qu'il sera développé ultérieurement⁹²⁶. Conformément à la lettre de l'article 835 évoqué, qui était l'article 809 de ce code avant le décret numéro 2019-1333 du 11 décembre 2019, la Cour de cassation française affirme que les référés spéciaux peuvent être mis en œuvre indépendamment de l'existence d'une urgence⁹²⁷.

371. En droit koweïtien, l'article 31 du CPCCK prévoit qu'« [il] sera délégué au siège du tribunal de Grande Instance, un juge du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal, des questions suivantes : 1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps [...] ». Concernant ledit article, la doctrine koweïtienne considère que l'absence d'urgence aboutit à l'impossibilité de mettre en œuvre une procédure de référé, c'est-à-dire que la partie requérant une mesure provisoire ne peut pas saisir le juge des référés⁹²⁸. La

⁹²² Le numéro de l'art. 808 est modifié par Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 - art. 4.

⁹²³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 362.

⁹²⁴ *Ibidem.* ; O. LE BOT, préc.

⁹²⁵ J. NORMAND, « Urgence et référé provision », RTD civ., 1977, p. 360-361.

⁹²⁶ *Infra* : n° 424.

⁹²⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 26 octobre 1982, n° 81-14461, Bull., III, n° 207, p.153. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, n° 81-14547, Bull., III, n° 83, p.66.

⁹²⁸ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.307. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op. cit.*, p.415. ; M. ALENZI, préc.

doctrine koweïtienne va dans le même sens en disant que « pas d'urgence, pas de référé »⁹²⁹. En effet, à titre de comparaison avec le droit français, il n'existe pas au Koweït de procédure civile spécifique pour les référés spéciaux tel que ce qui prévu par l'article 835 du CPCF. Ainsi, lorsqu'une partie souhaite par exemple « prévenir un dommage imminent », selon l'expression utilisée par les textes français, la condition d'urgence devra quand même nécessairement être remplie en droit koweïtien. En résumé, l'urgence est la substance de la saisine du juge des référés et de la procédure de référé koweïtienne.

372. Définition de l'urgence. S'agissant de la définition de l'urgence, les CPC français et koweïtien ne définissent pas cette condition. De même, il n'existe pas au niveau des jurisprudences française ou koweïtienne de définition *stricto sensu* de l'urgence. Toutefois, il faut noter que la Haute juridiction française s'est attachée à donner un cadre à l'urgence en considérant que « la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudiciale de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire »⁹³⁰.

373. Il existe par ailleurs des définitions claires établies par les doctrines française et koweïtienne. À titre d'exemple, une partie de la doctrine française définit l'urgence comme « la situation où la confrontation des droits en présence qui révèle la supériorité de l'un, et par conséquent, la possibilité de la protéger au moyen d'une intervention rapide »⁹³¹. De même, la doctrine koweïtienne a, pour une part, subordonné l'existence de l'urgence à la présence d'un risque certain menaçant ou diminuant le droit du demandeur si certaines mesures provisoires n'ont pas déjà été ordonnées⁹³². Une autre partie de la doctrine koweïtienne définit l'urgence comme la crainte du demandeur de l'écoulement du temps qui pourra lui porter préjudice en lui causant un dommage direct ou une perte de son droit⁹³³.

⁹²⁹ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.307.

⁹³⁰ La Cour de cassation française définit le concept d'urgence à la lumière de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, notamment avec l'arrêt *Confédération nationale des radios libres* du 19 janvier 2001. En ce sens : CE, 19 janvier 2001, n° 228815, Bull, p.378. ; J. GOURDOU, *J. Cl. Civil, Administratif*, 1093, « Référé-suspension », 2018, n° 75. ; F.-J. PANSIER, « Compétence civile des tribunaux d'instance », *Répertoire de droit immobilier*, avril 2014, n° 49.

⁹³¹ Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes ...op. cit.*, p.281.

⁹³² H. SALEH, *Le jugement provisoire ...op. cit.*, p.18.

⁹³³ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, p. 409 ; M. ALENZI, préc.

374. La nature de l'urgence. *In fine*, concernant la nature de la condition d'urgence, la jurisprudence et la doctrine koweïtienes estiment constamment et jusqu'à nos jours que l'urgence est une condition pour la compétence du juge des référés koweïtien⁹³⁴. Nous estimons que le droit koweïtien est influencé par une ancienne tendance de la jurisprudence et de la doctrine françaises. En effet, par le passé, la jurisprudence française considérait, comme le fait le droit koweïtien aujourd'hui, que l'urgence était une condition de compétence du juge des référés français⁹³⁵. De même, la doctrine française estimait que l'urgence était une condition de compétence. Faisant perdurer cette interprétation ancienne, le professeur Philippe JESTAZ pense que « le juge des référés est un juge d'exception dont la compétence est déterminée par l'urgence »⁹³⁶. Il estime aussi qu'« il est constant que l'urgence, sans qualificatif, suffit à fonder la compétence du Président »⁹³⁷. Cette analyse s'inscrit aujourd'hui en contradiction avec la jurisprudence française actuelle. En effet, il est actuellement considéré par la jurisprudence qu'en cas d'absence d'urgence, il sera inéluctablement jugé qu'il n'y a pas lieu à référé⁹³⁸, c'est-à-dire que l'action est irrecevable. La doctrine française confirme d'ailleurs dans sa majorité cette nouvelle analyse en estimant que si l'urgence fait défaut aujourd'hui devant le juge des référés, le terme d'incompétence ne sera jamais utilisé⁹³⁹. L'utilisation du terme « incompétence » « est la résultante d'un abus de langage et d'un manque de rigueur dans la terminologie processuelle »⁹⁴⁰.

375. Après avoir vu la définition et la nature de la condition d'urgence en droits français et koweïtien, il est également nécessaire d'étudier la mise en œuvre de cette condition dans les deux États.

2 : La mise en œuvre de la condition d'urgence

⁹³⁴ TI du Koweït, Référés /6, 22 décembre 2003, n° 2003/3698. ; TI du Koweït, Référés /6, 16 décembre 2004, n° 2003/3988. ; A. ABDULFATTAH, M. ALENZI, *Les règles de l'exécution...op. cit.*, t. II, p.421. ; M. ALENZI, préc.

⁹³⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 8 février 1960, n° 58-12602, Bull., I, n° 84, p.70.

⁹³⁶ Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes ...op. cit.*, p.52.

⁹³⁷ *Ibid.*, p.54.

⁹³⁸ En ce sens, la Cour de cassation française a jugé que « l'urgence n'est pas une condition de la compétence du juge des référés ». : Cass. Civ. 3^{ème}, 10 février 1988, n° 86-18864, Bull., III, n° 34, p.18. ; Cass. Civ. 1^{re}, 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p.77, *Rev. Procédures*, avril 1996, comm. n° 107., obs., R. PERROT.

⁹³⁹ J. NORMAND, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *RTD civ.*, 1983, p.782.

⁹⁴⁰ M. BRUSCHI, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Référé commercial, 2007, n° 120.

376. Concernant l'application de la condition d'urgence en droits français et koweïtien, deux questions peuvent être soulevées. En premier lieu, dans quelle mesure la partie demandant le référé pourra-t-elle invoquer le moyen tiré de l'urgence ? En second lieu, quelle juridiction sera compétente pour apprécier l'existence ou l'absence d'urgence ?

377. S'agissant de la première question, le moyen tiré de l'urgence est différent en droits français et koweïtien. En France, une fin de non-recevoir pourra être opposée à la partie soulevant le moyen tiré de l'urgence en cas « d'une méconnaissance de la saisine »⁹⁴¹. En effet, le juge des référés français est obligé au sens de l'article 125 du CPCF⁹⁴² de relever d'office une fin de recevoir si l'urgence fait défaut, car cet article est considéré « d'ordre public »⁹⁴³. Ainsi, le juge des référés est obligé de vérifier l'existence de l'urgence⁹⁴⁴. Malgré la portée d'ordre public de l'article évoqué, la Cour de cassation a décidé que « le moyen pris du défaut d'urgence ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation »⁹⁴⁵, puisque ce moyen est mélangé de fait et de droit⁹⁴⁶.

En droit koweïtien, l'absence d'urgence implique l'incompétence du juge des référés. A *contrario*, son existence oblige bien évidemment le juge des référés à se déclarer compétent. Selon la doctrine koweïtienne, si le moyen tiré de l'absence de l'urgence est le défaut de compétence et non pas une fin de non-recevoir, ce moyen de défense peut être évoqué en tout état de cause⁹⁴⁷.

378. Quant à la seconde question, la Cour de cassation koweïtienne apprécie et contrôle l'existence de l'urgence. Cependant, ce contrôle existe uniquement en droit koweïtien, car la Cour de cassation française n'a pas vocation à se prononcer sur l'existence de l'urgence, n'exerçant ainsi aucun contrôle sur l'existence de la condition d'urgence⁹⁴⁸. En effet, la Cour de cassation française présume la condition d'urgence en utilisant l'expression « vu

⁹⁴¹ N. CAYROL, « Action en justice », *op. cit.*, n° 97.

⁹⁴² L'art. 125 du CPCF prévoit que « les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

⁹⁴³ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.312.

⁹⁴⁴ M. FOULON, Y. STRICKLER, « Le référé-différend », RRJ, 2014-3, p.1280. ; Cass. Com., 22 avril 1966, n° 64-12133, Bull., III, n° 189, p.162.

⁹⁴⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. pal.*, 1987, 1^{re} sem., Somm., p.56, obs., S. GUINCHARD, T. MOUSSA.

⁹⁴⁶ *Ibidem*.

⁹⁴⁷ M.-A. RATEB, M. KAMEL, M.-F. RATEB, *La juridiction...t. I, op. cit.*, p.36.

⁹⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 26 avril 1977, n° 76-11270, Bull., I, n° 188, p.147. ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 janvier 1979, n° 77-10288, Bull., I, n° 2, p. 2. ; N. CAYROL, « Référé civil », *op. cit.*, n° 364. ; H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1073.

l'urgence »⁹⁴⁹. Par conséquent, c'est le juge des référés français qui bénéficie du pouvoir souverain appréciation dans ses décisions relatives à l'urgence⁹⁵⁰. Néanmoins, si l'adversaire conteste l'existence de la condition d'urgence, le juge des référés sera obligé de motiver sa décision, pour que la Cour suprême vérifie l'existence de l'urgence⁹⁵¹.

En revanche, la Cour de cassation koweïtienne exerce son contrôle sur l'existence de l'urgence devant le juge des référés⁹⁵², contrairement au droit français. En effet, alors que la caractérisation de l'urgence est considérée au Koweït une condition de compétence du juge des référés, son existence est considérée d'ordre public⁹⁵³. Par conséquent, si le juge des référés ne se déclare pas incompétent malgré l'absence d'urgence et si l'une des parties ne conteste pas, la Cour de cassation exercera elle-même son pouvoir d'appréciation en annulant cette décision⁹⁵⁴.

379. Si la condition d'urgence est fondamentale pour la saisine des juges des référés français et koweïtiens concernant les procédures de référés en général, il existe une autre condition pour la saisine de ces juges qui est l'absence de contestation sérieuse.

B : La condition de l'absence de contestation sérieuse, deuxième condition pour le référé classique

380. L'absence de contestation sérieuse est la seconde condition qui est exigée pour la saisine des juges des référés français et koweïtien. En droit français et en ce qui concerne uniquement le référé classique, cette condition est exigée par le CPCF, la jurisprudence et la doctrine. Cependant, elle est au Koweït exigée uniquement par la jurisprudence et la doctrine.

381. Si cette condition est importante pour la saisine des juges des référés français et koweïtien, nous allons d'abord étudier la notion de contestation sérieuse dans les deux États et son évolution dans le temps **(1)**, puis sa mise en œuvre **(2)**.

⁹⁴⁹ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.312.

⁹⁵⁰ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1074.

⁹⁵¹ *Ibidem.* ; N. CAYROL, « Référé civil », *op. cit.*, n° 365.

⁹⁵² Cass. Com, 14 mai 1979, n° 1979/16. ; A. ALENZI, préc.

⁹⁵³ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p. 414. ; M. ALENZI, préc. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.314.

⁹⁵⁴ A. ABDULFATTAH, M. ALENZI, *Les procédures civiles koweïtiennes*, 4^{ème} éd., t. I, Koweït, Dar-Alkitab, 2017, p.426 s.

1 : La notion de l'absence de contestation sérieuse

382. En droits français et koweïtien et à l'instar de la condition d'urgence, la notion de contestation sérieuse évoque trois questions essentielles : celle de sa définition, celle de son absence ou de son existence et enfin la question de sa nature juridique.

383. Définition de la contestation sérieuse. Concernant la définition de la contestation sérieuse, cette notion n'est définie ni par le CPCF ni par le CPCK. De même, la jurisprudence, qu'elle soit française ou koweïtienne, « n'a jamais été à même de proposer une quelconque définition de la contestation sérieuse, parce qu'elle a méconnu le fait que cette notion a une signification et une portée toutes différentes »⁹⁵⁵. Au surplus, la doctrine en France comme au Koweït pense que cette notion est « ardue »⁹⁵⁶ et ne peut être pas définie⁹⁵⁷. En l'espèce, le professeur Nicolas CAYROL pense que cette notion « n'a pu faire l'objet d'une définition réellement satisfaisante »⁹⁵⁸. De plus, d'autres auteurs estiment que « la notion de contestation sérieuse s'est acquis une réputation d'inaccessibilité qui n'a rien à envier à celle de l'urgence »⁹⁵⁹. En effet, s'il n'existe pas en droits français et koweïtien une définition de la contestation sérieuse liée à un litige provisoire, les juges des référés des deux pays peuvent néanmoins en pratique constater l'absence ou l'existence d'une telle contestation sérieuse. En France et au Koweït, la contestation sérieuse existe de fait lorsque « l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision qui pourrait être rendue au fond »⁹⁶⁰. Par conséquent, alors que le juge des référés ou toute autre juridiction vérifie en pratique l'absence ou l'existence d'une contestation sérieuse dans le cadre des procédures de référés, l'établissement d'une définition théorique de la notion de contestation sérieuse n'est pas indispensable.

384. Existence et absence de la contestation sérieuse. S'agissant de l'absence ou de l'existence d'une contestation sérieuse, l'existence d'une telle contestation, que l'on soit en France ou au Koweït, fait obstacle à la saisine du juge des référés. Ainsi, il est nécessaire dans

⁹⁵⁵ J.-P. ROUSSE, « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *Gaz. pal.*, 1974, 2^{ème} sem., Doct., p.837. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p. 315.

⁹⁵⁶ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1075.

⁹⁵⁷ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p.421.

⁹⁵⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 388.

⁹⁵⁹ J.-P. ROUSSE, préc. En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 2^{ème}, 5 mars 2015, n° 13-18134, Inédit.

⁹⁶⁰ X. VUITTON, « Référés, civils », préc., n° 9.

les deux États qu'il n'existe aucune contestation sérieuse pour que les mesures provisoires et/ou conservatoires puissent être ordonnées.

385. Aux yeux du droit français, l'article 834 du CPCF prévoit expressément que le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux peut ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires « qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Ainsi, cet article met en place deux types de mesures alternatives que le juge des référés peut ordonner lorsqu'une partie demande l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires. D'une part, le juge des référés peut ordonner des mesures provisoires qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse⁹⁶¹. D'autre part, ce juge peut prononcer des mesures conservatoires même en présence d'une contestation sérieuse, puisque « la contestation est au cœur du différend qui justifie l'intervention du juge des référés »⁹⁶². Toutefois, une partie de la doctrine française considère à cet égard que l'absence de contestation sérieuse ne constitue pas une véritable condition de la saisine du juge des référés, car même s'il existe une contestation sérieuse, des mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent être ordonnées par le juge des référés⁹⁶³. Néanmoins, la Cour de cassation répond en disant que les deux alternatives mises en place par l'article 834 du CPCF correspondent aux deux fonctions des juges des référés. D'une part, l'absence de contestation sérieuse permet au juge des référés de se faire juge d'anticipation en ordonnant une « mesure d'anticipation »⁹⁶⁴ qu'elle soit de nature provisoire ou conservatoire. Par ailleurs, la référence à l'existence d'un différend justifie également l'intervention du juge des référés dans sa fonction d'ordonnateur des mesures conservatoires⁹⁶⁵. Ainsi, en général et peu importe la spécificité qui concerne l'intervention du juge des référés en cas d'existence d'une contestation sérieuse, l'absence d'une telle contestation constitue de manière générale une condition « transversale »⁹⁶⁶ pour la saisine du juge des référés français selon l'article 834 du CPCF. Il faut noter par ailleurs que la condition de « l'existence d'un différend » n'existe qu'en droit français et non pas au Koweït⁹⁶⁷.

⁹⁶¹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 545.

⁹⁶² X. VUITTON, « Référés, conditions générales des pouvoirs... », préc., n° 36.

⁹⁶³ *Ibidem.* ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 545. ; J.-P. ROUSSE, préc.

⁹⁶⁴ L'anticipation est un terme de procédure civile et l'une des fonctions de juge des référés, qui « lui permet de prendre des mesures ayant pratiquement les effets et la vigueur d'un jugement au fond ». : À cet égard : X. VUITTON, « Référés, civils », préc.

⁹⁶⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 30 mai 2007, n° 06-19068, Inédit. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2007, n° 06-11026, Inédit. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 5 avril 2011, n° 10-12840, Inédit.

⁹⁶⁶ X. VUITTON, « Référés, conditions générales des pouvoirs... », préc., n° 6. En ce sens v. également : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 545.

⁹⁶⁷ Sur ce sujet v. : N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 544 s. ; X. VUITTON, « Référés, conditions générales des pouvoirs... », préc., n° 6 s.

386. En droit koweïtien, tel que nous l'avons dit, il n'existe pas d'article similaire à l'article 834 du CPCF. La condition d'absence de contestation sérieuse trouve son fondement dans la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes⁹⁶⁸. Toutefois, celles-ci ne détaillent malheureusement pas comme en France cette condition. Cependant, un auteur au Koweït estime qu'il n'est pas logique de conférer un pouvoir d'ordonner des mesures provisoires au juge des référés lorsqu'il existe une contestation sérieuse pouvant perturber la décision du juge de fond⁹⁶⁹. Cependant, si l'absence de contestation sérieuse est exigée dans les deux États, la question qui se pose est celle de savoir si la nature de cette condition de l'absence de contestation sérieuse est similaire en France et au Koweït.

387. Nature de la contestation sérieuse. En France et avant le Décret numéro 71-740 du 9 septembre 1971, le CPCF ne comportait pas la condition de l'absence de contestation sérieuse pour la saisine du juge des référés. En effet, « la jurisprudence l'avait déduite de l'interdiction de faire préjudice au principal, laquelle avait pour conséquence, non seulement de limiter l'autorité de l'ordonnance, mais également de faire obstacle au pouvoir de juridiction du juge des référés »⁹⁷⁰. Avant ledit décret, l'existence de l'interdiction de faire préjudice au principal rendait en réalité l'existence de la référence à l'absence de contestation sérieuse non nécessaire⁹⁷¹, puisque cette dernière notion était considérée comme « condition complémentaire posée par le législateur »⁹⁷². C'est la raison pour laquelle l'ancienne doctrine française considérait que « la contestation sérieuse n'était que l'un des aspects de l'interdiction de faire préjudice au principal »⁹⁷³. Ainsi, après ledit décret, la notion d'absence de contestation sérieuse est apparue à l'article 808 du CPCF, qui est aujourd'hui l'article 834 du même code⁹⁷⁴, alors que la notion de l'interdiction de faire préjudice au principal a « formellement » disparue.

La nature de l'absence de contestation sérieuse a évolué avec une rupture marquée par l'adoption du Décret numéro 71-740 du 9 septembre 1971. Avant ce décret, la jurisprudence et la doctrine considéraient que l'absence de contestation sérieuse était une condition de compétence du juge des référés, comme il en était fait exemple dans un arrêt du 5 février 1948

⁹⁶⁸ Cass. Com., 18 avril 1979, n° 1978/35. ; S. MAHMUD, *Le procès en référé...op. cit.*, p. 34. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p.421 s.

⁹⁶⁹ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p.421 s.

⁹⁷⁰ J. NORMAND, « Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoirs du juge des référés », *RTD civ.*, 1979, p.654 s.

⁹⁷¹ J. HÉRON, Th. Le BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.333.

⁹⁷² A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.318.

⁹⁷³ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1075.

⁹⁷⁴ Le numéro de l'art. 808 est modifié par Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 - art. 4.

rendu par le Tribunal civil d'Alès⁹⁷⁵. Après le décret de 1971, la Cour de cassation a jugé que « l'ordonnance par laquelle le juge des référés dit n'y avoir lieu à référé en raison de l'existence d'une contestation sérieuse, constitue une décision sur le fond même du référé »⁹⁷⁶. Ainsi, l'absence de contestation sérieuse ne constitue pas une condition de compétence ou de recevabilité de la demande en référé, l'utilisation de l'expression de « fond » du référé faite par cet arrêt démontre qu'il s'agit plutôt d'une « condition de la saisine du juge des référés »⁹⁷⁷.

388. L'influence du droit français sur le droit koweïtien. En droit koweïtien, l'article 31 du CPCCK exige seulement et en plus de l'urgence, la condition de l'interdiction de faire préjudice au principal pour la compétence du juge des référés. Cet article, n'exige pas expressément l'absence de contestation sérieuse, mais en réalité cette condition est requise par la jurisprudence et la doctrine, tel qu'il a déjà été démontré. La nature de cette condition d'absence de contestation sérieuse concerne la saisine du juge des référés selon la doctrine⁹⁷⁸, ce qui permet de conclure que le droit koweïtien a sur ce point été influencé par le droit français. En effet, selon un avis de la doctrine koweïtienne, « l'absence de contestation sérieuse est une condition de compétence du juge des référés, [cette condition] est héritée [au Koweït] des anciennes jurisprudence et doctrine françaises »⁹⁷⁹. Nous pensons également que la condition de l'interdiction de faire préjudice au principal est héritée au Koweït de l'ancien droit français, en tant qu'elle constitue une condition de compétence, puisque le professeur Abd-Alrazek ALSANHORY a transféré le droit français au Koweït, en le mélangeant avec les règles de la Charia⁹⁸⁰.

389. Après avoir expliqué la notion de l'absence de contestation sérieuse, il est nécessaire d'étudier la mise en œuvre de cette condition.

2 : La mise en œuvre de la condition de l'existence d'une contestation sérieuse

⁹⁷⁵ Il a été considéré par le tribunal civil d'Alès que l'existence d'une contestation sérieuse échappe à la compétence du juge des référés. En ce sens v. : Le Tribunal Civil d'Alès, 5 février 1948, D., 1948, Jurisprudence, p.150.

⁹⁷⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 14 mai 2009, n° 07-21094, Bull., II, n° 127, p. 119, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 268, obs. R. PERROT.

⁹⁷⁷ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.318.

⁹⁷⁸ *Ibidem.* ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p.421.

⁹⁷⁹ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.318.

⁹⁸⁰ *Supra* : n° 39.

390. En droits français et koweïtien, à l'instar de la première condition des référés classiques, c'est-à-dire l'urgence, le moyen tiré de l'existence d'une contestation sérieuse donne lieu au prononcé d'une fin de non-recevoir. De plus, la condition de l'absence de contestation sérieuse doit être contrôlée dans les deux États par les Hautes juridictions.

391. Le moyen tiré de l'existence d'une contestation sérieuse. En droit français, l'existence d'une contestation sérieuse est sanctionnée par une fin de non-recevoir. La Cour de cassation a jugé en 1986 que « le moyen tiré, devant le juge des référés, de l'existence d'une contestation sérieuse ne constitue pas une exception d'incompétence, mais concernait l'exercice de ses pouvoirs, par la juridiction des référés et pouvait être présentée en tout état de cause »⁹⁸¹. Toutefois, il faut noter que ce moyen de défense est mélangé de fait et de droit⁹⁸². Ainsi, l'adversaire qui conteste la demande en référé par le moyen tiré de l'existence d'une contestation sérieuse ne peut pas l'évoquer pour la première fois devant la Cour de cassation⁹⁸³.

392. En droit koweïtien, même s'il cela n'est pas prévu par le CPCK ou par la jurisprudence, le moyen tiré de l'existence d'une contestation sérieuse est sanctionné par une fin de non-recevoir selon la doctrine appliquant la logique du droit français⁹⁸⁴. Cependant, nous pensons que l'interdiction de faire préjudice au principal est en fait suffisante puisqu'elle nous ramène à la solution française d'avant ou après le décret de 1971.

393. L'appréciation faite par la Cour de cassation. S'agissant de l'appréciation de l'existence d'une contestation sérieuse en droits français et koweïtien, la Cour de cassation exerce clairement son contrôle sur l'existence ou l'absence de contestation sérieuse⁹⁸⁵. Par ailleurs, il est nécessaire de s'intéresser plus spécifiquement au terme « sérieuse » pour qualifier la contestation. En effet, ce sont les juges des référés français et koweïtien eux-mêmes qui apprécient le caractère sérieux de la contestation, qui sera motivé dans leurs ordonnances de référé, cette appréciation étant réalisée à partir de la date à laquelle ces ordonnances sont

⁹⁸¹ Cass. Civ.3, 19 mars 1986, n° 84-17524, *Gaz. pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p.56, obs. S. GUINCHARD, T. MOUSSA. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814, obs. Y. STRICKLER.

⁹⁸² Cass. Civ. 2, 4 mars 1964, n° 63-10283, Bull., II, n° 203, p.150.

⁹⁸³ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.103.

⁹⁸⁴ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p. 421 s. Du même auteur : *Les procédures...op.cit.*, t. I, p.46, 47 et 124 s.

⁹⁸⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 1977, n° 76-10319, Bull., III, n° 33, p.26. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 10 février 1988, n° 86-18864, Bull., III, n° 34, p.18. ; Cass. Com., 10 juin 1976, n° 75-12917 Bull., IV, n° 189, p.163. ; Cass. Com., 6 mars 1985, n° 83-17039, Bull., IV, n° 91, p.80. ; Cass. Com. K., 8 mars 1978, n° 1976/28.

rendues⁹⁸⁶. Enfin, la charge de la preuve repose d'une part sur le demandeur qui doit apporter la preuve de l'absence de contestation sérieuse et, d'autre part, sur le défendeur qui doit de son côté prouver l'existence d'une telle contestation⁹⁸⁷. En ce sens, seule la Cour de cassation française a décidé que « l'existence d'une contestation sérieuse, de nature à affecter les pouvoirs du juge des référés d'ordonner une mesure, s'apprécie à la date de sa décision, laquelle, selon le cas, est seulement susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation et ne relève pas du recours prévu par l'article 488 du [CPC] relatif aux pouvoirs du juge des référés en cas de circonstances nouvelles »⁹⁸⁸. Par conséquent, les juges des référés français et koweïtien bénéficient d'un pouvoir souverain d'appréciation sur le caractère sérieux de la contestation, les Hautes juridictions des deux États ne faisant que contrôler cette appréciation.

394. Il apparaît donc que l'absence de contestation sérieuse doit être analysée de la même manière que la condition d'urgence. En France, ces deux conditions sont aujourd'hui des conditions de la saisine du juge des référés français. Au Koweït, tel qu'il a été considéré par la jurisprudence et la doctrine, l'urgence est une condition de compétence mais l'absence de contestation sérieuse est une condition de la saisine du juge des référés koweïtien.

395. Toutefois, il reste dans les deux États à étudier le référé d'instruction qui existe expressément dans le CPCF mais implicitement dans le CPCK.

C : La saisine avant tout procès et l'existence d'un motif légitime, conditions propres au référé *in futurum*

396. Définition. En France comme au Koweït, la mesure d'instruction *in futurum*, nommée aussi mesure probatoire, est « une mesure ordonnée par un juge d'office ou à la demande d'une partie, tendant à établir la véracité des faits allégués par une partie au soutien de ses prétentions »⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.101. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p.421 et 422.

⁹⁸⁷ J.-P. ROUSSE, préc. ; Cass. Civ. 1^{re}, 30 janvier 1979, n° 77-13228, Bull., I, p.33. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op.cit.*, t. II, p. 421 et 422. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.320.

⁹⁸⁸ Cass. Civ. 3^{ème} 19 juillet 1995, n° 93-19451, Bull., III, n° 206, p.173. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 22 février 1983, n° 81-11440, Bull., III, n° 53, p.43. ; Cass. Civ. 3^{ème} 25 novembre 1992, n° 90-21364, Bull., III, n° 310, p.190.

⁹⁸⁹ R. CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p.341. En ce sens v. aussi : A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p. 323.

397. Le CPCF et le Code de la preuve koweïtien (CPK). En France, l'article 145 du CPCF prévoit expressément que « s'il existe *un motif légitime* de conserver ou d'établir *avant tout procès* la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». En droit koweïtien, il n'existe pas dans le CPCK d'article similaire à l'article 145 du CPCF. En revanche, les articles 51 et 72 du CPK peuvent en apparence s'apparenter à l'article 145 du CPCF. S'agissant de l'article 51 du CPK, il concerne l'audition de témoignages alors que l'article 72 du même code concerne la preuve de l'état des objets. Or, il existe une différence fondamentale entre les deux États concernant la question des conditions de la saisine des juges des référés.

398. Différence entre les conditions française et koweïtienne. En France, pour saisir le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du CPCF, il est nécessaire que la saisine ait lieu avant tout procès et sur le fondement d'un motif légitime. L'urgence et l'absence de contestation sérieuse ne sont pas des conditions exigées dans le cadre du référé probatoire de l'article 145 du CPCF⁹⁹⁰. Ainsi, selon ledit article, l'existence d'un motif légitime et la saisine avant tout procès sont les seules conditions exigées.

En revanche, le CPCK n'impose pas de conditions comparables à celles de l'article 145 du CPCF. En effet, les seules conditions mises en place devant le juge des référés koweïtien par le CPCK sont l'urgence, le caractère provisoire de la demande et l'absence de contestation sérieuse, tel qu'il a été démontré. Cependant, en matière d'actions préparatoires, le motif légitime et la saisine avant tout procès sont bien considérées comme des conditions complémentaires pour la saisine du juge des référés koweïtien selon les articles 51 et 72 du Code de la preuve koweïtien (CPK)⁹⁹¹.

399. Par conséquent, même si le référé probatoire est prévu dans deux Codes distincts, c'est-à-dire dans le CPCF et le CPK, la saisine avant tout procès (1) et le motif légitime (2), sont bien des conditions de la saisine du juge des référés dans les deux États.

⁹⁹⁰ J. NORMAND, « Le référé de l'article 145 », RTD civ., 1983, p.783 s. ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 février 1983, n° 81-16184, Bull., I, n° 56, p. 49, Gaz. Pal. 1983, Pan., p. 178, obs. S. GUINCHARD. ; Cass. Com., 25 octobre 1983, n° 82-13595, Bull., IV, p.237. ; Cass. Com., 25 octobre 1983, n° 82-13596, Bull., IV, p.237.

⁹⁹¹ L'art. 51 du code de la preuve koweïtien prévoit expressément que la demande qui vise l'audition de témoignage doit être présentée devant le juge des référés dans les mêmes conditions habituelles de la saisine de cette juridiction à savoir l'existence d'urgence et le caractère provisoire de la demande. Du même, l'art. 72 du même code prévoit que pour prouver l'état de l'objet, la demande doit être présentée devant le juge des référés, « [...] avec le respect des articles précédents », donc dans les mêmes conditions exigées de l'art. 51 du ce code.

1 : La saisine du juge des référés avant tout procès

400. « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir **avant tout procès** la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées »⁹⁹².

401. Les deux questions liées au référé probatoire. L'utilisation de l'expression « Avant tout procès » au sein de l'article 145 du CPCF suscite deux interrogations. Une première question peut être soulevée concernant la nature du procès ayant lieu dans le cadre du référé probatoire : est-ce un procès en référé ou bien un procès au fond ? Une deuxième question qui est peut-être posée concernant le référé probatoire concerne la nature et la qualification de la condition de nécessité de la saisine du juge des référés avant tout procès.

402. La saisine avant tout procès « au fond ». En France, l'article 145 du CPCF précise que les mesures d'instruction peuvent être ordonnées « avant tout procès », mais il ne prévoit pas quel procès est concerné : le procès en référé ou bien le procès au fond ? À cet égard, la Cour de cassation française estime que le référé probatoire intervient avant tout procès au fond⁹⁹³. Ainsi, seule l'existence d'un procès au fond empêche la saisine du juge des référés sur le fondement de l'article 145 du CPCF⁹⁹⁴, c'est-à-dire l'obtention d'une mesure *in futurum*. Or, il faut noter que « la saisine postérieure du juge du fond ne saurait faire obstacle au pouvoir du juge des référés déjà saisi sur le fondement de l'art. 145. Cette condition [doit] s'apprécier à la date de saisine du juge des référés »⁹⁹⁵.

403. La condition de saisine du juge des référés avant tout procès au fond n'existe pas dans le CPCK. L'article 31 du CPCK, le seul article de ce code concernant les procédures de référés au Koweït, exige uniquement l'existence d'une urgence et le caractère provisoire de la demande en référé pour la saisine du juge des référés. Cependant, les articles 51 et 72 du CPK exigent expressément que la saisine du juge des référés ait lieu avant tout procès au fond. De plus, ce code exige également que les conditions d'urgence et de caractère provisoire de la

⁹⁹² L'art 145 du CPCF.

⁹⁹³ Cass. Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, *JCP*, 1987, IV, p.62. ; En ce sens v. également : Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juin 1998, n° 95-10563, Bull., II, n° 200, p.118.

⁹⁹⁴ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 456.

⁹⁹⁵ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p. 331. ; Cass. Civ. 2, 28 juin 2006, n° 05-19283, Bull., II, n°173, p. 166, *Dr., proc.*, 2006, p. 344, obs., E. PUTMAN.

demande soient remplies. Sur ce point, la Cour de cassation koweïtienne décide que « la finalité de l'action visant à prouver l'état de l'objet tel que le prévoit l'article 72 du CPK, est de préparer une preuve ou de sauvegarder l'état d'un objet, qui pourra dans le futur faire l'objet d'un litige au fond »⁹⁹⁶. Par conséquent, en droit koweïtien une partie qui souhaite mettre en œuvre un référé probatoire a deux possibilités. Dans une première hypothèse, la partie souhaitant recourir à la procédure du référé probatoire aura la possibilité de s'appuyer sur l'article 31 du CPCR qui fait référence en substance à la mesure d'instruction en général. Dans une seconde hypothèse, la procédure de référé probatoire pourra plutôt être engagée sur le fondement des articles 51 et 72 du CPK, dans une logique similaire à celle de l'article 145 du CPCR.

404. En fonction du fondement choisi à l'appui du référé probatoire, les conditions à remplir ne seront pas les mêmes. Dans la première hypothèse de référé probatoire, c'est-à-dire celle où la partie qui souhaite la mise en œuvre de cette procédure va s'appuyer sur l'article 31 du CPCR, l'urgence et le caractère provisoire de la demande et l'absence de contestation sérieuse, seront exigés, tel qu'il a déjà été expliqué⁹⁹⁷. Ainsi, la saisine du juge des référés avant tout procès au fond ne sera pas une condition exigée ici. Quant à la seconde hypothèse de référé probatoire, celle où l'une des parties a la possibilité d'obtenir une mesure d'instruction du juge des référés koweïtien sur le fondement des articles 51 et 72 du CPK, les conditions à remplir seront plus nombreuses. En effet, dans ce cas la saisine devra être effectuée avant tout procès au fond et il sera nécessaire en plus de prouver l'existence de l'urgence, le caractère provisoire de la demande en référé et l'absence de contestation sérieuse⁹⁹⁸. Il faut noter que dans cette seconde hypothèse, la saisine postérieure du juge du fond ne peut pas faire obstacle, comme en France, au pouvoir du juge des référés tant que ce dernier est déjà saisi⁹⁹⁹.

405. Convention d'arbitrage. En France et au Koweït, il est nécessaire de rappeler que l'existence de la convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à la compétence du juge des référés, qu'elle soit fondée sur l'article 145 du CPCR en France ou sur les articles 51 et 72 du CPK ou encore sur l'article 31 du CPCR au Koweït, en tout cas tant que le tribunal arbitral n'est pas

⁹⁹⁶ Cass. Com., 26 janvier 2004, n° 385/2001. Traduit par : A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p. 325 s.

⁹⁹⁷ *Supra* : n° 148.

⁹⁹⁸ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.323.

⁹⁹⁹ T. RESQ, préc. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.157. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.326.

constitué. Tel que nous l'avons expliqué, la compétence du juge des référés en tout état de cause doit être subordonnée aux conditions propres à chaque États¹⁰⁰⁰.

406. La nature de la condition de la saisine avant tout procès. S'agissant de la nature et de la qualification de la condition de nécessité de la saisine du juge des référés avant tout procès, il a été considéré par certains auteurs en France et par la doctrine koweïtienne en général que la condition de la saisine avant tout procès relève d'une compétence « temporelle » du juge des référés¹⁰⁰¹. Dans cette perspective, si l'une des parties saisit le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du CPCF ou sur le fondement des articles 51 et 72 du CPK, alors qu'un procès au fond devant le juge du fond a déjà été entamé au préalable, le juge des référés se déclare dans ce cas incompétent. Toutefois, deux arguments peuvent être soulevés pour contester cette interprétation de la nature de la condition de la nécessité de saisir le juge des référés avant tout procès. D'une part, tel que nous l'avons démontré, le conflit entre deux juridictions ne doit pas exister lorsque ces deux juridictions disposent de pouvoirs juridictionnels différents¹⁰⁰², c'est-à-dire lorsque l'une d'elle a un pouvoir au fond alors que l'autre a un pouvoir en référé. Ainsi, « un pouvoir juridictionnel identique » doit exister pour qu'un conflit de compétence soit généré¹⁰⁰³. D'autre part, un défaut de compétence devrait être sanctionné par une exception de procédure¹⁰⁰⁴ alors que la Cour de cassation française a décidé que « l'absence d'instance au fond [...] constitue une condition de recevabilité de la demande formée en application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile »¹⁰⁰⁵. Ainsi, la saisine du juge des référés après ou en cours d'un procès au fond, doit être sanctionné par la fin de non-recevoir¹⁰⁰⁶.

407. Par conséquent et afin d'éviter toute ambiguïté concernant ce sujet, la condition de la saisine du juge des référés avant tout procès au fond constitue en France une condition « à

¹⁰⁰⁰ En droit français, l'urgence est exigée pour la compétence du juge des référés sur le fondement de l'article 145 du CPCF. En droit koweïtien, l'urgence et le caractère provisoire de la demande en référé sont exigées pour la compétence du juge des référés koweïtien sur le fondement des articles 51 et 72 du Code de la preuve koweïtien. *Supra* : n° 402 et 403.

¹⁰⁰¹ I. DESPRÉS, *Les mesures d'instruction in futurum*, Thèse, Préf., Dalloz, 2004, p.27 s. ; T. RESQ, préc.

¹⁰⁰² *Supra* : n° 167.

¹⁰⁰³ J. NORMAND, « La distinction de la compétence... », *op. cit.*, p.782.

¹⁰⁰⁴ En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.231. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.111 s.

¹⁰⁰⁵ Cass. Civ. 2, 28 juin 2006, n° 05-19283, Bull., II, n°173, p.166, Dr., proc., 2006, p. 344, Obs., E. PUTMAN. ; En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 3, 18 décembre 2002, n° 01-14202, Bull., III, n° 271, p.234.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*.

part entière de saisine du juge des référés »¹⁰⁰⁷. Cette condition est considérée d'ordre public comme toutes les conditions de la saisine du juge des référés¹⁰⁰⁸. En droit koweïtien, ni les codes juridiques koweïtiens ni la jurisprudence ne traite de la nature de la condition de la saisine avant tout procès au fond. La doctrine koweïtienne seule considère que cette condition est une condition de compétence¹⁰⁰⁹, donc elle sera, selon elle sanctionnée par l'exception de procédure.

2 : L'existence d'un motif légitime

408. « Historiquement, les mesures d'instruction *in futurum* sont nées, de fait, des situations où il est urgent de conserver une preuve afin de la soustraire aux manœuvres d'un adversaire »¹⁰¹⁰.

409. Nous pouvons en déduire que l'existence d'un motif légitime n'est officiellement pas une condition partagée en droits français et koweïtien pour la saisine du juge des référés. En France, cette condition est exigée expressément par l'article 145 du CPCF. Cependant, elle n'est exigée ni par l'article 31 du CPCK, ni par les articles 51 et 72 du CPK.

410. Définition. Le motif légitime prévu uniquement à l'article 145 du CPCF peut être défini par la doctrine française comme « l'intérêt légitime »¹⁰¹¹, la « cause »¹⁰¹², ou la « raison »¹⁰¹³. En l'espèce, Gérard CORNU estime que le motif d'une mesure d'instruction sera légitime si et seulement s'il est fondé sur le droit¹⁰¹⁴. De surcroît, la professeure Frédérique FERRAND donne un cadre pour le motif légitime en considérant qu'« il peut consister en l'intérêt qu'a une partie, pour des raisons morales ou pécuniaires, de gagner un futur procès, ou même d'éviter un procès en disposant de moyens de dissuasion suffisants »¹⁰¹⁵. Ainsi, s'il existe

¹⁰⁰⁷ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p. 328. ; I. DESPRÉS, préc.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁹ T. RESQ, préc. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.157. ; En ce sens v. aussi : A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.415 s.

¹⁰¹⁰ M. FOULON, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *in mél. Pierre DRAI, Le juge entre deux millénaires, Dalloz*, 2000, p.233.

¹⁰¹¹ J. HÉRON, Th. Le BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.345.

¹⁰¹² S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.232.

¹⁰¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.670.

¹⁰¹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.604.

¹⁰¹⁵ F. FERRAND, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Preuve, décembre 2013, n° 379.

une définition ou au moins, un cadre posé concernant le « motif légitime », il reste à s'interroger sur l'existence de cette condition en droits français et koweïtien.

411. L'urgence exigée par l'ancien droit français et par le droit koweïtien actuel.

L'urgence était une condition exigée par l'ancien droit français et est toujours une condition exigée au Koweït pour l'obtention de la mesure d'instruction¹⁰¹⁶. En effet, dans l'ancien droit français si cette condition d'urgence et le motif légitime n'étaient pas caractérisés « la mesure n'aurait pu, à l'époque, être ordonnée »¹⁰¹⁷. Au Koweït, sans urgence, la mesure d'instruction fondée sur les articles 51 et 72 du CPK, ne sera jamais ordonnée jusqu'à nos jours¹⁰¹⁸. Néanmoins, nous pouvons nous interroger sur la persistance de la condition de l'urgence en droit français actuel.

412. Le motif légitime. En droit français actuel, une partie de la doctrine française pense que le motif légitime, déjà défini, ne se traduit pas comme un cas d'urgence¹⁰¹⁹. Ainsi, comme il est aujourd'hui prévu par l'article 145 du CPCF, seul le motif légitime est exigé pour la saisine du juge des référés français. En revanche, si certaines conditions, notamment l'urgence sont actuellement requises en droit koweïtien pour obtenir une mesure d'instruction sur le fondement des articles 51 et 72 du CPK, la condition de motif légitime n'est pas en tant que telle exigée par ces articles. Néanmoins, nous pouvons considérer que ladite condition existe en réalité en fonction de la manière dont on lit ces articles. En effet, les articles 51 et 72 du même code commencent simultanément avec l'expression qu' « il est possible à toute personne qui a peur de perdre une opportunité », concernant l'audition de témoignages et la preuve de l'état des objets. Ainsi, cette « peur de perdre une opportunité », peut être selon nous assimilée à une forme d'exigence d'un motif légitime bien que pour le moment cette condition n'ait jamais été requise de manière explicite à titre de condition du référé probatoire par la doctrine ou la jurisprudence.

Si l'on se fonde sur le cadre donné par la professeure FERRAND pour analyser le droit koweïtien, la mesure d'instruction demandée sur les fondements des articles 51 et 72 du CPK, permet clairement de se pré-constituer des preuves qui permettront de gagner ou d'éviter un futur procès grâce à l'audition de témoignages et à la preuve de l'état des objets. Par conséquent,

¹⁰¹⁶ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire...* t. I, *op. cit.*, p.213 s. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...**op.cit.*, p. 328.

¹⁰¹⁷ J. NORMAND, « Le référé de l'article 145 », *op. cit.*, p.785.

¹⁰¹⁸ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...**op.cit.*, p.334.

¹⁰¹⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...**op. cit.*, , 33 éd., p.1301 s.

si l'urgence n'englobe pas nécessairement le motif légitime qui n'est pas une condition expressément exigée par le CPK, selon nous cette dernière condition existe pourtant bien dans la formulation des articles 51 et 72 du ce code. En tous cas, il faut prendre en compte en droits français et koweïtien qu'il est nécessaire de démontrer l'existence d'un lien entre la mesure d'instruction demandée et le futur procès¹⁰²⁰.

413. Présentation, appréciation et contrôle de motif. Si le motif légitime est une condition exigée de manière claire et certaine en France par le CPCF, cela permet de fait qu'un contrôle soit effectué par les juridictions sur l'existence et le contenu du motif légitime. En droit koweïtien, tel que nous l'avons dit, le motif légitime n'existe que théoriquement selon nous, par référence à l'expression « peur de perdre une opportunité ». La question du recours à la condition de motif légitime n'est ainsi pas du tout, en tous cas à l'heure actuelle, traitée par la jurisprudence ou la doctrine koweïtienne, même si la doctrine koweïtienne analyse bien les contours d'autres conditions que celle du motif légitime pour l'obtention d'une mesure d'instruction, notamment l'urgence et le caractère provisoire de la demande¹⁰²¹. Ainsi, l'appréciation et le contrôle d'un motif légitime ne peuvent être faites qu'en droit français.

414. Présentation. Tout d'abord, la preuve de l'existence d'un motif légitime doit être faite par la partie requérante de la mesure d'instruction. En effet, afin d'obtenir une mesure d'instruction ce motif devra être justifié devant le juge des référés de même que l'autre condition, c'est-à-dire le fait que la saisine ait eu lieu avant tout procès, au moment où le demandeur présentera ses moyens¹⁰²². Cependant, s'il existe plusieurs demandes avec plusieurs motifs, il suffira que le juge des référés vérifie au moins l'existence et la légitimité d'un seul de ces motifs¹⁰²³. Sur ce point, la Haute juridiction française a jugé que « si le juge peut accueillir la demande sans être tenu de caractériser l'existence d'un motif légitime au regard de chacun des différents fondements juridiques envisagés par le demandeur, il n'en doit pas moins constater l'existence d'un tel motif au regard de l'un ou l'autre de ces fondements »¹⁰²⁴.

Ensuite, le défendeur est également en droit de contester la légitimité du motif présenté par le demandeur pour empêcher celui-ci d'obtenir la mesure *in futurum* sollicitée¹⁰²⁵. Le

¹⁰²⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 3 septembre 2015, n° 14-20453, *Rev., Procédures*, 2015, comm. n° 317, obs. Y. STRICKLER.

¹⁰²¹ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.334. ; V. aussi l'art. 51 et 72 du CPK.

¹⁰²² J. NORMAND, « Une mesure d'instruction à future peut être ordonnée en référé indépendamment de tout mesure d'interdiction afin de constater l'accomplissement éventuel d'un acte illicite », *RTD civ.*, 1994, p.670 s.

¹⁰²³ Cass. Com., 14 février 2012, n° 11-12833, *Inédit.*, *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 109, obs., R. PERROT.

¹⁰²⁴ *Ibidem.* ; Cass. Com., 14 février 2012, n° 11-12833, *Inédit.*

¹⁰²⁵ M. FOULON, « Quelques remarques d'un président... », *op. cit.*, 233.

défendeur peut aussi lui-même présenter un motif légitime en contestation du motif initial soulevé par le demandeur.

Enfin, le motif légitime qu'il soit présenté par le demandeur ou par le défendeur ne doit pas toucher à leurs droits fondamentaux, comme par exemple les droits du secret industriel ou du secret professionnel¹⁰²⁶.

415. Appréciation. Après la présentation des motifs par le demandeur et le défendeur, le rôle du juge des référés a vocation à se manifester. Le juge des référés met en balance les intérêts des parties, ainsi, il va « adapter la mesure aux résultats de cette pesée, [ou il va] refuser de la prescrire si la disproportion est trop grande pour qu'un simple aménagement suffise à la combler »¹⁰²⁷. « Plus la mesure est contraignante pour celui qui la subit, plus pressant et grave doit être l'intérêt de celui qui la requiert »¹⁰²⁸. Par conséquent, le juge des référés apprécie de façon concrète l'existence d'un motif légitime en prononçant la mesure *in futurum* qui est « légalement admissible »¹⁰²⁹. Cette appréciation relève ainsi de pouvoir souverain du juge des référés¹⁰³⁰.

416. Contrôle. L'appréciation de la légitimité des motifs faite par le juge des référés n'échappe pas au contrôle de la Cour d'appel¹⁰³¹. En effet, le contrôle de la légitimité des motifs implique une appréciation des moyens mélangés de fait et de droit de même que la condition de la saisine du juge des référés avant tout procès. Ainsi, le moyen tiré de la légitimité des motifs ne peut pas être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation¹⁰³². À cet égard, la Cour de cassation considère ainsi qu'« attendu qu'il ne résulte pas des productions que la société Euro Disney ait prétendu devant les juges d'appel, que les sociétés n'avaient pas un motif légitime à solliciter la mesure d'expertise ordonnée ; qu'il s'ensuit que le moyen est nouveau et, mélangé de fait et de droit, irrecevable »¹⁰³³.

¹⁰²⁶ *Ibidem.* ; Cass. Civ. 2^{ème}, 14 mars 1984, n° 82-16076, Bull., II, p. 34, RTD civ., 1984, p. 562, obs. R. PERROT. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.337.

¹⁰²⁷ J. NORMAND, « L'autonomie des référés de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », RTD civ., 1983, p.187.

¹⁰²⁸ Cass. Soc., 19 décembre 2019, n° 10-20526, Bull., soc., p.370, *Gaz. pal.*, 25 mai 2013, Chron. n° 131h8, p.26, obs, S. MEKKI.

¹⁰²⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 588. ; S. MEKKI, « Du bon usage des mesures d'instruction *in futurum* en matière de discrimination », *Gaz. pal.*, 25 mai, Chron. n° 131h8, p.26.

¹⁰³⁰ La Cour de cassation française a estimé que : « l'existence du motif légitime de nature à justifier une mesure d'instruction sollicitée par application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir souverain du juge ». En ce sens : Cass. Civ. 2^{ème}, 14 mars 1984, n° 82-16076, Bull., II, n° 49, p.34.

¹⁰³¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 11 octobre 1995, n° 93-11006, Inédit.

¹⁰³² A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.338.

¹⁰³³ Cass. Civ. 2^{ème}, 11 octobre 1995, n° 92-20265, Inédit.

417. Les conditions du « référé-urgence » ou du référé *in futurum* ont été présentées en droit français ainsi qu'en droit koweïtien. Cependant, il existe des modalités de référé connues uniquement en droit français et n'existant pas en tant que tel au Koweït à travers les référés spéciaux, à savoir le référé sauvegarde et le référé-provision.

§2 : Les référés spéciaux : Référés français

418. Les référés spéciaux dans le droit français. En droit français, il existe des modalités spécifiques pour saisir le juge des référés impliquant certaines conditions, qui ne sont pas connues pas en droit koweïtien. Il s'agit des référés spéciaux prévus à l'article 835 du CPCF. En effet, il existe dans cet article deux procédures de référé. D'une part **le référé préventif** permet au juge de « prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». D'autre part, **le référé-provision** permet d'« accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». En l'espèce, la condition d'urgence n'est nécessaire ni dans le référé préventif, ni dans le référé-provision prévus à l'article 835 du CPCF. En revanche, cet article exige clairement que d'autres conditions soient remplies¹⁰³⁴.

419. Le référé classique koweïtien assimilé aux référés spéciaux français. En revanche, le système judiciaire koweïtien ne connaît qu'un seul type de référé, le référé-urgence, pour lequel la condition d'urgence est une condition fondamentale pour la saisine du juge des référés¹⁰³⁵. En effet, « le législateur koweïtien [...] qui assimile l'urgence classique et le dommage imminent [référé spécial], ne prévoit pas d'inscrire dans son Code de Procédure Civile, la même distinction opérée par le droit français, entre référé urgence classique et le double chef de saisine du référé préventif »¹⁰³⁶. Par conséquent, si l'une des parties au Koweït a besoin d'une mesure provisoire et/ou conservatoire similaire aux mesures prévues à l'article

¹⁰³⁴ *Infra* : n° 430.

¹⁰³⁵ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.399 s. ; M. ALENZI, préc. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.150 s.

¹⁰³⁶ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.340.

835 du CPCF, elle les demande sur le fondement de l'article 31 du CPCCK qui exige de manière constante l'urgence et le caractère provisoire de la demande¹⁰³⁷.

420. Conformément à la différence qui existe entre les droits français et koweïtien, nous étudierons d'abord en France le référé préventif (**A**). Ensuite, nous aborderons le référé-provision (**B**).

A : Le référé préventif, notion et condition unique

421. Le référé préventif est codifié en droit français par le Décret numéro 73-1122 du 17 décembre 1973¹⁰³⁸. Le professeur Nicolas CAYROL estime, comme la doctrine française, que le référé préventif est le second « chef de saisine »¹⁰³⁹ du juge des référés français¹⁰⁴⁰. En effet, ce référé est constitué d'une double face, c'est-à-dire que le juge des référés intervient « soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Ainsi, deux notions fondamentales sont à éclaircir : le dommage imminent et le trouble manifestement illicite. À cet égard, plusieurs questions doivent être posées concernant le référé préventif. Quel est la différence entre le référé classique et le référé préventif ? Pourquoi l'urgence n'est-elle pas nécessaire dans le cadre de ce dernier référé ? Quelle signification donner aux notions de dommage imminent et de trouble manifestement illicite ? Quelles sont leurs conditions ?

422. Nous rappelons que toutes ces questions n'existent qu'en droit français, car le législateur koweïtien ne connaît que le référé-urgence, tel que nous l'avons déjà dit. Ainsi, afin de répondre aux questions posées, nous aborderons dans un premier temps les interrogations soulevées par la détermination de la notion de référé préventif (**1**), et dans un second temps les autres interrogations concernant les conditions entourant ce référé (**2**).

¹⁰³⁷ *Ibidem.* ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.402 s.

¹⁰³⁸ J. VIATTE, « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. pal.*, 1976, 2e sem., Doct., p.710.

¹⁰³⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 367.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem.* ; X. VUITTON, « Référés, Ordonnance, Caractéristique... », *op. cit.* ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.341 s.

1 : La notion de référé sauvegarde ou préventif : la définition du dommage imminent et du trouble manifestement illicite

423. Dans le cadre de l'article 835 du CPCF, le juge des référés intervient sur demande de l'une des parties pour prévenir un dommage imminent, ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Ainsi, l'une ou l'autre de ces deux situations sont nécessaires pour justifier le recours au référé préventif en France. Toutefois, avant de préciser le cadre entourant le recours au référé préventif, nous pouvons nous demander si les conditions de l'article 834 du CPCF, c'est à dire l'urgence et l'absence de contestation sérieuse, doivent être remplies en plus des conditions mentionnées à l'article 835 du CPCF.

424. Un degré important d'urgence en réalité exigé dans le référé de l'article 835 du CPCF. En droit français, ni l'urgence, ni l'absence de contestation sérieuse ne sont exigées à l'article 835 du CPCF. Cependant, lorsque nous disons que l'urgence n'est pas nécessaire pour la saisine du juge des référés dans le cadre du référé préventif de l'article 835 du CPCF, cela ne signifie pas nécessairement que l'urgence n'a aucune existence. « Les cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite sont certainement solubles dans les cas d'urgence »¹⁰⁴¹. Il faut alors remarquer que la mission du juge des référés de prévenir un dommage imminent, ou de faire cesser un trouble manifestement illicite est une mission présentant un caractère de gravité plus important que sa mission d'ordonner une simple mesure provisoire prévu à l'article 834 du CPCF¹⁰⁴². Comme le dit le professeur Nicolas CAYROL, « un cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite apparaît en effet simplement comme un cas d'urgence aggravé, car on peut dire qu'il y a toujours urgence à prévenir la survenance d'un dommage imminent, comme il y a toujours urgence à faire cesser un trouble manifestement illicite »¹⁰⁴³. Du plus, la gravité de la mission du juge des référés dans le cadre du référé de l'article 835 du CPCF, permet toujours à ce juge, contrairement à l'article 834 du même code, de prendre toutes les mesures conservatoires ou de remise en état, même « celles qui pourraient se heurter à une contestation sérieuse »¹⁰⁴⁴. Par conséquent, il est profitable de distinguer en droit commun les référés classiques qui exigent l'urgence et

¹⁰⁴¹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 369.

¹⁰⁴² *Ibidem*.

¹⁰⁴³ N. CAYROL, « La suspension de la dénonciation régulière d'un contrat par le juge des référés », *RDC*, 2017, p.66.

¹⁰⁴⁴ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 369. ; A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.347 s.

l'absence de contestation sérieuse, des référés préventifs « graves » prévus à l'article 835¹⁰⁴⁵. Or, c'est le juge des référés lui-même qui établit cette distinction¹⁰⁴⁶.

425. Les notions de dommage imminent et de trouble manifestement illicite.

S'agissant du dommage imminent et du trouble manifestement illicite, une partie de la doctrine française pense que « ces deux notions échappent à toute synthèse »¹⁰⁴⁷. C'est la raison pour laquelle le professeur CAYROL estime également que « non seulement il n'y a pas de critère de distinction sûr entre un cas d'urgence banal de l'article 808 et les cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite, mais, bien plus, la distinction entre un cas de dommage imminent et un cas de trouble manifestement illicite n'est pas absolument tranchée »¹⁰⁴⁸. En ce sens, le législateur français ne définit pas les deux dernières notions. Cependant, la doctrine française a remédié à ce vide juridique en proposant de définir les notions en question. S'agissant du dommage imminent, il peut être défini comme un « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer »¹⁰⁴⁹. Concernant le trouble manifestement illicite, il constitue « toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit »¹⁰⁵⁰. Selon nous, les deux notions semblent très rapprochées, et donc difficile à distinguer. Toutefois, nous pouvons déterminer des critères de distinction en portant une analyse plus approfondie des définitions données par la doctrine.

426. Le dommage immanent sera caractérisé lorsque l'une des parties prouvera qu'un préjudice certain sera inéluctablement causé à la partie concernée ou à autrui¹⁰⁵¹. Par exemple, le juge des référés peut suspendre l'exécution de travaux si un préjudice certain risque d'affecter les parties. En l'espèce, « il appartiendra au juge de faire la balance des intérêts en présence. Ayant vérifié l'imminence du préjudice qui menace, il lui faudra comparer la gravité du risque que recèle en elle-même la situation litigieuse et auquel le demandeur serait exposé s'il n'intervenait pas et la gravité du dommage que subirait de son côté le défendeur si la mesure

¹⁰⁴⁵ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 375.

¹⁰⁴⁶ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.256.

¹⁰⁴⁷ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, n° 1289.

¹⁰⁴⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 378.

¹⁰⁴⁹ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1088.

¹⁰⁵⁰ S. GUINCHARD, (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2017/2018, p.229.

¹⁰⁵¹ P. BERTIN, *Les référés des années 1980*, préf. P. Bellet, Paris, éd. *Gaz. pal.*, 1982, p.35.

requisse était ordonnée »¹⁰⁵². Ainsi, s'il existe le risque d'un dommage immanent, le juge des référés doit faire en sorte de respecter et d'équilibrer les intérêts des parties avant d'ordonner la mesure demandée¹⁰⁵³.

427. Concernant le trouble manifestement illicite, il apparaît dans la définition déterminée par la doctrine qu'il intervient dans le cas de la violation d'une règle du droit. Toutefois, la Cour de cassation française considère que l'illicéité d'un trouble manifeste peut être caractérisée sans violation d'une règle du droit¹⁰⁵⁴. En général, la doctrine pense que « si la méconnaissance évidente d'une disposition légale ou réglementaire est effectivement de nature à constituer un trouble manifestement illicite, n'est en aucun cas une condition de l'intervention du juge des référés »¹⁰⁵⁵. Ainsi, c'est le juge des référés qui appréciera le caractère illicite d'un trouble manifeste¹⁰⁵⁶ et ce caractère illicite pourra également être contrôlé en dernier lieu par la Haute juridiction¹⁰⁵⁷.

428. Les mesures issues du référé préventif. Il nous reste désormais à distinguer les mesures issues du référé préventif. En effet, l'article 835 du CPCF prévoit que le juge des référés peut prescrire seulement « les mesures conservatoires ou de remise en état ». Cependant, concernant ce point, nous pourrions brièvement nous contenter de reprendre l'explication du professeur Nicolas CAYROL : « Les mesures conservatoires s'imposent pour prévenir un dommage imminent et les mesures de remise en état pour faire cesser un trouble manifestement illicite »¹⁰⁵⁸.

429. Après avoir expliqué la notion de référé préventif, il reste à envisager les conditions de ce référé.

¹⁰⁵² J. NORMAND, « La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », *RTD civ.*, 2002, p.137.

¹⁰⁵³ La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que « le dommage imminent pour le salarié, découlant de l'application d'une clause de non-concurrence, prévu par les dispositions contractuelles librement débattues par les parties, doit être apprécié au regard du dommage imprévu qui résulterait pour l'employeur de la suspension de la clause ». En ce sens : CA Aix-en-Provence, 2 mai 1990, *D.* 1992, p. 57, obs. Y. SERRA.

¹⁰⁵⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 12 juillet 2012, n° 11-20687, Bull., II, p.131, Dalloz actualité, 11 septembre 2012, obs. M. KEBIR.

¹⁰⁵⁵ M. KEBIR, « Référé : cessation du trouble manifestement illicite et violation d'une règle de droit », Dalloz actualité, 11 septembre 2012.

¹⁰⁵⁶ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1090.

¹⁰⁵⁷ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 377.

¹⁰⁵⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 555.

2 : La condition de l'obtention d'une mesure de référé préventif et le contrôle de la Cour de cassation française

430. En droit français, il est nécessaire que l'imminence du dommage et l'illicéité manifeste du trouble existent à la date du jugement et non pas à la date de la saisine du juge des référés¹⁰⁵⁹. Par ailleurs, le contrôle de la Haute juridiction française concerne uniquement l'illicéité manifeste du trouble puisqu'il s'agit d'une question de droit et non pas de fait contrairement à la question du dommage immanent qui sera « abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fond »¹⁰⁶⁰.

431. La date d'appréciation de l'existence du dommage imminent ou du trouble manifestement illicite. En droit français, il existe une condition nécessaire pour ordonner les mesures demandées sur le fondement de l'article 835 du CPCF. Il s'agit de la nécessité de l'existence du dommage imminent ou du trouble manifestement illicite à la date où le juge des référés statue. C'est une solution issue d'une ancienne jurisprudence française¹⁰⁶¹. Si le dommage imminent ou le trouble manifestement illicite ont disparu le jour où le juge des référés statue, celui-ci déclarera donc qu'il n'y a pas lieu à référé¹⁰⁶². C'est à cette même date que le juge des référés apprécie l'existence de l'urgence prévue à l'article 834 du CPCF qui concerne le référé-urgence¹⁰⁶³. Or, cela nous amène à poser la question suivante : Comment la Cour de cassation contrôle-t-elle l'existence du dommage imminent ou du trouble manifestement illicite appréciée en premier lieu par le juge des référés ?

432. Le contrôle de la Haute juridiction. La question du contrôle de la Cour de cassation est importante puisqu'elle assure le respect des droits des parties. En France, un arrêt rendu le 28 juin 1996 par l'Assemblée plénière a établi le rôle de contrôle de la Cour de cassation concernant le référé préventif¹⁰⁶⁴. Cependant, cet arrêt ne rend le contrôle possible

¹⁰⁵⁹ A. ALKHUHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p. 350. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 368.

¹⁰⁶⁰ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 376.

¹⁰⁶¹ N. CAYROL, « référé civil », *op. cit.*, n° 368. ; À cet égard v. également : Cass. Civ. 1^{re}, 16 mai 2012, n° 11-18181, Bull., I, n° 109, p.97, *Dalloz actualité*, 5 juin 2012, obs. M. KEBIR.

¹⁰⁶² Cass. Soc., 26 juin 1991, n° 88-17936, Bull., V, n° 331, p.204.

¹⁰⁶³ Cass. Civ. 3^{ème}, 5 octobre 1976, n° 75-13645, Bull., III, n° 330, p.252.

¹⁰⁶⁴ Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, Bull., Ass. plén., n° 6, p.11, *D.* 1996, p.497, Concl. Avocat générale J.-F. WEDER, obs. J.-M. COULON. ; Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 1997, n° 95-16556, Bull., I, n° 204, p.136. ; *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 334, obs. H. CROZE.

qu'à l'égard du trouble manifestement illicite, parce que cette notion implique une appréciation de droit et « parce [que ce trouble] implique de déterminer ce qui est ou non permis par la loi »¹⁰⁶⁵. Au contraire, le dommage immanent est une notion de fait exclusivement et donc la question de son existence sera laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁰⁶⁶. Ainsi, le contrôle exercé par la Cour de cassation interviendra uniquement dans le cadre de trouble manifestement illicite et non pas dans le cadre du dommage immanent.

433. Depuis l'année 1996, la Haute juridiction a rendu plusieurs arrêts en caractérisant et en appréciant le trouble manifestement illicite. À titre d'exemple, la Haute juridiction a décidé d'infirmier « la décision d'une cour d'appel qui avait jugé qu'il n'y avait pas lieu à référé considérant qu'en l'espèce, l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui ne présentait cependant pas de caractère manifestement illicite »¹⁰⁶⁷. Dans cet exemple, la Cour de cassation a donc bien procédé à la caractérisation u trouble manifestement illicite. Au contraire, la Cour de cassation a confirmé la décision du juge des référés qui reconnaissait l'existence d'un trouble manifestement illicite dans le cas d'une société qui employait irrégulièrement ses salariés le dimanche¹⁰⁶⁸. Ainsi, elle a jugé que « la violation de la règle du repos dominical [était] constitutive d'un trouble manifestement illicite »¹⁰⁶⁹. Il est ainsi important de noter que le degré de contrôle de la Cour de cassation est variable. Ce contrôle bénéficie d'un caractère « normatif »¹⁰⁷⁰, il est tantôt simple, du fait du caractère « souverain de l'appréciation du juge des référés »¹⁰⁷¹, et tantôt approfondi conformément à la complexité de l'affaire¹⁰⁷².

434. En général, le référé préventif n'est pas le seul référé spécial prévu à l'article 835 du CPCF. Il est également prévu au même article alinéa 2, le référé-provision.

¹⁰⁶⁵ N. CAYROL, « référé civil », *op. cit.*, n° 377.

¹⁰⁶⁶ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.343.

¹⁰⁶⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *RTD civ.*, 2018, p.970, obs. N. CAYROL.

¹⁰⁶⁸ N. CAYROL, « référé civil », *op. cit.*, n° 377.

¹⁰⁶⁹ Cass. Soc., 13 juin 2007, n° 06-18336, Bull., V, n° 103, p.108.

¹⁰⁷⁰ « Le contrôle normatif s'exerce sur le fond des décisions et, plus exactement, sur l'interprétation et l'application de la règle de droit, ou la qualification des faits ». En ce sens : C. PUIGELIER, « L'existence d'une obligation non sérieusement contestable est contrôlée par la Cour de cassation » *D.*, 2002, p. 598. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.353.

¹⁰⁷¹ Ass. plén., 4 juillet 1986, n° 84-15735, Bull., Ass. plén., n° 11, p. 19.

¹⁰⁷² J. NORMAND, « Référés. Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.*,1997, p.216.

B : Le référé-provision, notion et condition unique

435. Le référé-provision est le second type de référé spécial qui peut être ordonné par le juge des référés sur le fondement de l'article 835 du CPCF. Il peut être défini comme une « procédure permettant au juge des référés d'accorder une provision au requérant créancier l'ayant saisi si l'obligation en question n'est pas sérieusement contestable »¹⁰⁷³. À cet égard, et comme nous avons déjà vu¹⁰⁷⁴, le droit koweïtien ne propose pas de modalités de référé similaires à celles du référé-provision, de la même manière que pour le référé préventif. Dans les deux cas, les parties obtiendront les mesures demandées en s'appuyant sur le fondement de l'article 31 du CPCF à condition qu'il existe une urgence et que la demande en référé présente un caractère provisoire. En droit français, la procédure de référé-provision, comme celle de référé préventif, implique de se poser deux questions importantes, d'une part celle de l'encadrement de la notion de référé-provision (1), et d'autre part celle relative à ses conditions d'application (2).

1 : La notion de référé-provision

436. La notion de référé-provision conduit à étudier trois points essentiels qui découlent en eux même de la structure de l'article 835 du CPCF : la définition du référé-provision, son objet et sa portée.

437. Définition légale et objet du référé-provision. S'agissant de la définition légale prévue à l'article 835 du CPCF et de l'objet du référé-provision, l'alinéa 2 de l'article 835 du CPCF prévoit que « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, [le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection] peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». Ainsi, ce qui diffère entre le référé classique et le référé préventif d'une part et le référé-provision, d'autre part, c'est que les deux premiers visent à trancher le litige provisoire afin d'obtenir des mesures provisoires, conservatoires ou de remise en état, tel qu'il a déjà été démontré. Au contraire, l'objet du troisième référé, à savoir le référé-

¹⁰⁷³ R. CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p.434.

¹⁰⁷⁴ *Supra* : n° 364.

provision, vise à accorder une provision au créancier ou à exécuter une obligation¹⁰⁷⁵. Par conséquent, nous pouvons comprendre que l'article 835 définit le référé-provision par son objet qui est d'accorder une provision ou d'exécuter une obligation.

438. L'absence de condition d'urgence dans le cadre du référé-provision. La jurisprudence n'impose pas de condition d'urgence dans le cadre du référé-provision¹⁰⁷⁶. Ladite condition d'urgence n'est imposée impérativement et de manière explicite que dans le cadre de référé classique tel que nous l'avons vu¹⁰⁷⁷. Or, il faut également rappeler que si l'une des parties veut obtenir un référé-provision mais qu'il existe une convention d'arbitrage avec la partie attaquée, l'existence d'une urgence est nécessaire pour saisir le juge des référés français alors qu'elle n'est pas nécessaire pour obtenir le référé provision en lui-même en droit commun¹⁰⁷⁸. L'existence de la convention d'arbitrage rend ainsi la condition d'urgence nécessaire pour la saisine du juge des référés. Au Koweït, la solution adoptée dans le cas où les parties demande des mesures provisoires du type provision sur le fondement de l'article 31 du CPCCK et alors qu'il existe une convention d'arbitrage est la même qu'en France, c'est-à-dire qu'il faudra démontrer l'urgence pour pouvoir saisir le juge des référés.

439. La portée du référé-provision. Concernant la mesure de référé-provision, comme la mesure de référé préventif, sa portée est plus grave que celle des mesures provisoires et/ou conservatoires demandées sur le fondement de l'article 834 du CPCF, car cette mesure peut porter atteinte au principal¹⁰⁷⁹. En l'espèce, une partie de la doctrine française considère que la mesure de référé-provision excède le pouvoir du juge des référés en ce qu'elle prend déjà avance sur la décision du juge de fond¹⁰⁸⁰. Cependant, selon le professeur Nicolas CAYROL, si le juge des référés accorde une provision au créancier, ou exécute une obligation, « il est plutôt saisi d'un incident de paiement »¹⁰⁸¹, qui est en réalité considéré comme relevant de ses pouvoirs juridictionnels¹⁰⁸². Or, les mesures ordonnées dans le cadre du référé-provision de l'article 835 alinéa 2 du CPCF ont une portée plus grave que celles ordonnées au sens de l'article 834 du

¹⁰⁷⁵ X. VUITTON, *J. Cl. civil*, Fasc. 1300-15, « Référés spéciaux, Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur, Référé-provision, Référé-injonction de faire, Référé « secret des affaires », Référé « fausse information », 2019 n° 63 s.

¹⁰⁷⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 2003, n° 00-13.471, Inédit.

¹⁰⁷⁷ *Supra* : n° 370.

¹⁰⁷⁸ *Supra* : n° 303.

¹⁰⁷⁹ X. VUITTON, « Référés spéciaux, Référé aux fins d'obtention... », préc., n° 83. ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.355.

¹⁰⁸⁰ R. PERROT, « La compétence du juge des référés », *Gaz. pal.*, 1974, 2^{ème} sem., Doct., p.900.

¹⁰⁸¹ N. CAYROL, « référé civil », *op. cit.*, n° 382.

¹⁰⁸² A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.356.

CPCF, c'est-à-dire dans le cadre du référé classique lorsque les conditions du référé provision ne sont pas remplies. Par conséquent, la mesure de référé-provision n'excède pas en général le pouvoir du juge des référés.

440. Le référé-provision demandé par les parties ne sera ordonné par le juge des référés que si la condition unique de ce référé est remplie. Il est donc nécessaire de s'interroger sur la nature de cette condition.

2 : La condition unique de l'octroi du référé-provision

441. En droit français, lorsqu'une partie demande au juge des référés d'ordonner une mesure de référé-provision, ce juge appréciera l'existence ou l'absence de la condition établie pour la mise en œuvre de ce référé. Par ailleurs, l'appréciation faite par le juge des référés concernant l'existence de cette condition n'échappera pas au contrôle de la Cour de cassation française.

442. L'obligation ne doit pas être sérieusement contestable. Contrairement au droit koweïtien¹⁰⁸³, il existe en France une seule condition permettant d'octroyer un référé-provision et donc d'obtenir l'injonction d'établir la provision demandée¹⁰⁸⁴. Cette condition est expressément prévue à l'article 835 alinéa 2 du CPCF qui prévoit la possibilité d'un référé-provision « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ». La notion de l'obligation non sérieusement contestable est définie comme « l'obligation qui ne peut raisonnablement faire de doute dans l'esprit du juge »¹⁰⁸⁵ pour qu'il ordonne la mesure concernée. Si cette condition est remplie, la mesure demandée sera simplement prononcée.

En ce qui concerne la nature de l'obligation consistant en l'obtention d'une mesure de référé-provision, il a été jugé par la Cour de cassation que l'existence de la condition d'absence de contestation sérieuse est suffisante pour que la provision ou l'injonction soient ordonnées¹⁰⁸⁶, « quelle que soit l'obligation qui les cause »¹⁰⁸⁷. Ainsi, cette obligation peut être quasi-

¹⁰⁸³ *Supra* : n° 303.

¹⁰⁸⁴ X. VUITTON, « Référé spéciaux, Référé aux fins d'obtention... », préc., n° 81.

¹⁰⁸⁵ M. KEBIR, « Provision ad litem : exigence d'une obligation non-sérieusement contestable », Dalloz actualité, 25 février 2015.

¹⁰⁸⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 février 2003, n° 01-16991, Bull, III, p.41.

¹⁰⁸⁷ X. VUITTON, « Référé spéciaux, Référé aux fins d'obtention... », préc., n° 82.

délictuelle, délictuelle ou contractuelle, sauf certaines exceptions, notamment en matière d'honoraires d'avocat.

Selon le professeur CAYROL, « en référé, contester l'obligation dont le demandeur exige l'exécution, ce n'est donc pas opposer une défense au fond (art. 71 du CPCF), c'est contester la saisine du juge des référés »¹⁰⁸⁸. Ainsi, en raison de la nature de la condition d'absence de contestation sérieuse, le moyen tiré de l'absence d'une telle contestation est destiné être sanctionné le cas échéant par une fin de non-recevoir¹⁰⁸⁹.

443. Appréciation du juge des référés. Si la demande est portée devant le juge des référés, ce juge doit ainsi apprécier, par son pouvoir souverain, le caractère sérieux ou non sérieux de la contestation¹⁰⁹⁰. Par conséquent, le juge des référés est obligé de « motiver soigneusement sa réponse de manière à mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle »¹⁰⁹¹. Par ailleurs, la date d'appréciation du caractère de la contestation doit être appréciée au jour auquel le juge des référés statue¹⁰⁹². En ce sens, la Cour de cassation affirme que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée et l'existence d'une contestation sérieuse, de nature à affecter le pouvoir du juge des référés d'ordonner une mesure ou d'accorder une provision, s'apprécie à la date de sa décision, laquelle, selon les cas, est seulement susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation et ne relève pas du recours prévu par l'article 488 du nouveau Code de procédure civile relatif aux pouvoirs du juge des référés en cas de circonstances nouvelles »¹⁰⁹³.

444. Le contrôle de la Cour de cassation. En général, l'appréciation que fait le juge des référés du caractère sérieux ou non sérieux de la contestation est soumise au contrôle de la Haute juridiction. Cependant, ce contrôle effectué par Cour de cassation est limité puisque la Haute juridiction ne va pas plus loin que le contrôle du caractère sérieux ou non sérieux de la contestation. En effet, si l'appréciation du juge des référés va au-delà de ce seul cadre, par exemple lorsque le juge détermine le montant de la provision, la Haute juridiction n'exercera aucun contrôle sur ce point¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁸ N. CAYROL, « référé civil », *op. cit.*, n° 385.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem.* ; A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.357.

¹⁰⁹⁰ X. VUITTON, « Référés spéciaux, Référé aux fins d'obtention... », *préc.*, n° 86.

¹⁰⁹¹ Cass. Ass. Plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, *D.*, 2002, p. 598, obs. C. PUIGELIER.

¹⁰⁹² A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.358.

¹⁰⁹³ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 juillet 1995, n° 93-19451, Bull., III, n° 206, p.137.

¹⁰⁹⁴ X. VUITTON, « Référés spéciaux, Référé aux fins d'obtention... », *préc.*, n° 85.

À cet égard, la question de la légitimité du contrôle de la Cour de cassation a fait l'objet d'un conflit entre les chambres de la Cour de cassation française. En effet, la première chambre considérait que « l'existence d'une contestation sérieuse, au sens de l'art. 809, al. 2, NCPC¹⁰⁹⁵, ne [relevait] pas du contrôle de la Cour de cassation »¹⁰⁹⁶. Toutefois, d'autres chambres civiles, telle que la deuxième chambre, considéraient contrairement à la première chambre, que ce contrôle relevait clairement de la Cour de cassation¹⁰⁹⁷. Un arrêt rendu le 16 novembre 2001 par l'Assemblée plénière a mis un terme au débat, affirmant la tendance de la deuxième chambre en considérant que la Cour de cassation a toute légitimité à effectuer ce contrôle sur l'existence de l'obligation non sérieusement contestable¹⁰⁹⁸. Cet arrêt a non seulement donné la légitimité à la Cour pour réaliser ce contrôle, mais a également déterminé sa portée. Ainsi, selon l'arrêt de l'Assemblée plénière, le contrôle effectué par la Cour de cassation pour déterminer l'existence d'une obligation non sérieusement contestable est un contrôle « normatif léger », et « disciplinaire ». Le contrôle effectué par la Cour est « Normatif léger », c'est-à-dire qu'il intervient sur « le fond des décisions et, plus exactement, sur l'interprétation et l'application de la règle de droit, ou la qualification des faits »¹⁰⁹⁹. Il est également « disciplinaire », c'est-à-dire qu'il « peut être un contrôle formel, c'est-à-dire porter sur la régularité des formes de procéder »¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁵ L'art. 809 du CPCF est modifié par l'art. 4 du Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019. Il est désormais l'art. 835 du CPCF.

¹⁰⁹⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 4 octobre 2000, n° 97-20867 et 97-20990, Bull. I, n° 239, p.157, *D.* 2001, p.1580, obs. A. BOUJEKA. ; Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 2000, n° 98-23273, Bull., I, n° 268, p.173, *RTD civ.*, 2001, p.428, obs. J. NORMAND.

¹⁰⁹⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, n° 98-14490, Bull., II, n° 13, p.9.

¹⁰⁹⁸ Cass. Ass. Plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, *D.* 2002, p.598, obs. C. PUIGELIER. ; Cass. Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p.29, *LPA*, 5 mars 2002, n° 46, p.19, obs. A. BOUJEKA.

¹⁰⁹⁹ C. PUIGELIER, « L'existence d'une obligation non sérieusement contestable... », préc.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*.

445. Conclusion du Chapitre I. Nous avons vu dans ce chapitre que la saisine du juge des référés est organisée d'une manière rigoureuse en général. Même s'il existe des lacunes en droit koweïtien, comme l'assimilation des cas d'urgence en général au cas de dommage immanent, les deux CPC prévoient des conditions pour la saisine du juge des référés. En France, il existe trois chefs de saisine du juge des référés : Le référé-urgence, le référé préventif et le référé-provision. Au Koweït, il n'existe que le référé-urgence qui englobe tous les types de référés français. S'agissant du référé probatoire, il est organisé rigoureusement en France, contrairement au droit koweïtien qui organise ce type de référé en dehors du CPCK par deux articles du Code de la preuve. Partant, nous allons voir, grâce à une vision comparative, que les pouvoirs des arbitres sont en apparence similaires aux pouvoirs des juges étatiques bien qu'en réalité ces pouvoirs soient distincts.

Chapitre II : Un pouvoir issu de la mission confiée aux arbitres

446. « L'arbitrage est une justice privée et les parties sont libres de déterminer de quelle manière sera instruite et jugée la cause. Les arbitres liés par le contrat d'arbitrage devront statuer, à peine de nullité de la sentence, conformément "à la mission qui leur avait été confiée" [...]. Au contraire, le juge étatique a des pouvoirs délimités par la loi. Le Code de procédure civile définit l'office du juge. Le cadre défini légalement est rigide afin d'éviter que l'administration de la justice ne soit laissée à la fantaisie des plaideurs et des juges »¹¹⁰¹.

447. Deux systèmes avec des conditions parfois similaires, parfois distinctes. Ces mots exprimés par le professeur Éric LOQUIN, résument totalement notre réflexion sur la comparaison des pouvoirs des juge des référés et des arbitres français et koweïtiens. En effet, en ce qui concerne la mission des juges et des arbitres en matière de mesures provisoires et conservatoires, les pouvoirs des juges des référés français et koweïtiens sont déterminés strictement dans les CPC, les parties n'ayant aucun pouvoir. En revanche, les pouvoirs des arbitres dans les deux États sont succinctement organisés et les parties peuvent avoir un grand rôle dans l'établissement ou l'élimination du pouvoir qu'elles ont conféré à l'arbitre. Comme le dit le professeur Pierre MAYER, « l'existence du pouvoir des arbitres est aujourd'hui très largement admise ; mais il n'en a pas toujours été ainsi. Ce pouvoir comporte des limites plus ou moins importantes »¹¹⁰². Les arbitres seront obligés respecter ces limites dans l'exercice de leur mission en matière de référé arbitral. Par conséquent, grâce à la « composante contractuelle de l'instance arbitrale »¹¹⁰³, le tribunal arbitral peut déterminer des conditions d'octroi des mesures provisoires similaires ou distinctes des conditions d'octroi de ces mêmes mesures telles que prononcées par le juge étatique.

448. Critères théoriques et pratiques. En droits français et koweïtien, le CPCF et le CPCK ne déterminent pas de réelles conditions d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par un arbitre¹¹⁰⁴. Cependant, il existe plusieurs règles « théoriques et pratiques » qui peuvent encadrer les pouvoirs des arbitres français ou koweïtiens pour octroyer lesdites

¹¹⁰¹ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 2.

¹¹⁰² P. MAYER, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de *Civil law* et de *common law* », *Rev. arb.*, 1995, p.164.

¹¹⁰³ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 2.

¹¹⁰⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.466. ; V. aussi le principe de liberté procédurale au Koweït : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.313.

mesures. Théoriquement, si les CPC français et koweïtien ne comportent aucune conditions pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre, ces codes encadrent tout de même les pouvoirs de l'arbitre grâce à l'existence de règles générales qui l'aident à prononcer les mesures provisoires et/ou conservatoires considérées comme « opportunes ». Les règles impératives et supplétives de procédure civile ont par exemple vocation à s'appliquer également aux arbitres. Par ailleurs, il existe en droit international certains règlements qui mettent en place plusieurs conditions pouvant être utilisées par les arbitres français et qui sont également parfois utilisées par les arbitres koweïtiens.

Pratiquement, selon les doctrines français et koweïtienne, les arbitres des deux États sont souvent soumis à certaines conditions pratiques, notamment à la théorie de l'urgence et au « respect de la fonction provisoire de l'arbitre », c'est-à-dire l'absence de préjudice au principal.

449. Par conséquent, si la règle générale dans le CPCF et le CPOK est l'absence des conditions « uniformes » applicables aux arbitres pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires, nous préférons ainsi regrouper tous les critères théoriques et pratiques, en droits internes et internationaux, qui peuvent encadrer les pouvoirs des arbitres français et koweïtiens pour ordonner lesdites mesures. Ainsi, il sera d'abord étudié les critères théoriques d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires en droits internes et internationaux (**Section 1**). Ensuite, il sera abordé les critères pratiques uniquement en droits internes (**Section 2**).

Section 1 : Les critères théoriques d'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre en droits internes et internationaux

450. En droits français et koweïtien, l'étude des critères théoriques est la première étape pour comparer les pouvoirs de l'arbitre concernant l'octroi de mesures provisoires et/ou conservatoires aux pouvoirs du juge des référés. Au niveau des droits internes, les CPC français et koweïtien ne prévoient pas de réelles conditions précises spécifiques à l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais dans les deux cas, les deux systèmes juridiques prévoient tout de même des règles théoriques générales pour encadrer les pouvoirs des arbitres concernant leur mission en général ou en matière de référé. Ainsi, ces règles générales permettent de cadrer la mission de l'arbitre en matière de mesures provisoires et conservatoires. De plus, en droit international, il existe des règlements qui mettent en place des conditions déterminées et expresses pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires qui peuvent être utilisées

par les arbitres en droit interne. Ainsi, nous étudierons dans un premier temps les critères des droits **internes** pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires (§ 1). Nous irons dans un second temps plus loin pour étudier les critères des **droits internationaux** français et koweïtiens qui peuvent guider les arbitres de ces États à prononcer lesdites mesures (§ 2).

§ 1 : Les critères de droits internes pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires

451. En France et au Koweït, s'il n'existait pas devant les arbitres de conditions d'octroi des mesures provisoires et conservatoires, les sentences et les ordonnances des arbitres seraient de fait parfois « arbitraires »¹¹⁰⁵. Ce n'est pas l'objectif de l'arbitrage. Ainsi, les droits français et koweïtiens établissent dans leurs CPC un cadre à la mission des arbitres dans l'intégralité de leur fonction arbitrale y compris, donc, en matière de référé (**A**). Les deux États déterminent également, de manière générale, les limites du cadre de l'exercice de la mission arbitrale (**B**)

A : L'existence d'un critère procédural large pour encadrer les pouvoirs de l'arbitre et pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires

452. En droits français et koweïtien, le principe général est l'absence de conditions précises d'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre, tel que nous l'avons vu. Cependant, il existe en matière d'arbitrages français et koweïtien un principe général pour déterminer les règles applicables à la procédure, qui permet d'encadrer les pouvoirs de l'arbitre tout au long de l'instance arbitrale, de manière plus large que dans le seul cas des mesures provisoires et/ou conservatoires (**1**). Cependant, le droit français, à la différence du droit koweïtien, essaye tout de même d'encadrer un minimum le pouvoir de l'arbitre en matière de référé en établissant certaines conditions larges mais « formelles » d'intervention de l'arbitre (**2**).

¹¹⁰⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468.

1 : Le critère de l'exercice des pouvoirs de l'arbitre, un critère général

453. Aux yeux des droits français et koweïtien, à partir du moment où les arbitres acceptent leur mission d'arbitrer le litige ou de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, la question suivante se pose : les procédures qui se déroulent devant les arbitres sont-elles les mêmes que celles existant devant le juge des référés ?

454. Le critère de la liberté procédurale en droit français. En droit français, l'article 1464 alinéa 1 du Code de procédure civile prévoit clairement qu'« à moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». Le contenu de ce texte suppose ainsi que les arbitres ne suivent pas les règles imposées aux tribunaux étatiques, ils sont en effet invités à régler eux-mêmes les procédures arbitrales. Cet article n'a pas été changé par le Décret numéro 81-500 du 12 mai 1981¹¹⁰⁶, il est encore en vigueur dans les mêmes conditions à ce jour. À première vue, nous pouvons penser à lecture de cet article qu'il rend difficile la compréhension des règles encadrant la procédure arbitrale car il n'établit pas, a priori, de règles claires applicables en la matière similaires à celles existants devant les tribunaux étatiques. Cependant, ledit article simplifie en réalité la procédure arbitrale. D'une part, parce que les règles applicables devant les arbitres bénéficient d'une « flexibilité »¹¹⁰⁷ plus avantageuse que les règles imposées aux tribunaux étatiques. D'autre part, parce que ces règles « flexibles » sont tout de même encadrées par des limites : la convention arbitrale tel qu'énoncé par le texte de l'alinéa 1 et l'ordre public évoqué dans l'alinéa 2. Ainsi, « C'est donc l'arbitre qui choisit la nature et le contenu des règles applicables à la procédure conduite devant lui »¹¹⁰⁸.

455. Le critère de la liberté procédurale en droit koweïtien. En droit koweïtien, l'article 182 alinéa 1 du CPCK dispose que les arbitres rendent leur décision sans être tenus de suivre les règles applicables devant les tribunaux étatiques à condition de ne pas déroger aux principes directeurs du procès ou à la volonté des parties à l'arbitrage¹¹⁰⁹. Ainsi, de la même

¹¹⁰⁶ Le Décret n°81-500 du 12 mai 1981 qui institue les dispositions des livres III et du nouveau Code de procédure civile et qui modifie certaines dispositions de ce code.

¹¹⁰⁷ É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 3.

¹¹⁰⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.382. ; En ce sens v. aussi : É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 13 s.

¹¹⁰⁹ تنص المادة ١٨٢ فقرة ١ على انه " يصدر المحكم حكماً غير مقيداً بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه هذا الباب. ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم".

manière qu'en droit français, la doctrine koweïtienne pense que l'arbitre possède une plus grande liberté et une plus large souplesse pour conduire les procédures applicables devant lui¹¹¹⁰.

456. L'article 1464 alinéa 1 du CPCF et l'article 182 alinéa 1 du CPCK, les critères généraux applicables. En droits français et koweïtien, il apparaît que les arbitres sont implicitement invités à conduire les procédures se déroulant devant eux. Ainsi, en cas de silence des parties à l'arbitrage, les législateurs des deux États « laissent aux arbitres une liberté presque totale pour organiser l'instance »¹¹¹¹. En effet, l'idée de la liberté procédurale en matière d'instance arbitrale, c'est-à-dire l'absence presque totale d'organisation des procédures arbitrales, est soutenue tant par la doctrine française que par la doctrine koweïtienne. En effet, les doctrines des deux États considèrent que « l'absence de mécanisme de procédure détaillée est généralement considérée comme un avantage et de nature à laisser une certaine souplesse »¹¹¹², alors que les procédures qui existent devant les juges étatiques sont « mal adaptées »¹¹¹³. Par ailleurs, le coût financier du recours aux arbitres ou encore la difficulté de fixer une date de rencontre pour l'ensemble des parties et l'arbitre expliquent notamment qu'une telle liberté soit laissée aux arbitres pour conduire leurs propres procédures. L'exemple de la « procédure sur pièces »¹¹¹⁴, spécifique à l'arbitrage, témoigne de cette nécessaire liberté procédurale en matière arbitrale. Dans le cadre de cette procédure les arbitres des deux États ont, selon nous, la possibilité de fixer leurs propres conditions d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires, ils peuvent aussi utiliser une ou plusieurs conditions d'octroi des mesures provisoires telles que celles existant devant le juge des référés, sauf en quelque rares exceptions et conformément à la volonté des parties.

Par conséquent, il apparaît en France et au Koweït que la liberté arbitrale est très large, elle est applicable tout au long de l'instance arbitrale et pas seulement lorsque les parties ont besoin d'une mesure urgente comme dans le cas spécifique d'une demande de mesures provisoires et/ou conservatoires. De plus, le principe de la liberté procédurale est un avantage

¹¹¹⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.306 et 313. ; M. ALENZI, préc. ; En ce sens v. aussi : S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.32 s.

¹¹¹¹ É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 13.

¹¹¹² S. STERN, « Arbitrabilité des litiges portant sur des projets de grands travaux », *Rev. arb.* 1972, p.266. En ce sens v. également : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.304 s.

¹¹¹³ E. MINOLI, « Rapport général, IVe Congrès international de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1972, p.234.

¹¹¹⁴ Les échanges entre les arbitres et les parties sera les pièces présentées par les deux. En ce sens : Y. STRICKLER, Fasc. 30, « Arbitrage, Procédure arbitrale », préc., n° 24. ; V. également en droit koweïtien sur la communication des pièces entre les arbitres et les parties : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.315.

pour la justice arbitrale même s'il est soumis à certaines réserves. Deux limites viennent ainsi s'imposer face à cette liberté : l'application des règles impératives des droits français et koweïtien d'une part, la volonté des parties à l'arbitrage, d'autre part et tel que nous allons le voir ultérieurement¹¹¹⁵. Comme le dit le professeur Éric LOQUIN, « le recours aux règles du droit judiciaire n'a aucun intérêt pour les parties »¹¹¹⁶.

457. Si l'article 1464 alinéa 1 du CPCF, et l'article 182 alinéa 1 du CPCCK prévoient des critères encadrant en règle générale les pouvoirs des arbitres, ils ne concernent pas spécifiquement les mesures provisoires et/ou conservatoires. Il existe cependant dans les deux États des textes venant malgré tout encadrer l'octroi de telles mesures par les arbitres.

2 : Le critère d'octroi des mesures provisoires et conservatoires, un critère controversé

458. D'un point de vue théorique le CPCF et le CPCCK n'établissent pas de conditions spécifiques à l'octroi de mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres, contrairement à ce qui est prévu par ces mêmes codes pour l'intervention du juge des référés. En France, le CPCF fait seulement référence aux pouvoirs de l'arbitre concernant l'obtention des mesures provisoires. Au Koweït, le CPCCK est complètement silencieux quant aux ces mesures. Ainsi, quels critères seront applicables dans le cadre de la procédure arbitrale pour l'octroi de telles mesures ? Cette absence de réglementation spécifique constitue-t-elle un avantage ou un inconvénient pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre ?

459. Les dispositions créatrices de pouvoir pour l'arbitre en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires. En général et quel que soit le type d'arbitrage en France ou au Koweït, à savoir l'arbitrage de droit ou d'amiable composition, les arbitres ne sont pas en principe tenus de suivre les procédures existant devant le juge des référés¹¹¹⁷. En France, depuis le Décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011, il n'est plus nécessaire que les parties confèrent le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et conservatoires au tribunal arbitral¹¹¹⁸.

¹¹¹⁵ *Infra* : n° 468.

¹¹¹⁶ É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 15.

¹¹¹⁷ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1038, « Arbitrage, Instance arbitrale, Arbitrage de droit et amiable composition », 2018, n° 83. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.313.

¹¹¹⁸ C. NOURISSAT, préc.

L'article 1468 du CPCF confère expressément aux arbitres ledit pouvoir en la matière. En revanche, cette solution n'existe pas en droit koweïtien qui sur ce point reste similaire au droit français d'avant le Décret du 13 janvier 2011. L'article 173 alinéa 6 du CPCCK, le seul à traiter des mesures provisoires, prévoit seulement que « la convention d'arbitrage ne couvre pas le cas de l'urgence [(qui au Koweït fait référence à ce qu'on l'on vise en France par le cas des mesures provisoires et/ou conservatoires)] sauf convention contraire des parties ». Ainsi, si les parties veulent obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires de la part de l'arbitre, elles sont donc obligées de conférer à l'arbitre ce pouvoir. Par conséquent, le pouvoir de prononcer des mesures provisoires est conféré aux arbitres par la loi en France et par les parties au Koweït. La question qui se pose ainsi est celle de savoir si les arbitres des deux États sont soumis à certaines conditions pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires.

460. Des conditions souples pouvant paraître curieuses. En droit français, le pouvoir confié aux arbitres d'ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires, est reconnu par la jurisprudence française¹¹¹⁹, et est codifiée par le Décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011. En effet, l'article 1468 du CPCF prévoit désormais que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires ». Dans ce texte, les expressions suivantes attirent l'attention : « dans les conditions qu'il détermine » et « qu'il juge opportune ». Le professeur Jean-Baptiste RACINE considère à cet égard que « la souplesse est totale en la matière, puisqu'aucune condition n'est à vraie dire exigée par le texte »¹¹²⁰. Par ailleurs, certains auteurs pensent que « le Code de procédure civile ne prévoit pas les conditions dans lesquelles des mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent être adoptées par les arbitres. [...], une grande latitude est reconnue aux arbitres à cet égard, latitude dont ils font usage au regard de la nature de la mesure demandé »¹¹²¹. À notre connaissance, il n'existe pas non plus de conditions uniformes d'octroi des mesures provisoires exigées par la jurisprudence française. Au contraire, il existe des critères d'octroi de telles mesures proposées par la doctrine ou les règlements internationaux comme il sera expliqué ultérieurement¹¹²². Par conséquent, le seul critère exigé théoriquement par le CPCF est celui de la mesure « opportune ».

¹¹¹⁹ CA Paris, 7 octobre 2004, *Gaz. pal.*, 2004, n° 339, obs. A. MOURRE, P. PEDONE.

¹¹²⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.466.

¹¹²¹ H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2012, p.262.

¹¹²² *Infra* : n° 508.

461. En droit koweïtien, le CPCCK ne prévoit aucune condition pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre. L'article 173 alinéa 6 du CPCCK explique uniquement et succinctement que les parties peuvent conférer ce pouvoir aux arbitres. Cependant, il faut rappeler que la doctrine koweïtienne considère que les conditions de l'urgence et de l'absence de préjudice au principal relèvent d'une question de compétence et non pas du pouvoir juridictionnel du juge des référés, même si nous avons déjà démontré le contraire de cette idée issue de la doctrine. Ainsi, à partir du même raisonnement, la doctrine koweïtienne considère également que *l'arbitre ne sera jamais compétent en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires sauf en cas d'urgence et de caractère provisoire de la demande*¹¹²³. Or, il est possible de contredire la doctrine koweïtienne pour plusieurs raisons :

- **462.** Tout d'abord, l'urgence et le caractère provisoire de la demande ne concernent pas, selon la doctrine française et une partie de la doctrine koweïtienne, la question de la compétence mais plutôt le pouvoir du juge. Ces deux critères renvoient ainsi à la question de la saisine du juge et de l'arbitre, comme il a déjà été démontré¹¹²⁴. Ainsi, nous pouvons contredire la majorité de la doctrine koweïtienne en considérant que ces conditions ne relèvent pas de la compétence des arbitres.
- **463.** Ensuite, la compétence arbitrale n'est pas considérée d'ordre public selon les articles 172 alinéa 1 et 173 alinéa 5 du CPCCK. Cependant, la doctrine koweïtienne affirme que l'urgence et le caractère provisoire de la demande sont des conditions nécessaires pour que l'arbitre puisse prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires. Or, si nous considérons que la compétence générale des arbitres n'est pas d'ordre public, les conditions de compétence des arbitres en cas d'urgence ne seront, de la même manière, pas considérées d'ordre public.
- **464.** Enfin, l'article 173 alinéa 6 du CPCCK qui est la seule disposition donnant le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires à l'arbitre, ne prévoit aucune condition encadrant l'octroi de ces mesures. De plus, l'article 182

¹¹²³ M. ALENZI, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.188. ; S. MAHMUD, *Le procès en référé...op. cit.*, p. 59 s. ; Du même auteur, « Le pouvoir d'arbitre pour ordonner. », *op. cit.*, p.24. F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.399 s.

¹¹²⁴ *Supra* : n° 166.

alinéa 1 confère la liberté aux arbitres de choisir leurs propres procédures et d'imposer leurs propres conditions, à condition de ne pas déroger aux règles d'ordre public ou à la convention d'arbitrage. Ainsi, nous pouvons dire que l'arbitre koweïtien « peut » utiliser les conditions d'urgence et d'absence de préjudice au principal comme nous allons l'expliquer ultérieurement¹¹²⁵, mais il n'est pas de tenu de les utiliser si les parties ne l'y obligent pas dans leur convention.

465. Par conséquent, la solution que nous préférons privilégier en droit koweïtien, contrairement à ce que propose actuellement la doctrine, est celle selon laquelle l'arbitre peut utiliser les mêmes conditions que celles existants devant le juge des référés mais de manière facultative puisqu'il reste libre de conduire la procédure arbitrale comme il le souhaite en matière de référé. Dès lors, cette solution conduit au final à être confronté aux mêmes problématiques que celles existants en droit français puisqu'il n'existe pas dans les deux États de véritables conditions encadrant clairement l'obtention des mesures provisoires. Autrement dit, le critère d'octroi des mesures provisoires consistant en la mesure « opportune », tel qu'énoncé expressément dans les textes français et invoqué seulement implicitement au Koweït, est controversé, en ce qu'il implique une forme d'arbitraire. En effet, la marge d'appréciation de l'opportunité de la mesure induit nécessairement une subjectivité qui entraîne de l'arbitraire. C'est ainsi que la question des décisions arbitrales arbitraires doit alors être évoquée, cette question étant uniquement traitée par la doctrine française¹¹²⁶, la doctrine koweïtienne ne s'en étant pas encore saisie.

466. Une absence naturelle et logique de conditions d'octroi des mesures provisoires et conservatoires. Il nous semble que l'absence de conditions d'octroi pour les mesures provisoires et/ou conservatoires est naturelle et logique, en France comme au Koweït, du fait de la « composante juridictionnelle et contractuelle de l'instance arbitrale »¹¹²⁷. En dehors de la science juridique et selon le professeur Barry Schwartz, s'il existe plusieurs choix devant nous, les négatifs dégènerent jusqu'à ce que nous soyons surchargés¹¹²⁸. Il est vrai que

¹¹²⁵ *Infra* : n° 630.

¹¹²⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468. ; S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international...op. cit.*, p.50 s.

¹¹²⁷ É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 2 s.

¹¹²⁸ Le professeur Barry Schwartz considère que “when the number of choices we have grows further that the negatives escalate until we become overloaded”. En ce sens, B. SCHWARTZ, *Le paradoxe du choix*, P. C., 2005.

les arbitres sont des personnes privées qui peuvent ne pas être juristes et ils pourraient donc se retrouver surchargés par la multiplicité de choix à opérer entre des conditions juridiques nombreuses et figées¹¹²⁹. C'est ainsi que nous pouvons justifier l'absence de conditions d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires. En effet, selon l'article 1468 du CPCF, l'arbitre français détermine les conditions d'octroi des mesures provisoires et ordonne la mesure qu'il estime opportune, et l'article 182 du CPCK prévoit que l'arbitre koweïtien est en principe libre pour conduire ses procédures dans l'instance arbitrale. Par conséquent, les arbitres des deux États n'ont aucun choix imposé à eux par d'un point de vue externe puisqu'ils créent eux-mêmes leurs propres conditions d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires, éventuellement avec l'aide des parties à l'arbitrage. Cette liberté de l'arbitre est tout de même limitée par le cadre fixé par les parties puisque les arbitres n'auraient pas le pouvoir de prononcer des mesures provisoires sans l'existence de la demande des parties à l'arbitrage¹¹³⁰. Comme le dit le professeur Jean-Baptiste RACINE, « dès lors que les mesures concernées sont liées aux intérêts particuliers des parties, il n'entre pas dans le pouvoir des arbitres de les ordonner d'office »¹¹³¹.

467. Si les arbitres français et koweïtiens sont libres de conduire les procédures de l'instance arbitrale concernant le litige au fond et en référé, il existe dans les deux États des limites qui doivent être respectées.

B : Les limites posées aux conditions d'octroi des mesures provisoires

468. En droits français et koweïtien, l'exercice des pouvoirs des arbitres est soumis à deux limites. D'une part, les arbitres des deux États respectent obligatoirement la convention d'arbitrage, faite entre eux et les parties à l'arbitrage **(1)**. D'autre part, les arbitres et les parties à l'arbitrage sont tous obligés de respecter les règles de droit considérées d'ordre public **(2)**.

¹¹²⁹ É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 84. ; J. BAEZ, « The New French Arbitration Law : One Step Forward, Two Steps Back ? », *Arbitration Law Review*, 2012, 4. p.205.

¹¹³⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.467. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.188 s.

¹¹³¹ *Ibidem*.

1 : Les limites de la convention d'arbitrage

469. La convention d'arbitrage constitue un obstacle aux pouvoirs des arbitres français et koweïtiens. En effet, de manière générale deux limites viennent encadrer le pouvoir des arbitres du fait de la conclusion d'une convention d'arbitrage, une limite liée à l'affaire en général et une autre limite concernant plus spécifiquement la question de l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires.

470. Une limite générale imposée au pouvoir de l'arbitre concernant l'instance arbitrale : Principe et exception. S'agissant de cette première limite, tel qu'il a déjà été démontré, l'article 1464 du CPCF et l'article 182 du CPCK confèrent simultanément aux arbitres français et koweïtiens une certaine marge de manœuvre pour mener leurs propres procédures dans l'instance arbitrale. Toutefois, cette liberté n'est pas absolue en France comme au Koweït. En effet, cette liberté de l'arbitre n'a vocation à intervenir qu'à moins que les parties n'en soient convenues autrement¹¹³². Cette place qui est donnée par exception à la volonté des parties leur permet d'établir par elles-mêmes dans la convention arbitrale des conditions consenties pour encadrer la procédure arbitrale. Cette convention oblige en principe les arbitres français et koweïtien à la respecter¹¹³³. Ainsi, les parties peuvent, dans les deux États, choisir les procédures qui seront applicables à l'instance arbitrale comme les procédures des juridictions étatiques, de règlement d'arbitrage institutionnel, ou même des procédures spécifiques à l'instance arbitrale¹¹³⁴.

Cependant, nous pouvons nous demander dans quelle mesure l'accord des parties lie les arbitres français ou koweïtiens. En effet, la question de la hiérarchie entre volonté des parties et pouvoir de l'arbitre suscite de nombreux débats en droit de l'arbitrage. Au niveau international, certains règlements « donnent aux arbitres, conventionnellement [...], le pouvoir de définir les règles de procédure applicables à l'instance »¹¹³⁵. Dans cette optique, il semble que la faveur soit donnée au pouvoir de l'arbitre au détriment de la volonté des parties. En droits internes français et koweïtien, la solution est plus nuancée puisque « l'arbitre retrouve sa liberté

¹¹³² É. LOQUIN, « Arbitrage, instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 16. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.314 s.

¹¹³³ P. MAYER, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure... », préc., p.167 s. : S. MAHMUD, *Le procès en référé...op. cit.*, p. 35. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.314 s.

¹¹³⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.382 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.315.

¹¹³⁵ É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 16.

lorsqu'il s'agit d'interpréter les contours de l'accord »¹¹³⁶, il est de ce fait tout de même relativement contraint par la volonté des parties. En France, la cour d'appel du Paris a ainsi jugé que les arbitres sont tenus de respecter « les stipulations procédurales des parties »¹¹³⁷. Dans le même sens, la Cour de cassation française considère que l'accord des parties oblige les arbitres quant aux procédures applicables, en jugeant que cet accord doit être issu « de clauses expresses et précises de l'acte de mission »¹¹³⁸. De son côté, la Cour de cassation koweïtienne va dans le même sens que la Haute juridiction française¹¹³⁹.

Par conséquent, il est vrai que les arbitres français et koweïtiens sont des juges privés au service des parties, mais ils ne sont absolument pas des « valets »¹¹⁴⁰. La doctrine des deux États considère que les arbitres ont la possibilité de vérifier par exemple que l'accord ne déroge pas à l'ordre public, notamment les parties doivent respecter le principe de la contradiction¹¹⁴¹. Comme le dit le professeur Éric LOQUIN, la convention d'arbitrage « ne crée pas de lien de subordination des arbitres à l'égard des parties. Il nous paraît certain que les arbitres seraient en droit d'abandonner le strict respect de la convention des parties si son observation avait pour conséquence une violation du principe du contradictoire »¹¹⁴².

471. Une limite spécifique au pouvoir de l'arbitre concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires. S'agissant de la seconde limite qui concerne uniquement les mesures provisoires et/ou conservatoires, la solution est relativement complexe à appréhender en France et au Koweït. En droit koweïtien, nous pouvons revenir au principe général, comme nous l'avons déjà expliqué¹¹⁴³, selon lequel les parties peuvent simultanément, avec le tribunal arbitral, déterminer les critères d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires.

En droit français, l'article 1468 du CPCF prévoit que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine [...], toute mesure provisoire et conservatoire ». Si nous considérons, en interprétant strictement cet article, que la détermination des conditions d'octroi desdites mesures est un pouvoir exclusif au tribunal arbitral, la volonté des parties sera donc exclue dans cette hypothèse. Au contraire, avec une interprétation plus souple de cet article, il est possible de considérer que les parties peuvent fixer les conditions d'octroi

¹¹³⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.383. En ce sens v. aussi en droit koweïtien : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.315 s.

¹¹³⁷ CA Paris, 19 mai 1998, *Rev. arb.*, 1999, p.603, obs. Ch. JARROSSON.

¹¹³⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Rev. Arb.* 1989, p. 481, obs. Ch. JARROSSON.

¹¹³⁹ Cass. Com. 23 janvier 1981, n° 66/1981.

¹¹⁴⁰ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.617.

¹¹⁴¹ *Infra* : n° 719.

¹¹⁴² É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 18.

¹¹⁴³ *Supra* : n° 461.

des mesures provisoires et/ou conservatoires. C'est l'interprétation que fait la doctrine en France de l'article 1468 du CPCF en considérant que les parties peuvent fixer avec le tribunal arbitral les conditions d'octroi desdites mesures et ce pour deux raisons.

Tout d'abord, plusieurs auteurs de la doctrine française pensent que les parties peuvent imposer aux arbitres des critères d'octroi des mesures provisoires¹¹⁴⁴, notamment l'urgence ou les critères prévus aux règlements internationaux. C'est ainsi l'interprétation souple de l'article 1468 du CPCF qui est privilégiée ici. En effet, une interprétation stricte accordant l'exclusivité au tribunal arbitral pour fixer les conditions d'octroi des mesures provisoires impliquerait un silence de la doctrine qui ne proposerait donc aucune marge de manœuvre pour l'intervention des parties. Ensuite, la doctrine considère que les parties ont le pouvoir d'imposer des critères d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires à partir du moment où elles ne dérogent pas aux principes directeurs du procès prévues à l'article 1464 alinéa 2 du CPCF¹¹⁴⁵. Ainsi, si les parties ne dérogent pas aux règles d'ordre public elles peuvent établir elles-mêmes de nouvelles conditions d'octroi des mesures provisoires.

472. Par conséquent, il apparaît généralement que les arbitres dans les deux États ont le pouvoir de déterminer les conditions d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais ce pouvoir peut être limité par la convention des parties à l'arbitrage.

473. En droit français et koweïtien, si les pouvoirs des arbitres sont en principe limités par la convention d'arbitrage, les pouvoirs des arbitres et des parties sont également limités par les règles d'ordre public.

2 : La limite d'impérativité des règles du droit

474. « Les principes directeurs du procès émergent comme autant de points d'ancrage, destinés à limiter la liberté des parties et des arbitres autour d'un minimum irréductible, dans lequel la justice arbitrale serait ou risquerait d'être inefficace ou défigurée »¹¹⁴⁶. Selon ces mots

¹¹⁴⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468. ; É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 17. ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 481, obs. Ch. JARROSSON.

¹¹⁴⁵ L'art. 1464 al. 2 du CPCF prévoit que « toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 ».

¹¹⁴⁶ R. PERROT, « La réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1980, p.644.

forts énoncés par Roger PERROT, nous comprenons l'importance de ces principes non seulement en droit de l'arbitrage français mais également en droit de l'arbitrage koweïtien. Ces principes peuvent être définis comme « les règles fondamentales du procès civil qui déterminent le rôle respectif des parties et du juge et qui déterminent les garanties de bonne justice »¹¹⁴⁷.

475. Les dispositions du CPCF et du CPOK. En droits français et koweïtien, il existe des dispositions impliquant le respect par les arbitres et les parties à l'arbitrage des principes directeurs du procès civil, à savoir, plus généralement les règles d'ordre public¹¹⁴⁸. En France, l'article 1464 alinéa 2 du CPCF prévoit que « les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 », « sont toujours applicables » à l'instance arbitrale.

476. En droit koweïtien, l'article 182 alinéa 1 du CPOK prévoit que les décisions arbitrales sont prononcées conformément aux règles générales de droit, sauf dans le cas où ce sont les amiables compositeurs qui prononcent ces décisions, ils peuvent prononcer leurs décisions, même si celles-ci vont à l'encontre des règles générales de droit à condition de ne pas déroger aux règles **d'ordre public**¹¹⁴⁹. À cet égard, la doctrine koweïtienne interprète cet article en affirmant que l'arbitre et les parties à l'arbitrage doivent respecter les dispositions concernant l'ordre public, comme les articles 6, 45, 58 alinéas 2, 143, 179 alinéas 2, 181, 182 alinéas 3 et 4, 183 du CPOK¹¹⁵⁰.

477. Le respect de l'ordre public et des principes directeurs du procès dans la convention établie selon la volonté des parties. En France et au Koweït, les articles 1464 du CPCF et 182 du CPOK amènent les parties à respecter plusieurs dispositions et principes fondamentaux. En l'espèce, la doctrine française considère que « les parties ne peuvent dessiner les contours de la mission des arbitres que dans la mesure où elles ne portent pas atteinte à la nécessaire liberté dont tout juge doit disposer pour exercer sa fonction de juge. [...] Le contrat d'arbitrage, [...] ne crée pas de lien de subordination des arbitres à l'égard des parties »¹¹⁵¹. Ainsi, « les arbitres seraient en droit d'abandonner le strict respect de la convention des parties

¹¹⁴⁷ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.853.

¹¹⁴⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.388 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.341.

¹¹⁴⁹ تنص المادة ١٨٢ فقرة ١ على انه "يصدر المحكم حكمة غير مقيدة بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم.

¹¹⁵⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.316. ; S. ALQAHTANY, *L'arbitrage commercial dans l'Arabie saoudite et dans les Pays du Golf, Étude comparative*, Mémoire de master 2, Riyad, 2012, p.49 s.

¹¹⁵¹ É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 2.

si son observation avait pour conséquence une violation du principe du contradictoire »¹¹⁵². La doctrine koweïtienne considère comme en France que les parties peuvent limiter les pouvoirs des arbitres, mais en restant néanmoins soumises aux règles d'ordre public et aux principes directeurs du procès comme par exemple le principe de la contradiction¹¹⁵³.

Par conséquent, si les parties en France ou au Koweït dérogent par leur convention aux règles d'ordre public ou aux principes directeurs du procès, les arbitres ont donc la faculté de ne pas accepter leur mission, qui aboutirait en tout état de cause à une décision certainement annulée¹¹⁵⁴.

478. Le respect de l'ordre public et des principes directeurs du procès par les arbitres. En droits français et koweïtien, si les arbitres acceptent leur mission, il est nécessaire qu'ils respectent certaines dispositions et certains principes concernant l'ordre public comme le démontrent de nombreux exemples.

479. Le respect du principe du contradictoire. Tout d'abord, les arbitres français et koweïtiens doivent toujours respecter le principe de la contradiction imposé aux articles 14 à 17 du CPCF¹¹⁵⁵, et 6, 45, 58 alinéa 2, 143 du CPCCK¹¹⁵⁶. Ainsi, la doctrine des deux États estime que si les arbitres français ou koweïtiens prononcent à la demande de l'une des parties une mesure provisoire ou conservatoire en cas d'absence de l'adversaire, leur décision sera totalement annulée par les juridictions étatiques¹¹⁵⁷, tel qu'il sera ultérieurement expliqué¹¹⁵⁸. À cet égard, seule la Cour de cassation française donne des précisions complémentaires en affirmant que « l'annulation d'une sentence arbitrale sur le fondement de la violation du principe de la contradiction implique qu'il soit démontré que les éléments d'information utilisés par les arbitres n'ont pas effectivement été soumis au débat contradictoire entre les parties »¹¹⁵⁹.

¹¹⁵² *Ibidem*.

¹¹⁵³ F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.301 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.341.

¹¹⁵⁴ É. LOQUIN, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », préc., n° 17. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.136.

¹¹⁵⁵ É. LOQUIN, « Arbitrage, la décision arbitrale, voie... », préc., n° 71 s. ; J.-B. RACINE, *op. cit.*, p.388.

¹¹⁵⁶ Le CPCCK ne prévoit aucune disposition afin que l'arbitre respecte le principe du contradictoire, contrairement au droit français qui affirme l'importance de ce principe aux articles 1510 ou 1464 du CPCF. Cependant, selon la doctrine koweïtienne, étant donné que l'arbitrage est une exception de compétence du juge étatique, l'exception doit nécessairement suivre le principe général. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op. cit.*, p.358.

¹¹⁵⁷ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p.388. En ce sens v. aussi : É. LOQUIN, « L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence », *Rev. arb.*, 1976, p.223. ; Ch. JARROSSON, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit interne », 2014. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.349.

¹¹⁵⁸ *Infra* : n° 717.

¹¹⁵⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 30 septembre 1999, *Rev. arb.*, 2000, p.267, obs. J.-G. BETTO.

480. Le respect du principe dispositif. Ensuite, les arbitres français et koweïtiens sont également obligés de respecter le principe dispositif, « principe selon lequel les parties à un procès civil ont la pleine maîtrise de la matière litigieuse. Il a pour corollaire le principe d'indisponibilité de la matière litigieuse pour le juge »¹¹⁶⁰. Alors que le procès arbitral en France et au Koweït prend la forme du procès civil, les arbitres français et koweïtien doivent d'une part respecter l'objet de litige, et d'autre part se prononcer uniquement sur ce qui est demandé par les parties conformément aux articles 4, 5 du CPCF, et 179 alinéa 1 du CPCCK. En l'espèce, la jurisprudence française et koweïtienne affirme l'importance de ce principe devant les arbitres¹¹⁶¹. Du plus, la doctrine des deux États considère que cette obligation est imposée aux arbitres, même lorsqu'ils statuent en tant qu'amiables compositeurs, pour ne pas dépasser le cadre original du litige¹¹⁶². Par conséquent, si le litige est porté devant l'arbitre français ou koweïtien pour l'obtention d'un référé-provision mais que l'arbitre ordonne des dommages et intérêts, sa décision sera annulée car l'arbitre n'a pas statué *omnia petita*¹¹⁶³.

481. Le respect des droits de la défense. Enfin, les arbitres des deux États doivent respecter les droits de la défense. En droit français, l'article 485, alinéa 2 du CPCF prévoit que « si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes ». De même, en droit koweïtien, l'article 48 du CPCCK dispose que « ce délai peut être abrégé d'heure à heure, à condition que la notification soit une notification personnelle ». Ainsi, si le juge des référés français ou koweïtien constate qu'il y a une extrême urgence, il peut répondre à cette urgence, en diminuant le délai conformément à la limite autorisée par la loi. Cependant, les Hautes juridictions française et koweïtienne contrôlent l'appréciation opérée par le juge des référés sur la nécessité de célérité en vérifiant que celui-ci a laissé un délai raisonnable au défendeur pour préparer sa défense¹¹⁶⁴. Puisque les arbitres français et koweïtiens sont des juges privés, ils doivent dans cette mesure, comme les juges étatiques,

¹¹⁶⁰ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.852.

¹¹⁶¹ Cass. Civ. 1, 3 juillet 1996, *Rev. Arb.*, 2000, p.518, 1^{ère} esp., obs. PH. PINSOLLE. ; Cass. Com., 30 mars 2006, n° 772/2002.

¹¹⁶² Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 13. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.78 et 332 s.

¹¹⁶³ À cet égard, une sentence a été annulée en France car l'arbitre avait ordonné le paiement de dommages et intérêts alors que les parties demandaient un règlement de somme dû au titre de la liquidation d'une société. En ce sens : Paris, 17 septembre 1996, *Rev. arb.*, 2000, p.519, 2^{ème} esp., obs. Ph. PINSOLLE. ; J.-B. RACINE, *op. cit.*, p.389. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.78 s.

¹¹⁶⁴ Cass. Soc. 14 janvier 1988, n° 86-45.409, *Bull. Soc.*, n° 47. ; H. CROZE, « Référé, procédure », préc., n°16. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.413.

respecter les dispositions relatives à la défense. Ainsi, en cas de non-respect de ce principe fondamental, les sentences des arbitres français ou koweïtiens seraient susceptibles d'être annulées¹¹⁶⁵.

482. Il apparaît donc en France et au Koweït que les principes directeurs du procès et plus largement l'ordre public limitent les pouvoirs des arbitres et la volonté des parties. Cependant, les règles d'ordre public organisent seulement les droits fondamentaux dans le procès en général et en matière de référé, elles ne concernent pas nécessairement directement les critères d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre français ou koweïtien. Par conséquent, si les arbitres français et koweïtiens, et les parties à l'arbitrage **respectent les principes directeurs du procès et l'ordre public**, elles peuvent, selon nous, établir n'importe quel critère pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires.

483. En droits français et koweïtien, s'il n'existe pas de critères uniformes pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par un arbitre, il existe certains règlements en droits internationaux qui mettent en place plusieurs critères.

§ 2 : Les critères de l'arbitrage international pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires

484. En France, l'article 1468 du CPCF établit le critère de l'opportunité de la mesure pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre mais les contours de ce critère peuvent sembler très incertains comme nous l'avons vu, ce qui induit un risque d'arbitraire dans les décisions arbitrales. De la même manière, au Koweït, l'article 173 du CPCCK ne prévoit aucun critère pour octroyer lesdites mesures par l'arbitre, ce vide juridique conduit également à des controverses. En effet, même si les critères d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires ne sont claires ni en France ni au Koweït, certains auteurs en France pensent que « les arbitres [français] vont devoir se tenir aux éventuelles conditions posées dans la convention d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage (art. 26.3 du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

¹¹⁶⁵ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Synt., « Arbitrage en droit interne... », préc., n° 28 s.

(CNUDCI) »¹¹⁶⁶. Selon nous, les conditions proposées par ce Règlement de la CNUDCI peuvent également s'appliquer aux arbitres koweïtiens lorsqu'ils octroient des mesures provisoires et/ou conservatoires.

485. En général, « Les lois et les règlements ne définissent généralement pas les conditions d'octroi des mesures provisoires »¹¹⁶⁷. En effet, la majorité des conditions d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par un tribunal arbitral est prévue par l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI et par l'article 26 du Règlement de la CNUDCI¹¹⁶⁸. Cependant, il existe également d'autres conditions d'octroi dans d'autres règlements internationaux, notamment le Règlement de la Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA), ou le Règlement de la Chambre commerciale internationale (CCI)¹¹⁶⁹.

D'une part, nous allons expliquer tous les critères établis par les règlements internationaux pour l'octroi des mesures provisoires par l'arbitre, à l'exception de l'urgence puisqu'elle sera détaillée ultérieurement¹¹⁷⁰. D'autre part, lesdits critères ne doivent pas obligatoirement être respectés devant les arbitres français ou koweïtiens puisqu'ils ont plutôt vocation à guider ces arbitres dans leur mission provisoire, c'est-à-dire pour le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires. Comme le dit le professeur Sébastien BESSON, « certes, les conditions d'octroi des mesures provisoires ne sont pas uniformes dans la pratique arbitrale »¹¹⁷¹.

486. Par conséquent, nous nous intéresserons de manière générale à certains des règlements internationaux évoqués pour identifier les critères qui permettent guider les arbitres français et koweïtien lorsqu'ils octroient des mesures provisoires et/ou conservatoires. Ainsi, nous expliquerons dans un premier temps les critères ordinaires liés à la demande des parties et

¹¹⁶⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468.

¹¹⁶⁷ S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international...op. cit.*, p.50.

¹¹⁶⁸ « La Loi type vise à aider les États à réformer et à moderniser leurs lois sur la procédure arbitrale afin de tenir compte des caractéristiques et besoins particuliers de l'arbitrage commercial international ». Alors que le Règlement de la CNUDCI « présente un ensemble détaillé de règles de procédure dont peuvent convenir les parties pour la conduite d'une procédure arbitrale dans le cadre de leurs relations commerciales ». Disponible à https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration, consulté le 10 mars 2020.

¹¹⁶⁹ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 38 s.

¹¹⁷⁰ *Infra* : n° 524.

¹¹⁷¹ S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international...op. cit.*, p.51.

au dommage irréparable (A). Dans un second temps, nous verrons les critères extraordinaires liés au fond de l'affaire et à l'intérêt des parties (B).

A : Les critères liés à la demande des parties et au dommage irréparable

487. Les arbitres français peuvent bénéficier de l'éclairage de certaines lois et certains règlements internationaux pour établir les conditions d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires¹¹⁷². De même, même si la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes sont complètement silencieuses, nous considérons que les arbitres koweïtiens peuvent faire comme l'arbitre français et appliquer les lois et règlements internationaux pertinents lorsqu'ils sont amenés à octroyer des mesures provisoires et/ou conservatoires, à conditions de ne pas déroger aux règles d'ordre public et à la volonté des parties à l'arbitrage. Ainsi, nous nous intéresserons d'abord à certains articles des règlements internationaux qui établissent le critère de l'existence d'une demande présentée par les parties à l'arbitrage pour que l'arbitre puisse ordonner une mesure provisoire (1). Ensuite, nous nous attacherons à expliquer les articles 17 de la loi-type de la CNUDCI et 26.3 du Règlement de la CNUDCI qui exigent que la partie requérant une mesure provisoire doive convaincre le tribunal arbitral qu'elle est subit un préjudice irréparable (2).

1 : L'existence de la demande des parties

488. Certains auteurs en France considèrent qu' « il est généralement admis en droit comparé que les arbitres ne peuvent prendre l'initiative, en l'absence d'une demande en ce sens, d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires »¹¹⁷³. Il s'agit alors ici de la question du pouvoir des arbitres de prononcer d'office des mesures provisoires.

489. Arbitrage internes. En droits français et koweïtien, les arbitres n'ont pas le pouvoir de prononcer d'office des mesures provisoires et/ou conservatoires, comme il a déjà été démontré¹¹⁷⁴. Ainsi, les arbitres des deux États ne peuvent pas ordonner lesdites mesures sans

¹¹⁷² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468. ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention du juge étatique, mesure provisoire et conservatoire », 2020, n°38 s.

¹¹⁷³ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n°38 s.

¹¹⁷⁴ *Supra* : n° 466.

l'existence d'une demande présentée par les parties à l'arbitrage. Toutefois, seul l'arbitre français a le pouvoir de prononcer d'office des mesures d'instruction tel qu'il est prévu aux articles 10 et 1467 du CPCF¹¹⁷⁵. En droit koweïtien, le pouvoir de l'arbitre est réduit par rapport à l'arbitre français. En effet, la doctrine estime que l'arbitre koweïtien n'a pas le pouvoir de prononcer d'office des mesures provisoires et conservatoires, même concernant les mesures d'instruction¹¹⁷⁶.

490. Arbitrage international. La solution existant en droits internes français et koweïtien, existe également en droit international. En matière d'arbitrage international, les articles 26.1 du Règlement de la CNUDCI, 28.1 du Règlement de la CCI et 25.1 du Règlement de la LCIA exigent tous l'existence d'une demande des parties à l'arbitrage pour que l'arbitre ordonne une mesure provisoire. Ainsi, selon ces règlements, si les parties ne présentent pas leurs demandes devant l'arbitre, ce dernier ne peut pas prendre l'initiative de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires¹¹⁷⁷. Or, l'article 7.9 du Règlement du *Chartered Institute of Arbitrators* (CIA), l'article 1134 du Traité NAFTA ou l'article 39.3 du Règlement de Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), admettent le pouvoir des arbitres de prononcer *ex officio* des mesures provisoires et conservatoires¹¹⁷⁸.

491. La nécessité de la demande. En général et peu importe que l'on soit en matière d'arbitrage interne ou international, les mesures provisoires et/ou conservatoires doivent être sollicitées expressément par les parties à l'arbitrage puisqu'elles relèvent des droits particuliers des parties. Nous trouvons ainsi que cette condition est logique car elle s'inscrit dans l'objet essentiel de l'arbitrage, c'est-à-dire répondre au besoin des parties.

492. Selon les règles établies en matière d'arbitrage international qui trouvent à s'appliquer en droits français ou koweïtien, si les parties à l'arbitrage demandent des mesures

¹¹⁷⁵ E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne : acteurs... », préc., n° 28 s. ; Y. STRICKLER, « Arbitrage, Procédure arbitrale », préc., n° 69.

¹¹⁷⁶ F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.399 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.188 s.

¹¹⁷⁷ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n°39.

¹¹⁷⁸ En ce sens : A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n°39. ; É. LOQUIN, *J. Cl. International*, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international... », 2015, préc., n° 41. ; E. DECAUX, L. TRIGEAUD, *J. Cl. International*, Fasc. 245, « Arbitrage entre sujets du droit international : États et Organisation internationales, Principe généraux, Parties », 2013.

provisoires et/ou conservatoires, elles doivent donc convaincre le tribunal arbitral qu'elles ont subi un préjudice irréparable.

2 : L'existence d'un préjudice irréparable

493. L'article 17.A. de la loi-type de la CNUDCI prévoit que la partie qui demande une mesure provisoire doit convaincre le tribunal arbitral que son préjudice ne pourra être réparé « de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts » si la mesure provisoire n'est pas ordonnée. De même, l'article 26.3 du Règlement de la CNUDCI de 2010 prévoit la même condition¹¹⁷⁹. À cet égard, deux questions peuvent être posées concernant la signification de la notion de préjudice irréparable et la mise en œuvre de cette condition d'octroi des mesures provisoires par l'arbitre.

494. La notion de préjudice irréparable. La notion de préjudice irréparable semble particulièrement restrictive puisqu'elle implique a priori et si l'on se fie au sens littéral du terme « irréparable » un préjudice qui ne pourrait pas être réparé. Par souci de souplesse, cette notion d'« irréparable » est souvent interprétée de manière large avec l'idée de ne pas exiger une impossibilité absolue de réparation par des dommages-intérêts. En effet, « le critère plus restrictif du dommage irréparable a souvent été écarté ou interprété dans un sens raisonnable n'impliquant pas une impossibilité absolue de réparer le préjudice par l'octroi de dommages-intérêts »¹¹⁸⁰. Il arrive même que l'on demande seulement à la partie qui demande une mesure provisoire de démontrer la nécessité de cette mesure pour éviter un préjudice seulement « sérieux ». Dans les articles 17A de la loi-type et 26 al.3 du Règlement CNUDCI, la gravité du préjudice subi par la partie qui demande une mesure provisoire est encore minorée puisqu'il est fait référence à un préjudice ne pouvant pas être « réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts » et qui sera « probablement causé » dans le cas où la mesure ne serait pas octroyée par l'arbitre¹¹⁸¹. Ainsi, peu importe au final la gravité du préjudice ou même son

¹¹⁷⁹ V. l'art. 26. 3 du Règlement de la CNUDCI de 2010.

¹¹⁸⁰ S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international...op. cit.*, p.52.

¹¹⁸¹ A. CARLEVARIS, « Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien », *Gaz. pal.*, 2001, n° 319, p.27.

étendue, « s'il peut être réparé de manière adéquate par une compensation financière »¹¹⁸². À cet égard, la doctrine française estime par ailleurs que le demandeur devrait avoir à démontrer qu'en l'absence d'octroi de la mesure provisoire demandée son préjudice sera plus grave que celui subi par le défendeur. Cependant, la doctrine koweïtienne est complètement silencieuse concernant cette question de la gravité du préjudice subi par la partie qui demande des mesures provisoires¹¹⁸³. Elle est également silencieuse concernant les autres critères mis en place dans les lois ou les règlements internationaux pour encadrer l'octroi des mesures provisoires par l'arbitre.

495. La mise en œuvre du critère de l'irréparabilité du préjudice. L'arbitre est amené à se poser la question de l'irréparabilité du préjudice de manière prospective. C'est-à-dire qu'il doit également se poser la question du risque d'aggravation du dommage sérieux ou même irréparable et ainsi prévenir la survenance de cette aggravation. En effet, certains auteurs en France estiment que « les arbitres conditionnent souvent le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires »¹¹⁸⁴ pour prévenir la survenance et l'aggravation du dommage sérieux ou irréparable. À cet égard, une sentence arbitrale rendue dans une affaire traitée par la CCI en 1997 a jugé que « les considérations habituelles en matière d'équité sous-jacentes à une telle demande s'appliquent », l'arbitre doit ainsi se demander si un préjudice irréparable peut être « causé au demandeur si la mesure n'est pas accordée immédiatement »¹¹⁸⁵. De plus, il a été jugé dans d'autre affaire de CCI que « la mesure provisionnelle sollicitée n'est pas de nature à prévenir le risque d'un préjudice sérieux »¹¹⁸⁶. Néanmoins, plusieurs tribunaux arbitraux semblent ne pas appliquer du tout le critère du préjudice irréparable lorsqu'ils acceptent d'ordonner une mesure provisoire sans que le dommage non-réparable ne soit démontré¹¹⁸⁷. Ainsi, ce critère de l'irréparabilité du préjudice est tantôt applicable devant certains tribunaux arbitraux et tantôt non-applicable devant les autres tribunaux.

¹¹⁸² C. MALINVAUD, « Modification de la loi modèle CNUDCI sur les mesures intérimaires : un texte de compromis sur les mesures ex parte », *Gaz. pal.*, 2007, n° 114, p.12.

¹¹⁸³ Un auteur au Koweït fait référence à la condition de préjudice irréparable. En effet, il estime que la condition d'urgence englobe le préjudice. En ce sens : F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.400.

¹¹⁸⁴ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n°41. ; Du même auteurs, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 41.

¹¹⁸⁵ Aff. CCI, n° 8894, 1997, sentence intérimaire.

¹¹⁸⁶ Aff. CCI, n° 12779, 2003, procedural order.

¹¹⁸⁷ G. BORN, *International Commercial Arbitration : Kluwer Law International*, 2009, p.1983.

496. La possibilité d'appliquer le critère du préjudice irréparable en France et au Koweït. Selon nous, le critère du préjudice, ou du dommage, irréparable peut être utilisé comme critère d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres français et koweïtiens. Ce critère ne viole dans les deux États, ni l'ordre public, ni la convention d'arbitrage si les parties ont autorisé l'arbitre à l'appliquer. Cependant, il n'est qu'un exemple de mise en œuvre de la théorie de l'urgence comme il sera ultérieurement démontré¹¹⁸⁸. Par ailleurs, selon un auteur français, ce critère « n'est généralement pas appliqué à l'octroi de suretés pour les dépens qui sont soumis à des conditions spécifiques »¹¹⁸⁹.

497. S'il existe en matière d'arbitrage international des conditions ordinaires liées à la demande des parties et au préjudice non-réparable, il existe également des conditions extraordinaires liées au fond de l'affaire et à l'intérêt des parties que les arbitres français et koweïtiens peuvent être amenés à appliquer.

B : Les critères liés au fond de l'affaire et à l'intérêt des parties

498. L'article 17.A. 1 a et b, de la loi-type de la CNUDCI prévoit que l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires dépend d'une balance des intérêts des parties à l'arbitrage (1), et d'une chance raisonnable de succès sur le fond (2).

1 : La proportionnalité des intérêts des parties à l'arbitrage

499. La condition de proportionnalité des intérêts des parties à l'arbitrage est liée plus généralement à la condition de l'existence d'un préjudice irréparable. Il s'agit en effet de mesurer l'effet de la mesure provisoire demandée sur les intérêts des parties en prenant en compte notamment le préjudice qui a été subi par l'adversaire.

¹¹⁸⁸ *Infra* : n° 510.

¹¹⁸⁹ S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international...op. cit.*, p.52.

500. La condition de balance des intérêts. Au sens de l'article 17.A. 1. a. de la loi-type de la CNUDCI, la balance entre les intérêts des parties doit être effectuée devant le tribunal arbitral pour que les arbitres puissent ordonner les mesures provisoires demandées. À titre d'illustration, le préjudice de la partie requérant la mesure provisoire doit être « emport[é] largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée ».

À cet égard, il a été jugé par un tribunal arbitral de la CCI que le tribunal doit chercher la balance entre les intérêts des parties à l'arbitrage et le ou les éventuels préjudices qui pourraient résulter de prononcé de la mesure provisoire demandée¹¹⁹⁰. De la même manière, la doctrine française estime que cette « exigence [...] paraît fondamentale »¹¹⁹¹. Par ailleurs, la doctrine française estime également que la condition de la balance des intérêts permet non seulement de comparer les intérêts des parties avec la réalisation d'un éventuel préjudice subi du fait du prononcé de mesures provisoires, mais elle conduit également le tribunal à estimer si la mesure sera opportune ou non¹¹⁹². En revanche, la doctrine koweïtienne est silencieuse devant cette condition d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires de la même manière que devant les autres conditions.

501. Déterminer l'opportunité de la mesure grâce à la balance des intérêts en conflit. Une idée fondamentale apparaît au regard de l'analyse de la condition de balance des intérêts. Tel qu'il a été considéré uniquement par la doctrine française, cette condition conduit le tribunal arbitral à vérifier que la mesure provisoire demandée sera appropriée ou opportune. Les termes « appropriée ou opportune » existent dans plusieurs lois et règlements internationaux, ils existent aussi expressément en matière d'arbitrage interne français et implicitement en matière d'arbitrage interne koweïtien.

502. En matière d'arbitrage international, l'article 17. A. 2 de la loi-type de la CNUDCI, l'article 183 de la Loi Fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP)¹¹⁹³, l'article 28 de la Convention du Centre d'arbitrage commercial des Pays du Golfe (ACC)¹¹⁹⁴,

¹¹⁹⁰ « *Arbitrators must endeavor to balance the relative harm to each party that may or may not flow from the granting or denial of the measures requested* ». En ce sens : Aff. CCI. n° 12361, 2011, Bull. CI Arb. CCI, vol. 22.

¹¹⁹¹ S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international...op. cit.*, p.55.

¹¹⁹² *Ibidem*.

¹¹⁹³ Disponible sur <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>, Consulté le 17 mars 2020.

¹¹⁹⁴ Disponible sur <http://www.gccac.org/ar/centre-s-rules/arbitration-procedures>, Consulté le 17 mars 2020.

l'article 26 du règlement du Centre du Caire de l'arbitrage commercial international (CRCICA)¹¹⁹⁵, ou l'article 28. 1. du Règlement de la CCI, prévoient clairement par exemple que les mesures provisoires et/ou conservatoires qui seront ordonnées par le tribunal arbitral doivent être appropriées ou opportunes.

503. En matière d'arbitrage interne, nous remarquons en France et au sens de l'article 1468 du CPCF que le tribunal ne doit prononcer que la « mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune ». Ainsi, nous pensons que les arbitres en droit français interne cherchent systématiquement l'équilibre entre l'intérêt des parties à l'arbitrage et le préjudice qui pourrait résulter de prononcé d'une mesure provisoire et/ou conservatoire avant de prononcer une telle mesure. En revanche, le CPCF ne fait mention ni du terme « opportune », ni du terme « approprié » contrairement au CPCF pour encadrer l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre. La doctrine koweïtienne se contente de faire en l'espèce référence aux conditions d'octroi des mesures provisoires existant devant le juge des référés koweïtien, comme l'urgence et l'absence de préjudice au principal. Or, nous estimons tel que déjà démontré, que les arbitres koweïtiens cherchent systématiquement comme en France l'équilibre entre l'intérêts des parties à l'arbitrage et le préjudice qui pourrait résulter de l'octroi d'une mesure provisoire et/ou conservatoire, avant qu'une telle mesure soit prononcée.

Par conséquent, comme la doctrine française¹¹⁹⁶, nous pensons que la condition de proportionnalité des intérêts est fondamentale pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres. En France et au Koweït, cette condition nous apparaissant comme logique, oblige les arbitres français et koweïtiens à rendre des mesures provisoires et/ou conservatoires opportunes, ce qui invite l'arbitre à faire preuve d'impartialité dans sa mission arbitrale.

2 : La chance raisonnable de succès au fond

¹¹⁹⁵ Le CRCICA applique toutes les règles de la loi-type depuis le fondement de ce centre. Disponible sur https://cricica.org/Arbitration_rules.aspx, Consulté le 18 mars 2020.

¹¹⁹⁶ S. BESSON, « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans la pratique arbitrale – Notion, type des mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », in S. AZZALI, *L'arbitre international...op. cit.*, p.55. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.467 s. ; H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, *Règles et pratiques du...op. cit.*, p.262 s.

504. En matière d'arbitrage international, l'article 17A. 1. b. de la loi-type de la CNUDCI et l'article 26. 3. du règlement de la CNUDCI de 2010 exigent que la partie à l'arbitrage doive convaincre le tribunal arbitral « qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du litige », si elle obtenait la mesure provisoire demandée.

505. En matière d'arbitrage international, la condition de la chance raisonnable de succès sur le fond est une condition importante pour les arbitres puisqu'elle les guide et leur permet d'ordonner les mesures provisoires « appropriées » à la demande des parties. Toutefois, cette condition donne lieu à un débat doctrinal car elle « présente l'originalité d'exiger, généralement au tout début de la procédure d'arbitrage, la preuve de chances raisonnables de succès au fond »¹¹⁹⁷. En l'espèce, il est heureux de constater que l'article 17 de la loi-type prévoit que les mesures provisoires ordonnées dès le début de l'instance ne préjugent pas « la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque ». Cependant, il est parfois considéré en France que « même si la loi type de la CNUDCI prévoit par précaution que cela ne devrait pas porter atteinte à la liberté d'appréciation ultérieure du tribunal, il semble que la formule soit délicate, et qu'elle conduise à un risque de préjugé sur le fond »¹¹⁹⁸. Or, nous pensons que les procédures arbitrales ne sont pas comme les procédures judiciaires du fait de leur flexibilité et leur simplicité.

506. En droit koweïtien, le législateur, la jurisprudence et la doctrine sont silencieux concernant les contours de cette condition qui doit être remplie devant l'arbitre. Par ailleurs, la doctrine insiste sur les conditions qui doivent être respectées tant dans la procédure arbitrale que dans la procédure de référé, comme nous l'avons vu¹¹⁹⁹. Enfin, il est considéré par la doctrine française que la condition de la chance raisonnable de succès au fond est importante dans le cadre de l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires devant l'arbitre interne ainsi que devant l'arbitre international¹²⁰⁰.

507. En matière internationale, en droits français et koweïtien, s'il existe des critères **théoriques** qui peuvent aider les arbitres à prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, il existe également d'autres critères **pratiques** qui sont proposés dans le cadre

¹¹⁹⁷ C. MALINVAUD, « Modification de la loi modèle CNUDCI sur... », préc., n° 114, p.12.

¹¹⁹⁸ L. CHEDLY, « L'arbitrage international en droit tunisien Quatorze ans après le Code », JDI clunet, 2008, n° 2.

¹¹⁹⁹ *Supra* : n° 460.

¹²⁰⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.466 s.

des droits internes des deux États, et qui peuvent également aider les arbitres à octroyer lesdites mesures.

Section 2 : Les critères pratiques d'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre en droits internes français et koweïtien

508. Selon les doctrines française et koweïtienne, les arbitres des deux États sont souvent soumis à certaines conditions **pratiques** pour octroyer des mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, il faut noter que ces conditions ne doivent pas nécessairement être appliquées par les arbitres mais elles bénéficient d'un avantage de précision qui permet aux arbitres de faciliter la mise en œuvre leur mission provisoire. Ainsi, nous analyserons la théorie de l'urgence d'une part (§ 1) et l'absence de préjudice au principal d'autre part (§ 2) qui sont les deux critères fréquemment utilisés par les arbitres français ou koweïtiens dans leur mission provisoire.

§1 : Le concept d'urgence, premier critère fondamental pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre

509. En droits français et koweïtien, la théorie de l'urgence joue un grand rôle dans la mission arbitrale, notamment dans le domaine des mesures provisoires et/ou conservatoires. Ainsi, si cette théorie est fréquemment utilisée devant les arbitres des deux États pour octroyer les mesures provisoires et/ou conservatoires, il est nécessaire d'expliquer d'abord le concept général de cette théorie d'un point de vue théorique et juridique (**A**). Nous étudierons ensuite son existence pratique en matière de procédure arbitrale tant en droit français qu'en droit koweïtien (**B**).

A : Le concept d'urgence

510. Le concept d'urgence n'est pas un concept clair puisque l'urgence n'est définie ni par les législateurs ni par les jurisprudences que l'on se situe en France ou au Koweït. Par

ailleurs, la notion d'urgence est confondue en France et au Koweït avec plusieurs autres notions telles que la force majeure ou la nécessité. Du fait de cette complexité, nous évacuerons en premier lieu une visée purement pratique pour analyser ainsi le concept d'urgence tel que vu par les doctrines française et koweïtienne (1). Ensuite, nous exposerons la mise en œuvre de ce concept dans le droit administratif des deux États (2).

1 : Le concept philosophique d'urgence

511. La notion d'urgence est une notion souple mais large et obscure non définie par la loi et la jurisprudence¹²⁰¹. Les doctrines française et koweïtienne sont de ce fait allées plus loin dans la définition de cette notion sans la rattacher à une quelconque matière du droit. Il s'agit là d'une appréhension plus large et plus souple que celle ordinairement acceptée en matière de procédure civile.

512. L'autonomie de l'urgence. Le concept de l'urgence avait attiré l'attention de certains auteurs français. Cette notion théorique est comprise différemment selon le domaine dans lequel elle se retrouve (droit judiciaire, droit administratif, droit pénal, etc.). De manière très générale, la théorie de l'urgence dispose d'un régime dérogatoire¹²⁰². En effet, « à situation particulière, on applique un régime particulier »¹²⁰³. Ainsi, en la comparant avec la théorie de l'état d'urgence¹²⁰⁴, l'on peut affirmer que les circonstances particulières confèrent une légitimité à certaines mesures spéciales¹²⁰⁵. Comme l'exprimait si justement Christophe GUETTIER, « si l'obligation de respecter la légalité n'est pas abandonnée, elle peut être très sensiblement assouplie en raison du caractère exceptionnel des circonstances »¹²⁰⁶.

513. Une notion confondue avec d'autres notions. Par ailleurs, il ne faut pas confondre la notion d'urgence avec d'autres notions telles que la notion de force majeure ou de

¹²⁰¹ G. MICHEL, *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, Thèse, Limoges 2006, p.6 s. Disponible sur <http://epublications.unilim.fr/theses/2006/michel-geoffroy/michel-geoffroy.pdf>. (Dernière consultation le 15 juillet 2020). En ce sens v. aussi : J. ENGLEBERT, *Les référés judiciaires : Principe et question de procédure*, Bruxelles, 2003, p.17 s.

¹²⁰² G. MICHEL, *La notion d'urgence...op. cit.*, p.8.

¹²⁰³ *Ibidem*.

¹²⁰⁴ J.-F. DREUILLE, *J. Cl. Lois pénales spéciales*, Fasc. 20, « État d'urgence », 2017, n° 31 et 32.

¹²⁰⁵ G. MICHEL, *La notion d'urgence...op. cit.*, p.9 s.

¹²⁰⁶ Ch. GUETTIER, *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1998, p.40.

nécessité. Aussi, Jean-Louis CAPITOLIN distingue-t-il entre l'essence de l'urgence et l'essence de la nécessité¹²⁰⁷. Selon lui, l'essence de la nécessité repose sur la protection de l'intérêt des parties et n'est pas nécessairement liée au temps. L'urgence est un cas particulier de nécessité qui est quant à elle fondamentalement liée au temps. Xavier VUITTON considère à ce sujet que « l'urgence consiste dans la nécessité qui ne souffre aucun retard »¹²⁰⁸. L'on peut observer que ces deux notions peuvent être additionnées, l'urgence conservant une dimension temporelle et la nécessité une importance substantielle¹²⁰⁹. Agir vite mais sans but¹²¹⁰ est la manifestation extrinsèque de l'urgence, c'est-à-dire que la question qui se pose n'est pas « pourquoi l'on fait cela », mais « comment l'on fait cela ». Toutefois, l'urgence ne peut exister toute seule sans être dénuée de sens puisque le temps (l'urgence) et la substance (la nécessité) cohabitent dans un même ensemble, les deux notions constituant les deux faces d'une même pièce. Si ce n'était pas le cas, « agir vite » n'aurait alors aucun sens¹²¹¹. À titre d'exemple, l'une des parties ne bénéficierait pas d'une mesure d'extrême urgence si elle n'y avait pas un intérêt très important.

En conclusion, s'il y a nécessité, ce n'est pas forcément qu'il y a urgence ; a contrario, s'il existe une urgence, il y a forcément nécessité.

514. S'agissant du droit koweïtien, la doctrine s'est également interrogée sur le concept large de l'urgence et sur d'autres notions telles que la nécessité et le péril¹²¹². En effet, la doctrine considère que le péril lui-même est la cause de l'urgence et qu'il en résulte que l'urgence est le résultat du péril. Par conséquent, l'urgence est un état légal et logique issu du péril découlant lui-même de l'écoulement du temps et qui constituera une nécessité d'obtention d'une protection judiciaire¹²¹³. Ainsi, la doctrine koweïtienne affirme, à l'instar de la doctrine française, que l'urgence est une action dans le temps contrairement à la nécessité qui conduit, elle, à l'intérêt du requérant de bénéficier d'une protection judiciaire et qui n'est pas nécessairement attachée à la dimension temporelle¹²¹⁴.

¹²⁰⁷ J.-L. CAPITOLIN, *La nécessité en droit*, Thèse, Antilles-Guyane, 1997.

¹²⁰⁸ X. VUITTON, « Référé civils », préc., n° 8. ; En ce sens v. : E. GARSONNET, C. CÉZAR-BRU, *op. cit.*

¹²⁰⁹ G. MICHEL, *La notion d'urgence...op. cit.*, p.11.

¹²¹⁰ *Ibidem.*

¹²¹¹ *Ibidem.*

¹²¹² A. SALAMAH, *L'urgence dans la procédure civile internationale*, 1^{ère} éd., Dar Alnahdah, 1988, p.124. ; M. RUSHDY, *Le juge des cas urgents*, t. II, Alexandrie, 1952, p.58.

¹²¹³ *Ibidem.*

¹²¹⁴ A. ALNIMER, *La compétence et l'ordonnance dans l'instance en référé*, Alexandria, L'institution de Almaaref, 1976, p.33 s.

515. Comme il a été déjà évoqué dans notre introduction, le législateur et la jurisprudence en France comme au Koweït, ne donnent pas une définition précise du concept d'urgence. Quant à elle, la doctrine se borne à donner des définitions sibyllines de ce concept. Aussi, il est nécessaire de s'interroger sur la question de sa mise en œuvre dans le droit administratif des deux États.

2 : Le concept juridique d'urgence : Droit administratif

516. En droit administratif français, la mise en œuvre quasi-uniforme de l'urgence d'un point de vue procédural est plus claire que le concept doctrinal général tel qu'il est abordé par la doctrine. Au contraire, en droit koweïtien la non-codification des règles de droit administratif ne permet pas, comme en droit français, une clarification du concept de l'urgence.

517. La non-codification des règles du droit administratif en droit koweïtien. En droit koweïtien, le débat concernant le concept de l'urgence en droit administratif n'a pas lieu d'intervenir. En effet, les règles des référés administratifs koweïtiens ne sont pas codifiées jusqu'à nos jours et il n'existe qu'une loi de mise en place de la chambre administrative dans le tribunal de Grande Instance koweïtien¹²¹⁵. Cette loi ne comporte aucun article traitant des procédures de référé. Ainsi, si les parties veulent saisir le juge des référés administratif, elles le saisissent conformément à l'idée d'urgence prévue à l'article 31 du CPCCK¹²¹⁶. Ainsi, la notion d'urgence devra être entendue devant la chambre administrative conformément aux règles entourant la notion d'urgence existant devant le juge des référés compétent pour les chambres civile et commerciale¹²¹⁷.

518. Histoire générale du référé administratif en France. En droit français, l'origine des procédures d'urgence en matière de droit administratif remonte à l'arrêt *Pajoi* du 22 janvier 1867¹²¹⁸. Afin d'identifier l'apparition de la possibilité d'une procédure d'urgence en droit administratif il est nécessaire de comprendre l'évolution procédurale découlant de cet arrêt.

¹²¹⁵ La loi n° 20 de l'année 1981 construisant la chambre administrative dans le tribunal de grande instance.

¹²¹⁶ *Supra* : n° 148.

¹²¹⁷ Les demandes concernent les revenus des salariés des administrations de l'États. En ce sens : Cass. AD. K., 28 février 2000, n° 395/1999. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...*t. I, *op. cit.*, p.389.

¹²¹⁸ CE, 22 janv. 1867, n° 37132, *Pajoi*.

Avant le 22 janvier 1867, il n'y avait pas de procédure d'urgence administrative¹²¹⁹. Les Conseils de préfecture, c'est-à-dire les juridictions administratives de première instance, n'avaient pas la possibilité de statuer d'urgence¹²²⁰.

Avec ledit arrêt *Pajoi*, il n'y pas encore de véritable procédure d'urgence, mais cet arrêt donne la possibilité d'un « quasi-référé »¹²²¹. En effet, dans cet arrêt, le juge administratif statue comme un juge des conflits en affirmant le principe de séparation des pouvoirs au fond et en référé, et en imposant un principe de capacité des juges administratifs à prononcer des mesures préparatoires dans leurs décisions¹²²². En effet, il n'existait à l'époque aucun texte conférant ce pouvoir aux Conseils de préfecture. Ainsi, à partir de l'arrêt *pajoi*, « les requérants ont tenté d'obtenir des décisions d'urgence de la part des Conseils de préfecture sans qu'aucun texte ne les y autorise »¹²²³.

Par la suite en 1889, le constat d'urgence est apparu¹²²⁴. En effet, la loi du 22 juillet 1889 a codifié la condition d'urgence en droit administratif en prévoyant qu' « en cas d'urgence, le Président du Conseil de préfecture peut, sur la demande des parties, désigner un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant le Conseil. Avis en est donné immédiatement au défendeur éventuel »¹²²⁵.

519. La condition d'urgence en matière de référé administratif. Aujourd'hui, il existe généralement en droit administratif français plusieurs voies de référé : le référé d'urgence, le référé ordinaire ou encore d'autres types de référés tels que le référé fiscal. S'agissant de la condition d'urgence, celle-ci est toujours exigée dans le cadre du référé d'urgence. À titre d'exemple, les juges des référés du Conseil d'État ne pourraient pas, dans le cadre d'un référé-liberté, d'un référé-suspension ou d'un référé-conservatoire, prononcer leurs ordonnances provisoires ou conservatoires sans que la condition d'urgence ne soit remplie¹²²⁶. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir s'il y a une appréciation spéciale et une interprétation différente du concept d'urgence en droit administratif.

¹²¹⁹ S. GILBERT, « L'immixtion du référé-liberté dans le champ de la voie de fait : vers une perte de sens de la voie de fait », J. Cl., DA, 2013, n° 3, comm. 24.

¹²²⁰ *Ibidem*.

¹²²¹ CE, 22 janv. 1867, DP, 1867, 3, p.26.

¹²²² G. MICHEL, *La notion d'urgence...op. cit.*, p.19.

¹²²³ *Ibidem*.

¹²²⁴ Le référé constat est défini comme étant « une procédure par laquelle un requérant peut demander sur simple requête au juge des référés, de désigner un expert chargé de constater immédiatement des faits qui pourraient donner lieu à un litige devant la juridiction ». En ce sens : R. CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p.433.

¹²²⁵ L'art. 24 de la loi du 22 juillet 1889.

¹²²⁶ M. de MONSEMBERNARD, « Référés d'urgence : le référé-suspension », préc, n° 166.

520. La conception de l'urgence en droit administratif. Selon la doctrine de droit administratif, la condition de l'urgence bénéficie d'une autonomie en matière administrative puisqu'elle doit être appréciée de manière globale et concrète¹²²⁷. Par ailleurs, la conception d'urgence reste protéiforme devant la doctrine administrative française. Certains auteurs français vont ainsi plus loin lorsqu'ils interprètent ce concept en considérant que « l'urgence autorise à déroger aux exigences du droit en vigueur »¹²²⁸. Par exemple, l'auteur Marc de MONSEMBERNARD introduit sa pensée sur la conception d'urgence en disant que « l'urgence est une notion générale et son appréciation concrète dépend bien entendu des éléments de fait qui lui sont soumis »¹²²⁹. Compte-tenu de la multiplicité des interprétations doctrinales de l'urgence, nous pensons pertinent ici d'aller directement vers l'interprétation jurisprudentielle administrative qui confère un cadre stable entourant le concept d'urgence.

521. La solution encadrée par le Conseil d'État français. En matière de droit administratif, le concept d'urgence *stricto sensu* n'est défini ni par le législateur français ni par le législateur koweïtien¹²³⁰. Cependant, si la jurisprudence administrative française n'a pas, à l'heure actuelle, dégagé de concept uniforme de l'urgence, elle en a pourtant défini un cadre. La Haute Juridiction administrative française considère en effet que « la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire »¹²³¹.

522. Nous pouvons conclure en disant qu'il n'existe aucune interdiction pour les arbitres français ou même les arbitres koweïtiens de bénéficier de ce cadre donné par la jurisprudence

¹²²⁷ *Ibidem.* ; P. TROUILLY, « Espèces nuisibles, Destruction d'espèces classées nuisibles et notion d'urgence », *J. Cl. Environnement et Développement durable*, 2007.

¹²²⁸ M.-Ch. BERGERES, A. DU CHEYRON, « La contrainte par corps de l'article L. 271 du livre des procédures fiscales », *RDF*, 1983.

¹²²⁹ M. de MONSEMBERNARD, « Référé d'urgence : le référé-conservatoire », préc., n° 24.

¹²³⁰ M. ALENZI, préc.

¹²³¹ La Cour de cassation française définit le concept d'urgence à la lumière de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, notamment avec l'arrêt *Confédération nationale des radios libres* du 19 janvier 2001. En ce sens : CE, 19 janvier 2001, n° 228815, Bull, p.378. À cet égard v. aussi : CE, 30 juillet 2014, n° 380492, inédit. ; CE, 13 juin 2006, n° 294072, inédit. ; CE, 24 février 2006, n° 279364, inédit.

administrative française. Ce cadre pourrait en effet les aider en les guidant dans la mise en œuvre leur mission provisoire.

B : L'urgence comme critère fondamental pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre

523. Au niveau des pratiques arbitrales française et koweïtienne, le concept d'urgence est fréquemment employé à juste titre. En effet, les arbitres français et koweïtiens exigent souvent que la condition d'urgence soit remplie pour octroyer les mesures provisoires et/ou conservatoires. Pour aller plus loin, cette condition est bien encadrée et renforcée par les règlements internationaux. Ainsi, il est important de voir d'abord l'importance et l'encadrement de la condition d'urgence en droit international (1). Ensuite, nous verrons la position des législateurs, de la jurisprudence et de la doctrine en droits français et koweïtien (2).

1 : L'encadrement international de la condition d'urgence pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires

524. En droit international de l'arbitrage, plusieurs règlements exigent que la condition d'urgence soit remplie pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires. C'est le cas par exemple dans la loi type de la CNUDCI, le Règlement de la CNUDCI, le Règlement du CIRDI ou le Règlement de la CCI.

525. CNUDCI. Dans le cadre de l'article 17A la loi type de la CNUDCI et de l'article 26 du Règlement de la CNUDCI, la condition d'urgence n'est pas prévue expressément. Cependant, il est estimé par Kaufmann-Kohler RIGOZZI que la condition d'urgence sera « parfois considérée comme une condition séparée et parfois vue comme une partie intégrante de l'exigence de préjudice »¹²³². Ainsi, cette condition est au moins exigée implicitement par ces articles.

¹²³² G. KAUFMANN, A. RIGOZZI, *Arbitrage international : Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^{ème} éd., Weblaw, 2010, p.384. »

526. CIRDI. S'agissant du Règlement du CIRDI, la condition d'urgence n'est également pas prévue. Cependant, la solution adoptée dans la pratique du CIRDI est différente. En effet, pour obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires il est suffisant que la partie requérant ces mesures démontre son besoin imminent de les obtenir sans attendre la sentence finale au fond¹²³³. Ainsi, il a été jugé par le Tribunal arbitral dans l'affaire de *Biwater Gauff* que la partie requérant la mesure provisoire doit établir que la mesure demandée est nécessaire et ne peut pas attendre la sentence au fond¹²³⁴. Selon la solution dégagée par le CIRDI dans cette affaire, il apparaît donc que trois éléments doivent être pris en compte par l'arbitre auquel il est demandé d'octroyer des mesures provisoires et/ou conservatoires : la temporalité du besoin de la partie requérante, la preuve de la nécessité de la mesure demandée et la capacité du tribunal de prononcer la mesure dans un délai rapide.

527. CCI. Concernant le Règlement de la CCI, la solution adoptée est plus claire que dans les deux règlements précédents. L'article 29 de ce Règlement offre en effet une sorte de référé propre à l'arbitrage appelé « *arbitre d'urgence* ». Cet arbitre d'urgence est un arbitre unique, statuant en cas d'urgence à la demande d'une des parties avant la constitution du tribunal arbitral. Il a donc le pouvoir d'ordonner toutes mesures provisoires et conservatoires et également le pouvoir de régler les demandes relatives à l'exécution. Les conditions d'application de l'article 29 du Règlement de la CCI sont nombreuses mais la condition qui nous intéresse plus particulièrement ici est la condition d'urgence. Cette condition est mise en évidence très clairement par l'article puisque l'alinéa 1 dudit article prévoit que les mesures provisoires et conservatoires sont celles « qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral ». Par conséquent, le concept d'urgence est caractérisé par l'incapacité d'attendre la constitution d'un tribunal arbitral ou la sentence finale¹²³⁵. Selon la pratique arbitrale de la CCI,

¹²³³ *Ibidem*.

¹²³⁴ Le tribunal arbitral a jugé que « [a]s far as urgency is concerned, however, whilst it was common ground that this is a requirement, for its own part the Arbitral Tribunal considers that the requirement needs more elaboration. In the Arbitral Tribunal's view, the degree of "urgency" which is required depends on the circumstances, including the requested provisional measures, and may be satisfied where a party can prove that there is a need to obtain the requested measure at a certain point in the procedure before the issuance of an award. In most situations, this will equate to "urgency" in the traditional sense (i.e., a need for a measure in a short space of time). In some cases, however, the only time constraint is that the measure be granted before an award – even if the grant is to be some time hence. The Arbitral Tribunal also considers that the level of urgency required depends on the type of measure which is requested ». En ce sens, Aff., *Biwater Gauff Ltd. c. United Republic of Tanzania*, aff. CIRDI n° ARB/05/22, ordre de procédure n° 1 du 31 mars 2006, para. 76.

¹²³⁵ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. Internationale*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 42 et 67. ; É. LOQUIN, *J. Cl. Internationale*, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international... », 2015, préc., n° 23. ; Du même auteur, *J. Cl. Internationale*, Fasc. 725, « Arbitrage commercial international, sources », 2015, n° 112.

la condition d'urgence est ainsi toujours exigée pour le prononcé des mesures provisoires¹²³⁶. Selon nous, c'est ainsi encore la question du temps, ou de la temporalité, qui joue un rôle fondamental dans la détermination de la condition d'urgence.

528. Si les règlements internationaux adoptent parfois expressément la condition d'urgence pour autoriser le prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres, la doctrine internationale, s'appuyant sur la pratique des organes d'application des règlements, considère en tout état de cause que la condition d'urgence est systématiquement appliquée. Quant à eux, les législateurs français et koweïtien, de même que la jurisprudence, n'établissent pas expressément la nécessité d'application de la condition d'urgence en matière arbitrale. Néanmoins, la pratique arbitrale, soutenue par la doctrine, s'appuie bien sur le critère de l'urgence lorsqu'il est question d'octroi de mesures provisoires et conservatoires.

2 : L'exigence de la condition d'urgence pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires

529. En droits français et koweïtien, les législateurs et jurisprudences nationales ne définissent pas de manière précise les contours de la condition d'urgence (que nous avons déjà abordé dans la thèse¹²³⁷) qui permet aux arbitres d'octroyer les mesures provisoires et/ou conservatoires. En revanche, la doctrine dans les deux États ainsi que la pratique arbitrale pallient cette carence de définition en précisant la condition d'urgence pour permettre aux arbitres de prononcer de telles mesures.

530. Les législateurs et les jurisprudences. Les législateurs français et koweïtien sont silencieux concernant la condition d'urgence à laquelle peuvent être confrontés les arbitres. En France, les articles 1449 ou 1468 du CPCF n'impliquent pas la condition d'urgence pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires. Au Koweït, l'article 31 du CPOK exige que la condition d'urgence soit remplie mais uniquement devant le juge des référés¹²³⁸. Alors

¹²³⁶ E. SCHWARTZ, « The New French Arbitration Decree : The Arbitral Procedure », *Cah. arb.* n° 2, 2011, 45 et 60.

¹²³⁷ *Supra* : n° 521.

¹²³⁸ L'art. 31 al.1 du CPOK prévoit que : « [il] sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal, des questions suivantes : 1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. 2- La question des contentieux de l'exécution

que l'article 173 alinéa 5 du CPCCK relatif aux mesures provisoires et/ou conservatoires devant les arbitres, n'implique pas la condition d'urgence de la même manière qu'en droit français.

Par ailleurs, les jurisprudences française et koweïtienne sont également, à notre connaissance, silencieuses concernant ce sujet. Ainsi, si les législateurs et les jurisprudences en France et au Koweït n'organisent pas de manière rigoureuse la condition d'urgence devant les arbitres, la doctrine des deux États et la pratique arbitrale exigent et détaillent cette condition.

531. La doctrine en France et au Koweït. Les doctrines française et koweïtienne soutiennent le concept d'urgence qui a vocation à s'appliquer devant les tribunaux arbitraux. En France, une partie de la doctrine considère, à l'égard des articles 1449 et 1468 du CPCF, que « la condition d'urgence requise pour obtenir une mesure provisoire des arbitres est, selon nous, moins exigeant que celle requise pour obtenir la même mesure du juge des référés avant la constitution du tribunal arbitral [...]. Pour accorder une mesure provisoire, il convient que la décision prise dans l'urgence par le tribunal arbitral ne préjuge pas de l'instruction du fond litige »¹²³⁹. De plus, d'autres auteurs estiment que « les arbitres considèrent souvent que l'urgence est une condition de l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires »¹²⁴⁰. Ainsi, certains auteurs considèrent que le plus important pour les arbitres est l'application de la théorie de l'urgence afin d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, étant entendu que la procédure de référé se fonde, selon cette théorie, sur deux sources : la menace et le préjudice. La menace résulterait de l'appréhension d'un fait nuisible ou d'un état indésirable qui peut survenir dans un délai bref en portant un préjudice irréparable à un intérêt ou à un droit¹²⁴¹. Ainsi, conformément au cadre de la conception d'urgence donné par la jurisprudence française et qui a déjà été évoqué dans la thèse et à l'avis de différents courants de la doctrine française¹²⁴², nous pouvons dire donc que la doctrine soutient le concept d'urgence comme critère essentiel pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres français.

provisoire. La compétence du juge des référés n'évacue pas celle de la juridiction du fond lorsque les demandes relatives au référé sont soumises à ce dernier en tant qu'accessoire ».

¹²³⁹ H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, *Règles et pratiques du...op. cit.*, p.264.

¹²⁴⁰ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 42.

¹²⁴¹ A. PRUJINER, *Contribution à une théorie du droit judiciaire d'urgence : étude comparative de l'injonction interlocutoire et du référé*, Thèse, Laval, 1979, p.55 s.

¹²⁴² *Supra* : n° 521.

532. En droit koweïtien, la doctrine procède à la même analyse qu'en France mais va encore plus loin en soutenant que la condition d'urgence doit toujours être remplie pour le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres¹²⁴³. Selon nous, la doctrine koweïtienne a ici tendance à être excessive s'agissant de l'application de la condition d'urgence en matière arbitrale. En effet, la doctrine considère ainsi que l'arbitre doit constamment appliquer la condition d'urgence par analogie avec la procédure existant devant le juge des référés¹²⁴⁴. En réalité et contrairement à cette interprétation de la condition d'urgence par la doctrine koweïtienne, l'arbitre koweïtien n'est tenu d'utiliser ni la condition d'urgence telle que prévue pour la procédure de référé, ni même la définition donnée au concept d'urgence dans ce cadre. Par conséquent, selon nous, de la même manière qu'en France, la condition d'urgence devrait être considérée comme essentielle dans la procédure arbitrale mais sans que son application ne soit obligatoire pour les arbitres.

533. La pratique arbitrale. La pratique arbitrale va dans le même sens que les doctrines française et koweïtienne concernant la condition d'urgence. En ce sens et dans une affaire de la CCI, le tribunal arbitral a estimé que « une dernière exigence pour obtenir une mesure intérimaire dans l'arbitrage CC est que la demande concerne une question urgente, étant entendu que l'urgence doit être interprétée largement ; le fait que le préjudice de l'une des parties soit susceptible d'augmenter avec le simple passage du temps et qu'il serait déraisonnable d'attendre que les parties attendent la sentence finale suffit [...]. Le tribunal estime qu'un résultat envisageable doit être évité plutôt que réparé, le plus tôt l'action est prise, le mieux »¹²⁴⁵. Dans une autre affaire, le tribunal arbitral de la CCI a également affirmé la nécessité que la condition d'urgence soit remplie en estimant aussi que « l'urgence est nécessaire [...], pour prendre une mesure provisoire le plus rapidement possible et sans attendre une sentence finale »¹²⁴⁶. L'importance de cette condition a ainsi été réaffirmée de nombreuses fois, pour exemple également de la manière suivante : « le tribunal, après avoir examiné tous les faits de l'affaire,

¹²⁴³ S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.34. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.188 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op. cit.*, p.400 s. ; M. ALENZI, préc. ; S. MAHMOD, « Le pouvoir d'arbitre... », préc., p.23 s.

¹²⁴⁴ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.188 et 189.

¹²⁴⁵ « A final requirement for interim relief under ICC practice is that the request relates to a matter of urgency, it being understood that "urgency" is broadly interpreted ; the fact that a party's potential losses are likely to increase with the mere passing of time and that it would be unreasonable to expect that party to wait for the final award suffices ...) the tribunal considers that this possible result should be avoided rather than remedied, the sooner the action is taken, the better ». En ce sens : Aff. CCI, n° 10596/2000, sentence intérimaire, YCA 2005, vol. XXX, p.66.

¹²⁴⁶ Aff. CCI., Non identifiée citée par : A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 42.

n'est pas convaincu de l'existence de l'urgence, condition fondamentale à l'octroi d'une mesure provisoire »¹²⁴⁷. Par ailleurs, la condition d'urgence est également requise dans le domaine de l'investissement. Il a été jugé dans une affaire du CIRDI que la condition d'urgence est « remplie lorsqu'une partie était en mesure de prouver qu'il est nécessaire d'obtenir la mesure demandée [...], avant que ne soit rendue la sentence finale »¹²⁴⁸. Ainsi, après analyse de ces exemples de la pratique arbitrale, il apparaît important de prendre en compte la condition d'urgence pour le prononcé des mesures envisagées.

534. Pourquoi la condition d'urgence ? Selon nous, la condition d'urgence ne doit pas obligatoirement être envisagée par l'arbitre auquel il est demandé le prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires, mais elle reste la meilleure solution pour aider les arbitres dans leur mission pour plusieurs raisons substantielles. Si les arbitres français ou koweïtiens ont intérêt à avoir recours en pratique à cette condition de l'urgence, c'est parce qu'elle englobe toutes les autres conditions tels que le dommage significatif ou irréparable, le dommage imminent, la balance des intérêts...etc.

535. Tout d'abord, l'urgence est, comme nous l'avons vu¹²⁴⁹, un cas particulier de nécessité qui est quant à elle fondamentalement liée au temps. Il est alors important de rappeler qu'en France comme au Koweït, les arbitres peuvent être des juristes ou bien des non-juristes¹²⁵⁰. Ainsi, ce critère d'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires est plus compréhensible que d'autres critères tels que le dommage significatif ou le dommage immanent puisqu'il est essentiellement lié au temps, notion que tout le monde peut appréhender.

536. Ensuite, la jurisprudence française a donné un cadre fourni et quasi-complet permettant d'expliquer le concept d'urgence ce qui permet de simplifier de fait la mission des arbitres comme il a déjà été démontré.

¹²⁴⁷ Aff. CCI, n° 8307, Bull. CI Arb. CCI Vol. 22, Special Supplement, 2011, p.19, para.16. En ce sens v. aussi : P.-A. BOSMAN, *Le rôle du juge d'appui avant et pendant l'instance arbitrale*, Mémoire du master 2 (Denis Philippe), UCLouvain, 2015, p.39.

¹²⁴⁸ Aff., *Biwater Gauff Ltd. c. United Republic of Tanzania*, aff. CIRDI n° ARB/05/22, ordre de procédure n° 1 du 31 mars 2006, para. 76.

¹²⁴⁹ *Supra* : n° 513.

¹²⁵⁰ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 84. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.65 s.

537. *In fine*, en droit français l'urgence existe presque toujours devant le juge des référés. Cette condition est en effet prévue expressément à l'article 834 relatif au référé d'urgence. Elle est également prévue implicitement à l'article 835 relatif au référé sauvegarde¹²⁵¹, où « les cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite sont certainement solubles dans les cas d'urgence »¹²⁵². S'agissant du droit koweïtien, la condition d'urgence est également prévue à l'article 31 du CPCCK pour les juges des référés. Ainsi, si les juges des référés français et koweïtiens bénéficient d'une condition législative claire, il n'y a pas de raison que les arbitres des deux États ne bénéficie pas de la même condition pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires.

§ 2 : L'absence de préjudice au principal, second critère nécessaire pour le prononcé des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre

538. En France et au Koweït, les arbitres sont de manière générale obligés, comme les juges des référés des deux États, de ne pas juger l'affaire deux fois, en référé puis au fond¹²⁵³. Cependant, la composition d'un tribunal arbitral n'est pas la même que celle d'un tribunal étatique. Ainsi, la question du préjudice au principal ne doit pas être analysée de la même manière en fonction que l'on se situe dans le cadre judiciaire ou dans le cadre arbitral. Cela nous conduit à nous interroger sur plusieurs points substantiels tels que le fondement de ce critère du préjudice au principal, la différence de construction des tribunaux étatique et arbitraux ou encore la mise en œuvre de critère devant les arbitres. Par conséquent, nous traiterons dans un premier temps le fondement du critère de l'absence de préjudice au principal (**A**). Ensuite, nous verrons dans un second temps la mise en œuvre de ce critère devant les arbitres (**B**).

A : Le fondement du critère de l'absence de préjudice au principal

539. La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH), le droit français, le droit koweïtien en lui-même et tel qu'appliqué au regard de

¹²⁵¹ *Supra* : n° 423.

¹²⁵² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 369.

¹²⁵³ En ce sens : A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 57 s.

l'inspiration donnée par le droit français soutiennent un fondement général obligeant les arbitres des deux États à ne pas juger l'affaire deux fois, de la même manière que dans le cadre des procédures judiciaires. En effet, la substance du critère de l'absence de préjudice au principal se retrouve clairement dans l'obligation des arbitres de garantir aux parties à l'arbitrage un procès équitable (1). Or, la composition des tribunaux arbitraux n'est pas équivalente à celle des tribunaux étatiques puisque la séparation des pouvoirs juridictionnels n'existe pas dans le référé arbitral (2). Ainsi, cette absence de séparation pose question en France et au Koweït puisque l'arbitre qui prononce les mesures provisoires et/ou conservatoires sera le même arbitre qui traite le fond de l'affaire.

1 : L'obligation de respecter le droit des parties à bénéficier d'un procès équitable

540. En droits français et koweïtien, il existe un principe fondamental utilisé dans tous les tribunaux étatiques et arbitraux pour atteindre une justice idéale. C'est clairement « le principe de droit à procès équitable »¹²⁵⁴. En effet, ce principe oblige non seulement les juges des référés français et koweïtiens à être impartiaux, mais également les arbitres. Ce principe existe expressément dans la CEDH, dans le droit français et dans le droit koweïtien.

541. La notion de procès « équitable ». En France, la notion d'équité était utilisée « sous l'empire des grandes ordonnances royales, civile et criminelle, de 1667 et 1670 »¹²⁵⁵. Au Koweït, les origines de la notion d'équité peuvent être trouvées dans le système de droit islamique alors que le concept d'équité était utilisé, comme en Europe, dans les pays arabes dès la naissance de l'Islam¹²⁵⁶. Si l'on retrace ses origines européennes, la notion d'équité vient du mot latin *aequitas*, c'est-à-dire équilibre moral, égalité, impartial ou esprit de justice¹²⁵⁷. À cet égard, le professeur Serge GUINCHARD estime que « le vocabulaire juridique [d'équité] ne parle pas de l'équilibre, mais dégage cinq sens dont les quatre derniers peuvent être regroupés sous l'idée commune d'atténuation de la règle de droit par des considérations particulières, de dépassement du droit pour tendre à la justice, justice supérieure au droit positif ; l'autre sens

¹²⁵⁴ F. SUDRE, *J. Cl. Europe Traité*, Fasc. 6526, « Convention, européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit à un procès équitable », 2018, n° 1. ; S. GUINCHARD, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Procès équitable – Garanties procédurales, Mars 2017, n° 570.

¹²⁵⁵ S. GUINCHARD, *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Procès équitable, Mars 2017, n° 1.

¹²⁵⁶ A. ALREMH, *La décision de l'arbitrage conformément au ...op. cit.*, p.1 s.

¹²⁵⁷ A. REY (dir.), *Dictionnaires Le Robert*, 1992, p.714.

serait l'égalité »¹²⁵⁸. Ainsi, le procès équitable « c'est le procès équilibré entre toutes les parties »¹²⁵⁹. Or, nous pouvons nous poser ici plusieurs questions : Quelles sont les manifestations d'un procès équitable en droit européen, français et koweïtien ? Le principe du droit au procès équitable est-t-il applicable devant tous les tribunaux ? Quelles sont les garanties de ce principe général ?

542. CEDH. Dans le cadre du droit européen, nous pouvons aujourd'hui trouver la substance du principe du « procès équitable » dans l'article 6 de la CEDH, ce principe est inspiré de la terminologie forgée par La Cour européenne des droits de l'homme¹²⁶⁰. Le paragraphe 1 de l'article 6 propose clairement les garanties générales du procès équitable, alors que les paragraphes 2 et 3 du même article prévoient les garanties accordées à l'accusé dans le cadre d'un procès pénal¹²⁶¹.

543. Champ d'application de l'article 6 de la CEDH. Selon l'article 6 de la CEDH, le concept d'un procès équitable n'est pas applicable à tous les contentieux et devant tous les tribunaux. Concernant le contentieux, il faut de manière générale pour appliquer le principe du droit à procès équitable que le contentieux concerne un droit ou une obligation ayant un caractère civil et protégés par les droits internes¹²⁶². S'agissant des tribunaux devant lesquels le principe est applicable, il faut que le tribunal soit « établi par la loi »¹²⁶³. Ainsi, l'application du droit à procès équitable semble évidente devant le juge des référés mais *a priori* pas forcément aussi évidente devant le tribunal arbitral. Cependant, la jurisprudence de la CEDH écarte toute ambiguïté en jugeant que le tribunal arbitral est considéré comme établi par la loi parce qu'il statue sur des droits à caractère civil¹²⁶⁴. Par conséquent, le concept de procès équitable est toujours applicable devant les juges des référés de même que devant les arbitres au niveau du droit européen. Puisque la France est partie à la Convention, les critères de l'article 6 de la

¹²⁵⁸ S. GUINCHARD, « Procès équitable », préc., n° 1.

¹²⁵⁹ *Ibidem*.

¹²⁶⁰ CEDH 21 févr. 1975, Golder c. Royaume-Uni, req. n° 4451/70.

¹²⁶¹ Le principe d'un procès équitable existe également dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE dans son article 47. En ce sens : F. SUDRE, préc.

¹²⁶² En ce sens v. : CEDH, gr. ch., 3 avr. 2012, n° 37575/04, Boulois c/ Luxembourg, § 91. ; CEDH, 16 juillet 1971, n° 2614/65, Ringeisen, série A n° 13, § 94, : AFDI 1974, p.334, obs. R. PELLOUX. ; CEDH, 23 oct. 1985, n° 8848/80, Benthem, série A n° 97.

¹²⁶³ F. SUDRE, préc.

¹²⁶⁴ CEDH, 3 Avril 2008, 5ème Section, Regent Company v/Ukraine, Application n° 773/03.

CEDH ont vocation à s'appliquer dans cet État, tant devant les juges des référés que devant les arbitres. C'est ainsi ce qui est affirmé par la jurisprudence et la doctrine françaises¹²⁶⁵.

En revanche, l'État du Koweït n'étant pas partie à la CEDH, la question du procès équitable, dans sa substance équivalente à ce qui existe dans le cadre de l'article 6 de la CEDH, trouve une issue dans les sources du droit applicables en droit interne et notamment dans son application faite à la lumière du droit français. En effet, la doctrine affirme l'applicabilité du principe de l'équité du procès devant les juridictions civile, commerciale et pénale puisqu'il est considéré d'ordre public¹²⁶⁶. De plus, ledit principe est selon la doctrine applicable devant les tribunaux arbitraux même si les parties à l'arbitrage y renoncent expressément dans leur convention¹²⁶⁷.

544. Garantie du procès équitable : principe d'impartialité. En droits français et koweïtiens, le concept de l'équité du procès est systématiquement applicable grâce à des garanties générales. En droit français, l'une des garanties générales du procès équitable, est le principe d'**impartialité**¹²⁶⁸. Ce principe est très important pour comprendre la raison selon laquelle le critère d'absence de préjudice au principal doit nécessairement être appliqué devant les arbitres.

À cet égard, le législateur français organise les garanties du procès équitable, notamment le principe d'impartialité dans le premier Livre du CPCF¹²⁶⁹. Le principe d'impartialité concerne tous les tribunaux qui disposent d'un pouvoir juridictionnel de juger l'affaire¹²⁷⁰. À ce titre, l'arbitre et le juge des référés plus spécifiquement doivent être impartiaux dans leur mission. Une partie de la doctrine française affirme en ce sens que l'impartialité est une « exigence déontologique et éthique inhérente à toute fonction juridictionnelle [et] le juge [ou l'arbitre] doit bannir tout a priori, excluant pareillement faveur et préférence, préjugé et prévention, ne céder à aucune influence de quelque source qu'elle soit, ne pas se mettre en situation de conflit ou de conjonction d'intérêts avec l'une des parties ; son obligation première est de tenir la balance égale entre les parties et de départager les prétentions en conflit

¹²⁶⁵ *Ibidem.* ; Cass. Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, n° 09-10.530, Bull. I, n° 817. ; S. GUINCHARD, « Procès équitable », préc., n° 36. En sens contraire v. également : Ch. JARROSSON, « L'arbitrage et la Convention EDH » *Rev. arb.* 1989, p.573.

¹²⁶⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.188 et 189.

¹²⁶⁷ *Ibidem.* ; M. ALENZI, préc.

¹²⁶⁸ D.-N. COMMARET, « Une juste distance ou Réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998. Chron. 262. ; S. GUINCHARD, « Procès équitable », préc., n° 322 s. ; F. SUDRE, préc.

¹²⁶⁹ V. spécialement les arts. 1456 et 1457 du CPCF.

¹²⁷⁰ S. GUINCHARD, « Procès équitable », préc., n° 322.

uniquement par référence au droit, à l'équité, à la justice, sans autre considération »¹²⁷¹. Par conséquent, nous comprenons que n'importe quel préjugé ou préférence de la part des juges étatiques ou des arbitres dérogerait au principe d'impartialité, ce qui nuirait donc à l'équité du procès.

545. En général, la notion d'impartialité est complexe et elle peut être confondue avec l'indépendance. En ce sens, « il est difficile de dissocier la question de l'indépendance de celle de l'impartialité »¹²⁷². Pour éviter toute confusion, la Cour Européenne des Droits de l'Homme propose deux critères d'application du principe d'impartialité, l'un « objectif » et l'autre « subjectif »¹²⁷³, pour savoir si le juge étatique ou l'arbitre remplit bien son obligation d'impartialité. Ainsi, « L'impartialité subjective se présume jusqu'à la preuve du contraire »¹²⁷⁴, alors que l'impartialité objective « consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier »¹²⁷⁵.

546. Les garanties existant en droit français ne sont pas organisées par le législateur koweïtien, mais par la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes¹²⁷⁶. En effet, un auteur a pu comparer le CPCF et le CPCCK concernant les principes directeurs du procès, en affirmant clairement que « même s'il n'existe pas au Koweït ou en Égypte des textes législatifs organisant les principes directeurs du procès [comme le principe d'impartialité de juge], le législateur français organise rigoureusement ces principes. Ainsi, ces principes sont nécessairement applicables devant les juridictions étatiques et arbitrales koweïtiennes car mènent à une bonne

¹²⁷¹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 568 s.

¹²⁷² « Il est difficile de dissocier la question de l'indépendance de celle de l'impartialité, il y a lieu de les étudier ensemble ». : S. GUINCHARD, « Procès équitable », préc., n° 322 s.

¹²⁷³ En ce sens la CEDH considère que « si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut notamment sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ». : CEDH, 1er oct. 1982, n° 8692/79, Piersack c/ Belgique, série A n° 53, § 30 : JDI 1985, p.210, obs. P. TAVERNIER.

¹²⁷⁴ CEDH, 23 avr. 1996, n° 16839/90, Remli c/ France : Rec. CEDH 1996, II.

¹²⁷⁵ F. SUDRE, préc. À cet égard v. aussi : Th. BONNEAU, « Principe d'impartialité », *Dr. sociétés*, 2008, comm. 16. ; M. de SALVIA, *J. Cl. Pénale*, Fasc. 6526, « Convention, européenne des droits de l'homme. – Recours individuel. – Compétence de la Cour européenne et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », 2008, n° 39 s. ; J. V. COMPERNOLLE, « Magistrats - Arrêt AZF : l'impartialité d'un juge appréciée à l'aune de la jurisprudence de la Cour EDH », *JCP*, 2015, n° 8. ; F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, 271 s.

¹²⁷⁶ Par exemple : Cass. Com. 28 janvier 1958, n° 17/1958. ; Cass. Civ. K., 4 février 2002, n° 449/2001. ; Cass. Com. K., 5 décembre 1998, n° 274/1998.

justice, que ce soit une justice arbitrale ou étatique »¹²⁷⁷. Par conséquent, la solution est la même qu'en France devant le juge étatique et les arbitres koweïtiens.

547. En France comme au Koweït, il existe un devoir : celui d'être un juge ou un arbitre impartial en vue de garantir un procès équitable. Cependant, la situation devant les juges des référés est en peu différente, car elle peut être accentuée devant les arbitres lorsqu'ils concentrent entre leurs mains les pouvoirs juridictionnels.

2 : L'absence de séparation des pouvoirs des arbitres

548. En matière judiciaire française et koweïtienne, la décision des juges des référés n'est pas toujours liée par l'appréciation qui sera rendue par le juge du fond. Aussi, en matière d'arbitrage, la décision de l'arbitre de « référé » n'est *a priori* pas liée par l'appréciation qui sera rendue par l'arbitre du fond. Cependant, la situation devant l'arbitre français ou koweïtien est en réalité loin d'être facile puisque l'arbitre qui tranche le fond de l'affaire et les mesures provisoires et/ou conservatoires est le même. Par conséquent, une seule personne ou une seule instance est compétente pour interpréter deux « affaires ». Ainsi, lorsque la même instance juge deux fois la même affaire, cela mène à un risque d'indépendance et d'impartialité. Aussi, c'est pourquoi le critère d'absence de préjudice au principal est fondamental devant les arbitres des deux États plus que les juges étatiques.

549. Séparation en matière judiciaire. En matière judiciaire français et koweïtien, les juge du fond ne sont pas les mêmes juges qu'en référé. En France, il est à relever que pour obtenir des mesures provisoires, les parties peuvent saisir soit la juridiction compétente sur le fond déjà saisie par les parties, soit le juge des référés¹²⁷⁸. Le Président du Tribunal judiciaire sera alors matériellement compétent sur le fondement de l'article 834 du CPCF (référé ordinaire). Toutefois, cette compétence est réduite lorsque c'est le juge du fond saisi en principal qui est investi de la mission du juge des référés¹²⁷⁹. En matière de référés spéciaux¹²⁸⁰,

¹²⁷⁷ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.345. En ce sens v. aussi : T. KHATER, *L'impartialité du juge et son indépendance entre la théorie et la pratique, étude comparative*, Dar Aljameah Aljadid, 2015, p.41 s. ; W. RAGHEB, A. ABDULFATTAH, *Les principes de la justice civile koweïtienne*, 3^{ème} éd., L'institution de Dar Alnasher, 1994, p.163 s.

¹²⁷⁸ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.508.

¹²⁷⁹ *Ibidem.* ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Hyper Cours Dalloz, 5^{ème} éd., 2017, p.150 s.

¹²⁸⁰ *Supra* : n° 418.

c'est également au même juge du Président Tribunal judiciaire d'ordonner ce type de mesures¹²⁸¹.

Dans le même sens, l'article 31 du CPCCK prévoit qu'« il sera délégué au siège du Tribunal de Grande Instance un juge du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire sans porter préjudice au principal des questions en référé pour lesquelles on craint une perte de temps ». Notons que, dès lors, le juge des référés koweïtien n'est pas le Président du TGI comme c'est le cas en France. Par principe, celui-ci n'intervient que dans deux hypothèses : d'une part, il est compétent si l'action n'a pas déjà été présentée à un juge du fond ; d'autre part, il est compétent s'il existe une demande d'urgence devant le juge du fond mais qui serait dénuée de lien avec la demande principale.

Par conséquent, que ce soit en France ou au Koweït, le juge des référés n'a pas de compétence et de pouvoir similaire à la compétence et au pouvoir du juge du fond¹²⁸². Nous sommes ainsi devant deux juges indépendants.

550. Absence de la séparation en matière d'arbitrage. En matière d'arbitrage, en France comme au Koweït, l'arbitre concentre entre ses mains le pouvoir de référés et celui du fond¹²⁸³. La séparation des pouvoirs est un principe qui n'existe pas devant l'arbitre. Cette problématique existe malheureusement en matière d'arbitrage interne français et koweïtien. S'agissant de droit koweïtien, la jurisprudence et la doctrine sont à notre connaissance complètement silencieuses sur ce sujet, alors qu'elle est évoquée par la doctrine française. À cet égard, selon le professeur Jean-Baptiste RACINE, « dès lors que le tribunal arbitral est constitué, celle-ci est le juge naturel de telles mesures [c'est-à-dire les mesures provisoires et/ou conservatoires] qu'il peut ordonner tout au long de l'instance. L'arbitre est donc à multiples facettes (en cela il est un « vrai » juge) : il est juge du fond, juge de sa propre compétence et il est aussi juge du provisoire »¹²⁸⁴. En effet, cette concentration des pouvoirs du fond et de référé conduit à un vrai obstacle dans le cadre des mesures provisoires et/ou conservatoires¹²⁸⁵.

¹²⁸¹ H. CROZE, *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 10, « Référé, juridictions des référés, organisation, compétence », 2016, n° 23.

¹²⁸² *Supra* : n° 65.

¹²⁸³ En droit koweïtien, les parties doivent nécessairement s'accorder expressément afin que les deux pouvoirs soient conférés au seul arbitre. Dans le cas contraire, le juge des référés reste compétent même en cas d'urgence. En ce sens : A. ALENEZI, préc. ; L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *op. cit.*, p.479.

¹²⁸⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.466.

¹²⁸⁵ *Infra* : n° 552.

551. Règle judiciaire. La séparation des pouvoirs juridictionnels devant les juges étatiques est issue des règles de la « division du travail judiciaire »¹²⁸⁶. Les législateurs français et koweïtiens confèrent un pouvoir respectif à chaque juge pour qu'il reste dans son domaine et pour qu'il ne juge pas au-delà de son propre pouvoir juridictionnel. En droit français et en droit koweïtien, la règle est claire. La jurisprudence et la doctrine des deux États affirment que les décisions provisoires prononcées par les juges des référés n'ont aucun impact sur les décisions qui seront prononcées par les juges du fond, et vice versa.

S'agissant de la jurisprudence, la Cour de cassation française juge clairement et plusieurs fois que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ; elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles »¹²⁸⁷. De la même manière, la Haute Juridiction koweïtienne considère que même si le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas pour les mesures provisoires et conservatoires, il est interdit d'introduire une nouvelle demande pour le même litige tant qu'il n'y a pas eu de circonstances nouvelles¹²⁸⁸.

Concernant la doctrine, elle retient dans les deux États le principe d'absence de l'autorité de la chose jugée prévue plusieurs fois par les jurisprudences françaises et koweïtiennes¹²⁸⁹. À cet égard, le professeur Yves STRICKLER considère clairement que « le juge du principal, qui n'est jamais lié par l'appréciation portée par le juge des référés, est néanmoins totalement libre de juger le contraire de ce qu'a décidé le juge du provisoire, mais il ne doit pas le dire expressément ou plutôt, le faire en restant dans son domaine »¹²⁹⁰. Selon lui, la discordance, l'hétérogénéité ou le conflit qui existe ou existera entre le juge du principal et le juge des référés concerne le fait et non pas le droit¹²⁹¹.

En matière judiciaire, nous pouvons imaginer ce mécanisme, car le référé et le fond résident en général entre les mains de deux juges séparés. De plus, nonobstant les cas où le juge du fond est lui-même le juge des référés, « la saisine du juge des référés est possible en principe même au cours d'une instance au fond (sauf sur le fondement de l'article 145 du CPC et sauf

¹²⁸⁶ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, p.166.

¹²⁸⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 septembre 2012, n° 10-20.125, inédit. ; En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 3^{ème}, 25 févr. 2016, n° 14-29.760, Bull., n° 845, III, n° 940. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 18 févr. 2016, n° 14-29.112, Inédit. ; CA Caen, 1^{re} octobre 2013, n° 13/01084.

¹²⁸⁸ Cass K. et Egyptienne, 24 février 1972, 1003-156-23 (l'ensemble des décisions).

¹²⁸⁹ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.41 s. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.141 s.

¹²⁹⁰ Y. STRICKLER, « Le juge du fond n'est pas juge d'appel de la décision de référé - Appréciations divergentes en référé et au principal », *Procédures*, 2019, comm. 151.

¹²⁹¹ *Ibidem*.

en cas de compétence exclusive d'un juge du fond) »¹²⁹². Dans cette hypothèse, en France comme au Koweït, les parties ont, au moins, le choix entre deux juges différents.

552. Problème arbitral. En matière d'arbitrage français et koweïtien, il existe le principe de la séparation de pouvoirs. Toutefois, celui-ci n'existe qu'« implicitement » dans les tribunaux arbitraux français et koweïtiens. En effet, l'arbitre, lorsqu'il est seul compétent en référé ET au fond de l'affaire, englobe simultanément le fond et le référé. Ainsi, lorsqu'il se prononce sur les mesures provisoires et/ou conservatoires liées au référé, cela peut influencer l'affaire au fond et manquer *a fortiori* de partialité.

553. Il est vrai qu'il n'est pas obligatoire que l'arbitre préjuge l'affaire au fond et en référé. Toutefois, la doctrine française affirme qu'il est difficile pour l'arbitre de choisir au fond une autre solution que celle qu'il a retenue au provisoire : il se sent tenu par ce qu'il a déjà ordonné¹²⁹³. Si l'arbitre préjuge le fond de l'affaire quand il ordonne une mesure provisoire, il sera clairement et simplement partial. Alors que l'impartialité « est une exigence déontologique et éthique inhérente à toute fonction juridictionnelle »¹²⁹⁴. De plus, le professeur Serge GUINCHARD estime que « l'impartialité est davantage liée [...], aux qualités personnelles du juge »¹²⁹⁵. Par conséquent, lorsqu'un arbitre est dans cette situation, il est difficile et délicat que cet arbitre soit impartial. C'est pourquoi le critère de l'absence de préjudice est nécessaire dans le cadre des mesures provisoires et/ou conservatoires devant les arbitres français et koweïtiens, et non pas obligatoire. S'il existe une contestation sérieuse sur le droit ou l'obligation concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires, le risque de préjuger l'affaire deux fois sera élevé, à savoir en référé et au fond.

554. Si le fondement et la substance de critère d'absence de préjudice au principal pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres est expliqué, il reste également la mise en œuvre de ce critère devant les arbitres.

¹²⁹² X. VUITTON, « Référés, civils », préc., n° 21.

¹²⁹³ L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *op. cit.*, p.478.

¹²⁹⁴ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.586. ; En ce sens v. aussi : P. de VAREILLES, *Répertoire de droit international*, V° Jugement étranger : matières civile et commerciale – Régularité internationale du jugement étranger, septembre 2013, n° 146 s. ; M. DEGOFFE, *Répertoire du contentieux administratif*, V° Juridictions administratives spécialisées – Régime juridique des juridictions administratives spécialisées, juin 2014, n° 90 s.

¹²⁹⁵ S. GUINCHARD, « Procès équitable », préc., n° 322.

B : La mise en œuvre de critère devant les arbitres, en comparaison au juge des référés

555. En matière judiciaire, la notion d'absence de préjudice au principal a formellement disparue en France, mais elle existe expressément en droit koweïtien, comme il a déjà été démontré¹²⁹⁶. Toutefois, cette notion peut être traduite aujourd'hui, que ce soit en France ou au Koweït, comme la notion de l'absence de contestations sérieuses. En matière d'arbitrage français et koweïtien, les arbitres sont obligés, « *par un mécanisme différent des juges étatiques* », de ne pas prononcer une mesure provisoire lorsque cette dernière se heurte à une contestation sérieuse. Ainsi, la notion de l'absence de contestation sérieuse peut être intégrée en matière d'arbitrage français et koweïtien.

556. À cet égard, nous expliquons dans un premier temps la nécessité de l'absence de contestation sérieuse dans le cadre de référé urgence et de référé-provision arbitraux (1). Nous traiterons dans un second temps les effets « éventuels » de l'abandon du critère d'absence du préjudice au principal (2).

1 : La nécessité de l'absence de contestation sérieuse dans le cadre du référé arbitral

557. En sens stricte, ni la notion d'absence de préjudice au principal ni l'absence des contestations sérieuses existe en matière d'arbitrage français et koweïtien. Cependant, ce n'est pas la réalité, car les arbitres des deux États, en matière de référé, sont obligés à être impartiaux, et donc de ne pas préjuger l'affaire deux fois.

558. Rappel : L'interdiction de porter préjudice au principal, « un synonyme » de la notion d'absence de contestation sérieuse¹²⁹⁷. La notion d'interdiction de porter préjudice au principal est en matière judiciaire disparue du fait du décret numéro 71- 740 du 9 septembre 1971. C'est la notion d'absence de contestation sérieuse qui est apparue à l'article 73 dudit décret. En revanche, cette notion, à savoir l'absence de préjudice au principal, existe à l'article 31 du CPCJ jusqu'à nos jours. En général et peu importe si cette notion existe dans les deux États, sa substance existe constamment en France comme au Koweït. En effet, selon Henry

¹²⁹⁶ *Supra* : n° 353.

¹²⁹⁷ *Supra* : n° 387.

SOLUS et Roger PERROT, « la contestation sérieuse n'était que l'un des aspects de l'interdiction de faire préjudice au principal »¹²⁹⁸. Autrement dit, Pierre HÉBRAUD souligne que « la contestation sérieuse n'est pas une règle essentielle du référé, mais seulement un procédé commode pour décaler le préjudice au principal, dont le juge doit s'abstenir »¹²⁹⁹. En d'autres termes, le professeur Yves STRICKLER retient l'idée que l'interdiction de porter atteinte au principal est intégrée aujourd'hui implicitement au caractère provisoire de l'ordonnance de référé à l'article 484 du CPCF¹³⁰⁰. En général, selon la nature de chaque notion, elles assurent l'objectif selon lequel le juge des référés ne peut pas accéder à ses pouvoirs juridictionnels lorsqu'il y a absence de contestations sérieuses ou lorsqu'il est contraint à rendre une décision à caractère provisoire par une ordonnance de référé. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir si cette interdiction sera nécessairement employée en matière d'arbitrage français et koweïtien. Autrement dit, lorsqu'il existe une contestation sérieuse relative à l'obligation ou au droit des parties devant l'arbitre français et koweïtien en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires, et lorsqu'il n'existe pas une séparation des pouvoirs de l'arbitre en référé et au fond, que fera l'arbitre ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire préciser qu'il existe deux hypothèses pour répondre à cette question, où le juge des référés peut prononcer une mesure provisoire en référé d'urgence, même en cas d'existence d'une contestation sérieuse.

559. L'intervention du juge des référés en présence de contestation sérieuse. En matière judiciaire en France ou au Koweït, la condition d'urgence et d'absence de contestation sérieuse sont requises pour saisir le juge des référés sur le fondement de référé d'urgence, comme nous l'avons vu¹³⁰¹. De plus, ces juges sont toujours obligés de rendre une mesure ayant un caractère provisoire. Cependant, le droit français bénéficie de particularités. En effet, le juge des référés peut intervenir pour prononcer une mesure provisoire même s'il existe des contestations sérieuses sur le fondement des articles 834 (référés classiques) et 835 (référé spéciaux) du CPCF.

S'agissant de l'article 834 du CPCF relatif au référé classique, il ne s'agit pas de conférer au juge des référés des pouvoirs « d'ordonner toute mesure sans la moindre limitation, même si elle doit se heurter à une contestation sérieuse, dès lors que cette mesure est destinée à régler

¹²⁹⁸ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1075.

¹²⁹⁹ Ph. HÉBRAUD, « Rôle du juge des référés, saisi à la suite d'une ordonnance sur requête qui a prononcé l'expulsion d'un occupant », *RTD civ.*, 1951, p.413.

¹³⁰⁰ *Supra* : n° 382.

¹³⁰¹ *Supra* : n° 366.

un différend entre les parties »¹³⁰². Cependant, il s'agit en réalité « d'autoriser au juge des référés, d'intervenir malgré l'existence d'une telle contestation, pour prendre toutes les mesures que justifie la situation litigieuse, sans excéder son pouvoir juridictionnel »¹³⁰³, et sans traiter la contestation soulevée¹³⁰⁴. Ainsi, il est à souligner que le juge des référés ne doit jamais accéder à ses pouvoirs juridictionnels, eu égard à l'arrêt rendu par la Cour de cassation française qui considère qu' « il résulte de l'art. 808¹³⁰⁵ du CPC que, dans tous les cas d'urgence le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse ordonner les mesures justifiées par l'existence d'un différend »¹³⁰⁶.

Concernant l'article 835 alinéa 1 du CPCF, le juge des référés ordonne effectivement le même type des mesures prévues à l'article 834 du même code mais elles ont une nature plus aggravée que ces dernières. Autrement dit, lorsque le juge intervient pour ordonner une mesure conservatoire en présence d'une contestation sérieuse, ce juge n'accède pas en réalité à ses pouvoirs juridictionnels, car il est simplement tenu à son pouvoir coercitif par le législateur¹³⁰⁷. Ainsi, que ce soit en France ou même en droit koweïtien, l'arbitre ne peut pas ordonner ce type de mesures conservatoires car il n'a simplement pas le pouvoir juridictionnel, même en l'absence de contestation sérieuse.

560. L'obligation de l'intervention de l'arbitre en l'absence de contestation sérieuse. En matière d'arbitrage français et koweïtien, lorsque l'arbitre statue en tant qu'arbitre de référé, il respecte ses pouvoirs en évitant de préjuger l'affaire au fond et en référé. En effet, le fondement lié au respect du critère d'absence de contestation sérieuse par les arbitres est différent en France et au Koweït. Cependant, les arbitres des deux États respectent ledit critère dans le même objectif, garantir le principe d'impartialité.

561. France. En France, l'article 1456 alinéa 2 du CPCF prévoit qu' « il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ». En effet, il existe plusieurs circonstances pouvant affecter

¹³⁰² H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.1078. En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 2^{ème}, 18 juillet 1984, n° 83-13225, Bull., II, n° 138, p.97. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 1995, n° 92-21269, Bull., III, n° 90, p.60. ; Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.157.

¹³⁰³ A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés...op.cit.*, p.322. ; Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.157. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 25 janvier 1989, n° 87-15940, Bull., III, n° 22, p.12.

¹³⁰⁴ Y. STRICKLER, *Le juge des référés...op. cit.*, p.155. ; En ce sens : X. VUITTON, Fasc. 1200-95, « Référés, conditions générales des pouvoirs... », préc., n° 23 s.

¹³⁰⁵ C'est aujourd'hui l'art. 834 du CPCF.

¹³⁰⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1978, n° 77-10662, Bull., I, n° 116, p.94. À cet égard : Cass. Civ. 1^{re}, 1 février 1983, n° 81-16815, Bull., I, n° 46, p.40. ; Cass. Civ.3^{ème}, 20 novembre 1984, 83-10471, Bull., II, n° 194, p.151.

¹³⁰⁷ V. l'art. 835 du CPCF.

l'impartialité de l'arbitre. Comme le disent les professeurs Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, « l'impartialité présente plusieurs facettes »¹³⁰⁸. Ainsi, l'une des facettes qui nous concerne ici, est **la situation de l'arbitre relative à la sentence qui sera rendue au fond**, affectant alors l'impartialité de l'arbitre, jugeant l'affaire deux fois. En ce sens, nous pouvons justifier par deux arguments la nécessité de l'absence d'une contestation sérieuse dans le cadre de référé arbitrale pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires.

562. Concernant le premier argument, la jurisprudence française assimile souvent l'arbitre à un juge en affirmant que les deux doivent suivre les mêmes obligations déontologiques¹³⁰⁹. La Cour d'appel de Paris juge en ce sens que « l'arbitre accède, dès sa désignation, au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et [...] les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage »¹³¹⁰. Par ailleurs, il a également été jugé que « l'indépendance est de l'essence de la fonction jurisprudentielle »¹³¹¹. En l'espèce, le professeur Thomas CLAY affirme, à l'instar de la doctrine française, que « puisque personne ne doute que le juge judiciaire doit être indépendant et impartial, personne ne saurait douter que l'arbitre doit l'être également »¹³¹². En effet, nous pouvons considérer, comme la jurisprudence et la doctrine françaises, que la fonction de l'arbitre en matière de référé est une répercussion de la fonction de juge des référés. Par conséquent, la Cour de cassation française a considéré dans un arrêt d'Assemblée Plénière en date du 6 novembre 1998 que « lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation »¹³¹³. Cette solution garantit non seulement l'impartialité de l'arbitre, mais également l'obligation de l'arbitre de ne pas ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires en présence d'une contestation sérieuse relative au droit des parties.

¹³⁰⁸ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éd., 2013, p.328.

¹³⁰⁹ J.-P. ANCEL, « L'éthique dans l'arbitrage vue par le juge », in G. KEUTGEN (dir), *L'éthique dans l'arbitrage* Bruylant, 2011, p.140.

¹³¹⁰ Par ailleurs, il a également été jugé par la Cour de cassation dans l'États du Qatar que l'indépendance et l'impartialité de juge « sont l'essence même de la fonction arbitrale ». En ce sens : *ibidem*.

¹³¹¹ CA Paris, 28 juin 1991, *Rev. arb.*, 1991, 87, note P. BELLET.

¹³¹² T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », in J. Van COMPERNOLLE, G. TARZIA (dir), *L'impartialité du juge et de l'arbitre - Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.199.

¹³¹³ Cass. Ass. plén., 6 novembre 1998, n° 94-17.709, Bull. A.P, n° 5.

Concernant le second argument, il est nécessaire de comparer l'impartialité de l'arbitre relative au fond de l'affaire et en référé avec d'autres problématiques qui peuvent affecter son impartialité. En ce sens, du fait du principe de la séparation des pouvoirs, les décisions en référé ou au fond seront inéluctablement annulées si d'autres facteurs sont susceptibles de rendre l'arbitre impartial. En effet, une partie de la doctrine française interprète l'article 1457 du CPCF en considérant que l'arbitre peut s'abstenir lorsqu'il sent en cours d'instance des circonstances qui peuvent affecter son impartialité¹³¹⁴. À cet égard, il a été jugé dans une affaire similaire à l'interprétation doctrinale, qu'il est possible de douter de l'impartialité de l'arbitre qui fût influencé par une décision rendue antérieurement. En effet, cette dernière a eu pour effet d'entraîner un préjugé du même arbitre sur le nouveau litige¹³¹⁵. Dans cette hypothèse, l'arbitre ne s'est pas abstenu. Cependant, la doctrine affirme que « l'arbitre n'aurait sans doute objectivement pas le recul suffisant, par rapport à sa première décision pour la modifier »¹³¹⁶. Dans le domaine de référé arbitral, il sera délicat que l'arbitre prenne une autre solution au fond que celle rendue en référé du même litige. Par conséquent, nous pouvons poser la question suivante : si l'absence de contestation sérieuse n'est pas nécessaire dans les mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, la décision arbitrale ou même l'arbitrage seront-ils annulés ?

563. En droit koweïtien, nous avons déjà démontré qu'il n'existe pas de textes ni de jurisprudence traitant du sujet¹³¹⁷. Toutefois, selon la doctrine koweïtienne, le principe d'impartialité du juge étatique et de l'arbitre est considéré d'ordre public car il permet une justice équitable. Ainsi, si l'une des parties demande une mesure provisoire alors qu'il existe une contestation sérieuse relative à l'obligation, et si le prononcé de l'arbitre de cette mesure demandée affecte son impartialité sur la solution au fond, il dérogera à l'ordre public par sa décision.

564. En droit français et koweïtien, il résulte que les juges des référés n'accèdent pas à leurs pouvoirs juridictionnels sur les fondements des articles 484, 834, 835 du CPCF et 31 du CPCK. De même, les arbitres des deux États respectent leurs missions du fait de principe d'impartialité, même en l'absence de séparation de leurs pouvoirs en référé et au fond et en l'absence de l'exigence expresse de critère d'interdiction de porter préjudice au principal.

¹³¹⁴ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et...op. cit.*, p.243.

¹³¹⁵ CA Paris, 28 novembre 2002, *JCP G*, 2003, I, 164, n° 3, obs. Ch. SERAGLINI.

¹³¹⁶ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et...op. cit.*, p.249.

¹³¹⁷ *Supra* : n° 543.

565. Quelques interrogations subsistent concernant les effets « éventuels » de l'abandon du critère d'absence du préjudice au principal. Que sera le sort des mesures provisoires et/ou conservatoires ?

2 : Les conséquences « éventuels » de l'abandon du critère d'absence du préjudice au principal

566. En matière de mesures provisoires et/ou conservatoires français et koweïtien, le principe d'impartialité joue un rôle important lorsque l'ordonnance de référé préjugant la sentence finale rend inéluctablement les arbitres partiaux. En conséquence, l'instance arbitrale sera suspendue ou la décision arbitrale sera annulée¹³¹⁸.

567. Conséquences en France. En droit français, il existe deux conséquences de la dépendance et de la partialité de l'arbitre liées à l'existence d'une contestation sérieuse en référé arbitral. La première conséquence est contenue dans la lettre des articles 1456 et 1457 du CPCF qui soulèvent que l'arbitre peut ne pas accepter de se prononcer sur une affaire lorsqu'il fait état de circonstances affectant son impartialité. En effet, avant que le contrat d'arbitre soit formé, il peut toujours refuser sa désignation par les parties à l'arbitrage¹³¹⁹. Ainsi, il n'y a pas lieu de parler d'abstention de l'arbitre en ce sens que l'abstention désigne le retrait de l'arbitre après la conclusion du contrat d'arbitrage, c'est-à-dire en cours d'instance arbitrale. Selon une partie de la doctrine française, « l'abstention apparaît ainsi comme une exception à l'obligation de l'arbitre d'accomplir sa mission jusqu'à son terme et entraîne la suspension de l'instance »¹³²⁰. Par conséquent, si l'une des parties demande de l'arbitre une mesure provisoire ou un référé-provision, mais qu'il existe une contestation sérieuse relative à l'obligation ou au droit des parties, l'arbitre peut s'abstenir d'ordonner la mesure demandée s'il estime qu'elles compromettent son indépendance et son impartialité.

S'agissant de la seconde conséquence de la dépendance et de la partialité de l'arbitre, elles sont sanctionnées par l'annulation de la sentence. Cela a été affirmé en matière d'arbitrage

¹³¹⁸ É. LOQUIN, « Les garanties de l'arbitrage », LPA 2, 2003, p.13 s. ; T. KHATER, *L'impartialité du juge et son indépendance entre la théorie...op. cit.*, p.41 s.

¹³¹⁹ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et...op. cit.*, p.243.

¹³²⁰ *Ibidem*.

interne par la jurisprudence française¹³²¹. La doctrine réaffirme également que le sort de la partialité de l'arbitre sera l'annulation de la sentence¹³²².

568. Obligation de révélation. En droit français, l'article 1456 du CPCF oblige l'arbitre à révéler les circonstances qui affectent son indépendance et son impartialité. À cet égard, il a été jugé par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation que l'annulation de la sentence arbitrale doit intervenir *ipso facto* en cas de d'absence de l'impartialité de l'arbitre¹³²³. Or, il existe aujourd'hui une autre solution rendue par la Cour de cassation française le 10 octobre 2012¹³²⁴. Selon cette dernière jurisprudence, « la sentence n'est annulée que lorsque les circonstances non-révélées sont de nature à faire raisonnablement douter une partie de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre »¹³²⁵. Ainsi, lorsqu'il existe une contestation sérieuse s'agissant d'une mesure provisoire, malgré le fait qu'il y ait un traitement du principal, cela peut faire raisonnablement douter une partie de l'indépendance ou de l'impartialité de cet arbitre. La jurisprudence française met en l'espèce à la charge de la partie invoquant la partialité la preuve de cette partialité¹³²⁶.

569. Conséquences au Koweït. En droit koweïtien, nous avons déjà expliqué que ces règles ne sont pas organisées dans le CPCK comme en France. Toutefois, la doctrine affirme que le principe d'impartialité est lié aux règles d'ordre public¹³²⁷. Ainsi, ceci entraîne deux conséquences qui ne sont pas similaires au droit français.

Selon la première conséquence, la partialité de l'arbitre sera sanctionnée par la récusation de l'arbitre. La doctrine considère en l'espèce que si l'un des cas prévus à l'article 104 du CPCK relatif à la récusation du juge étatique est caractérisé, les parties peuvent récuser cet arbitre à cause de son partialité¹³²⁸. Dans cette hypothèse, la récusation sera effectivement

¹³²¹ CA Paris, 9 septembre 2010, *D.*, 2010, pen., p.2934, obs. Th. CLAY.

¹³²² E. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Synt., « Arbitrage en droit ... », préc., n° 4. ; D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts » : *Rev. arb.* 2011, p. 611.

¹³²³ CA Paris, 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, p.186, note Th. CLAY. ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, *JCP G*, 2011, I, 1286, n° 1, Ch. SERAGLINI.

¹³²⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-20.299, Bull, I, n° 193.

¹³²⁵ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et...op. cit.*, p.248.

¹³²⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 15 juin 2017, n° 16-17.108, Bull, I. ; CA Paris, pôle 1, ch. 1, 12 avril 2016, n° 14/14884, *Rev. arb.* 2017, p.234, obs. É. LOQUIN. En ce sens v. aussi : L. WEILLER, « L'irrésistible ascension de l'obligation de révélation », *Procédures* n° 3, 2012, comm. 73. ; Du même auteur, « La nécessaire motivation du manquement de l'arbitre à son devoir d'indépendance et d'impartialité », *Procédures*, n° 12, 2012, comm. 354.

¹³²⁷ *Supra* : n° 544.

¹³²⁸ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.206 et 207. ; A. MOUSA, *Les garanties du procès dans les contentieux arbitraux*, Dar Aljameah Aljadid, 2018, p.413.

demandée sur le fondement des conditions de validité de l'arbitre¹³²⁹. En effet, nous considérons que l'une des parties peut demander non seulement la récusation de l'arbitre, mais il peut également évoquer la nullité de l'arbitrage lui-même, car il y a un vice de consentement concernant la personnalité de l'arbitre qui est partial, comme nous l'avons déjà expliqué¹³³⁰.

Quant à la seconde conséquence, elle sera simplement l'annulation de la sentence arbitrale, puisque si l'impartialité est, selon la doctrine koweïtienne, considéré d'ordre public, les décisions arbitrales dérogeront également à l'ordre public selon l'article 182 alinéa 2 du CPCK¹³³¹

570. Charge de la preuve de partialité de l'arbitre. Au Koweït, il n'existe pas dans le CPCK un article similaire à l'article 1456 du CPCF relatif à l'obligation de révélation les circonstances affectant l'impartialité de l'arbitre. Ainsi, dans la première hypothèse de partialité de l'arbitre, les parties à l'arbitrage peuvent invoquer la récusation en tout au long de l'instance arbitrale¹³³², alors qu'en seconde hypothèse, ces parties peuvent évoquer la nullité absolue de la décision, après 30 jours comptés de la date de déclaration de la décision¹³³³.

¹³²⁹ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.206.

¹³³⁰ *Supra* : n° 192.

¹³³¹ L'art. 182 du CPCK prévoit que « les décisions arbitrales doivent être prononcées conformément aux règles d'ordre public ».

¹³³² A. MOUHAMED, *L'organisation procédurale des contentieux arbitraux*, Dar Aljameah Aljadid, 2018, p.414 s.

¹³³³ A. ALREMH, *La décision de l'arbitrage conformément au ...op. cit.*, p.425 et 457.

571. Conclusion de Titre II. En droit français et koweïtien, les juges des référés sont obligés d'octroyer les mesures provisoires et/ou conservatoires selon certaines conditions imposées par les législateurs. Parmi ces conditions existent l'urgence, l'absence de contestation sérieuse ou l'absence de préjudice au principal au fond de l'affaire. En revanche, lesdites conditions ne sont pas imposées par les législateurs devant les tribunaux arbitraux. Ils bénéficient de certaine marge de manœuvre dans leurs missions au fond, mais également en référé. Les arbitres des deux États adoptent n'importe quelle condition qui sera opportune pour ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires. Par conséquent, la question logique qui doit se poser est celle de savoir si la liberté des arbitres sera considérée comme un inconvénient. Selon nous, cette liberté constitue bien évidemment un avantage au profit des arbitres dans les deux pays.

PARTIE II : LE RÉFÉRÉ ARBITRAL, UNE SOLUTION EN QUÊTE D'UNE NÉCESSAIRE COMPLÉMENTARITÉ

572. En droits français et koweïtien, si les arbitres peuvent être compétents tels que les juges des référés, et si ces arbitres disposent des mêmes pouvoirs que les juges des référés pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires, la justice arbitrale en matière de référé bénéficie d'avantages et souffre d'inconvénients tout comme la justice judiciaire. D'une part et aux yeux des droits français et koweïtien, les exigences d'efficacité de la justice et de célérité de la procédure existent devant l'arbitre telles qu'elles existent devant le juge des référés. Que l'on soit dans le cadre d'une exécution amiable ou forcée des mesures provisoires et/ou conservatoires, ces exigences doivent être respectées. D'autre part et aux yeux des deux États, la nature des tribunaux arbitraux, de même que la nature des mesures provisoires et/ou conservatoires ainsi que l'absence d'*imperium* des arbitres perturbent parfois le système arbitral. Cependant, en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires, si les avantages et les inconvénients de l'arbitrage peuvent être comparés avec ceux de la justice étatique, le déroulement et la fin de la justice provisoire arbitrale seront, en termes d'avantages et d'inconvénients, quasi-similaires à ceux de la justice judiciaire étatique. Ainsi, il sera expliqué dans un premier temps le déroulement de la justice provisoire arbitrale d'une part et de la justice judiciaire d'autre part (**Titre I**). Alors qu'il sera abordé dans un second temps la fin des justices provisoires, arbitrale et judiciaire (**Titre II**).

Titre I : Un déroulement entre célérité et difficultés

573. « L'arbitrage demeure une procédure fondamentalement conventionnelle et la volonté des parties, même lorsqu'elle est implicite, peut affecter le déroulement de l'instance arbitrale »¹³³⁴.

574. Célérité et flexibilité. À partir de ce postulat existant en France comme au Koweït, nous comprenons que l'instance arbitrale bénéficie d'une nature spéciale que l'affaire soit traitée au fond ou en référé. En matière de mesures provisoires et/ou conservatoires, l'arbitrage en France et au Koweït propose plusieurs avantages en termes de célérité et de flexibilité des mesures demandées, notamment concernant le rôle fondamental de la volonté des parties à l'arbitrage. Dans l'instance arbitrale les parties bénéficient de délais courts de comparution, d'une souplesse dans l'application du principe du contradictoire ou encore d'une certaine latitude dans la forme des mesures provisoires pouvant être prononcées. Certaines garanties, comme par exemple un délai court de comparution, existent également dans le cadre d'une procédure en référé judiciaire mais d'autres bénéficient exclusivement aux parties ayant choisi de régler leur litige par une procédure arbitrale comme par exemple la souplesse dans l'application du principe du contradictoire ou l'exigence du principe de célérité¹³³⁵.

575. Obstacles. En matière de référés, en droit koweïtien comme en droit français, l'instance arbitrale, par comparaison avec l'instance judiciaire, souffre de plusieurs obstacles qui peuvent perturber l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires. Ces obstacles sont les suivants : la difficulté dans la constitution du tribunal arbitral, la personnalité de l'arbitre, le respect du principe du contradictoire et la nature des mesures provisoires et/ou conservatoires. Or, les juges étatiques français et koweïtiens interviennent à chaque fois lorsque l'un de ces obstacles perturbe la mission arbitrale.

576. Finalement, le bilan des avantages de la procédure arbitrale, même si celle-ci rencontre parfois des obstacles, nous permet de penser que celle-ci est plus avantageuse pour les parties quel que soit le litige. En droits français et koweïtien, le postulat est connu :

¹³³⁴ J. EL AHDAB, « Pays arabes / Pays arabes », *Cah. arb.*, 2010, n° 4, p.1207.

¹³³⁵ En droit français, le décret no 2011-48 du 13 janvier 2011 a modifié le livre IV du Code de procédure civile (CPC) en introduisant dans son chapitre III, consacré à l'instance arbitrale, un article 1464 qui concerne le principe de célérité. En revanche, ce principe n'existe pas dans le CPCK.

« l'arbitrage est habituellement présenté comme plus rapide que la justice d'État »¹³³⁶. Ainsi, nous évaluerons d'abord la célérité des procédures arbitrales au regard notamment des obstacles qui peuvent survenir soit dans le cadre de la constitution du tribunal arbitral soit par rapport à la personnalité de l'arbitre (**Chapitre I**). Nous aborderons ensuite la question de la célérité et de l'efficacité des procédures arbitrales qui peuvent également être confrontées à des obstacles liés à l'application du principe du contradictoire et ou encore à la nature des mesures demandées et ordonnées (**Chapitre II**).

¹³³⁶ Y. STRICKLER, « Arbitrage, Procédure arbitrale », préc., n° 40.

Chapitre I : La célérité confrontée aux difficultés de constitution du tribunal arbitral ou à la personnalité de l'arbitre

577. En droits judiciaires français et koweïtien, lorsqu'une demande de mesures provisoires et/ou conservatoires est présentée devant le juge des référés, le temps entre la notification et l'audience peut être contracté jusqu'à une heure¹³³⁷. La juridiction du référé, en tant que juridiction étatique est une juridiction permanente¹³³⁸, c'est-à-dire qu'elle existe toujours au service des litigants. Au contraire, les juridictions arbitrales françaises et koweïtiennes ne sont pas des juridictions permanentes, à savoir qu'elles doivent d'abord être constituées pour que les arbitres puissent ordonner les mesures provisoires et/ou conservatoires demandées dans un délai similaire aux juridictions de l'État.

578. Afin de comparer la célérité des procédures arbitrales et étatiques, nous pouvons *a priori* comparer les deux procédures en évacuant la question du temps nécessaire à la constitution du tribunal arbitral. Ainsi, nous pensons qu'il est pertinent d'évaluer la célérité des deux types de procédures dès lors que l'instance est réellement engagée. Dans cette perspective, quel est alors le gain de l'arbitrage, en comparaison avec ladite heure existant devant le juge des référés ? Si les juges des référés français et koweïtiens bénéficient de « privilèges » judiciaires tels que des délais de comparution courts, les arbitres ont également des avantages qui leurs permettent d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires dans des délais similaires aux délais pratiqués devant les juges des référés. Notamment, s'il existe en droits français et koweïtien des difficultés concernant la constitution du tribunal arbitral ou la personnalité de l'arbitre, les parties peuvent toujours obtenir une mesure provisoire grâce à l'intervention de juge étatique ce qui permet d'éviter un blocage dans la procédure arbitrale et d'accélérer ainsi l'instance arbitrale.

579. Ainsi, si les tribunaux étatiques et arbitraux peuvent rapidement statuer en matière de référés, des garanties de délais viennent bien évidemment assurer l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoire dans les deux cas avec le bénéfice d'une certaine célérité

¹³³⁷ En ce sens : J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190 « Tribunaux de commerce, Référé commercial... », préc., n° 81.

¹³³⁸ X. VUITTON, « Référé civils », préc., n° 24. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.400 s.

(**Section 1**). Toutefois, le tribunal arbitral en France et au Koweït est confronté parfois à des obstacles liés à sa constitution ou encore à la personnalité de l'arbitre (**Section 2**).

Section 1 : Quelle célérité de l'arbitrage en comparaison avec la procédure judiciaire de référé ?

580. La nécessité d'une demande. En droits français et koweïtien, une demande doit nécessairement être introduite par l'une des parties pour être traitée soit dans le cadre d'une procédure judiciaire soit dans le cadre d'une procédure arbitrale. Dans les deux pays, en matière de référés judiciaires il est ainsi nécessaire que la demande de mesures provisoires et/ou conservatoires soit présentée par une partie et notifiée à l'adversaire en respectant certaines conditions¹³³⁹. Au contraire, en matière arbitrale et dans les deux pays également, la demande de mesures provisoires n'est en principe pas soumise au respect de conditions spécifiques¹³⁴⁰. Ainsi, dès lors que les principes directeurs du procès sont respectés dans la demande, l'arbitre reçoit cette demande et peut alors prononcer dès que possible la mesure provisoire demandée.

581. Lorsque que la demande est entre les mains du juge des référés ou de l'arbitre, ils traitent l'un comme l'autre les mesures provisoires et/ou conservatoires en garantissant des délais de comparution courts (§ 1). Il est alors nécessaire de préciser que bien que les délais de comparution soient alors courts, les droits de la défense doivent tout de même être respectés (§ 2).

§ 1 : Le traitement des mesures provisoires et/ou conservatoires assuré par des garanties de délais

582. En droit koweïtien, à l'instar du droit français, la célérité et la protection provisoire constituent l'essence des mesures provisoires et/ou conservatoires. En général, lorsqu'une

¹³³⁹ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 472 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. II, *op cit.*, p.111 s. « L'introduction de la demande en référé se fait ordinairement par une assignation de droit commun délivrée à la partie adverse par voie d'huissier de justice, acte qui doit comporter les mentions exigées de toute assignation, comprenant les énonciations prescrites par les articles 648 et 56 du Code de procédure civile ». En ce sens : X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « RÉFÉRÉS. – Instance. – Procédure », 2019, n° 39.

¹³⁴⁰ É. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne : acteurs... », préc., n° 24 s. ; Y. STRICKLER, « Arbitrage, Procédure arbitrale », préc., n° 21 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p. 360 s.

demande de mesure provisoire ou conservatoire est présentée devant le juge des référés ou l'arbitre, l'objectif de ces juges est le prononcé d'une telle mesure dans un délai très court. En droits français et koweïtien, le juge des référés a le pouvoir de permettre d'assigner devant lui dans un délai qui peut être d'une seule heure¹³⁴¹. Ainsi, l'objectif de célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires sera généralement atteint en matière de référé judiciaire. De même, les arbitres des deux États ont la faculté d'atteindre cet objectif de célérité dans un délai similaire au référé judiciaire, cette faculté découle notamment d'un mécanisme propre aux arbitres : la liberté procédurale. Par conséquent, si les juges des référés français et koweïtiens disposent de délais de comparution très raccourcis (**A**), les arbitres bénéficient également de ces délais courts (**B**).

A : Les délais de comparution devant le juge des référés

583. En droits français et koweïtien, lorsque la demande provisoire a été présentée par le demandeur, et a également été notifiée au défendeur, ce dernier est obligé d'y répondre de la même manière que pour les demandes principales¹³⁴². Dans les deux États, l'avantage de la procédure de référé est que le défendeur peut être cité à comparaître devant le juge des référés dans des délais très courts conformément au besoin de célérité des mesures demandées. Ainsi, il existe devant les juges des référés français et koweïtiens deux types de délais permettant aux parties d'assigner devant ces juges et garantissant la célérité du procès lorsque la demande concerne des mesures provisoires et/ou conservatoires. L'assignation devant les juges des référés des deux États peut se faire soit sous forme de référé ordinaire lorsque « le cas ne requiert pas spécialement célérité »¹³⁴³ (**1**), soit sous forme de référé d'heure à heure lorsqu'une particulière célérité est nécessaire (**2**).

1 : La comparution en cas de référé ordinaire

¹³⁴¹ En ce sens : H. CROZE, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 20, « Référé, procédure », préc., n° 15 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.400 s.

¹³⁴² Ch. GENTILI, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « Délais de procédure civile », 2011, n° 10 s.

¹³⁴³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 495.

584. La question des délais de comparution est une question cardinale intimement liée aux mesures provisoires et/ou conservatoires. Leur fixation traduit la manière dont le législateur a pensé le traitement de l'urgence selon les différentes hypothèses qui se sont présentées à lui. À cet égard, les législateurs français et koweïtiens distinguent délai de comparution dans un contentieux classique et délai de comparution lorsque le litige répond à la célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires.

585. Délai de comparution classique devant le juge du principal. En droits français et koweïtien, les délais de comparution au principal sont différents des délais en référé. En ce sens, l'article 856 du CPCF dispose que « l'assignation doit être délivrée quinze jours au moins avant la date de l'audience » et l'article 48 du CPCF dispose que « le délai de comparution devant le Tribunal d'instance, Grande Instance et la Cour d'appel est de cinq jours ». Ces délais expriment une période nécessaire devant être donnée au défendeur afin qu'il puisse préparer sa défense entre la date de son assignation et la date de l'audience. Toutefois, la durée de délai peut être abrégée dans le cadre des mesures provisoires et/ou conservatoires.

586. Délai de comparution en cas de référé ordinaire : le cas de la France. En droit français, l'article 485 alinéa 1 du CPCF prévoit que « la demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure **habituels** des référés ». Alors qu'il s'agit clairement ici pour les parties d'agir par voie d'assignation devant le juge des référés, il faut prendre en compte les règles fondamentales applicables aux assignations tout en prenant en compte l'exigence de célérité car celle-ci constitue comme énoncé l'essence des mesures provisoires et/ou conservatoires. Notamment, les parties devront nécessairement respecter les conditions spécifiques relatives à la demande, les délais de comparution et aussi la possibilité d'appliquer certaines règles relatives à l'allongement de ces délais.

587. S'agissant des délais de comparution, le législateur français établit deux types de délais de comparution à l'article 485 du CPCF, à savoir un délai ordinaire et un délai d'extrême urgence. En l'espèce, nous allons étudier ici uniquement le délai ordinaire puisque le délai d'extrême urgence sera expliqué dans la partie suivante. En effet, il n'existe pas techniquement de temps minimum imposé au juge des référés concernant le délai de comparution ordinaire prévu à l'article 485 alinéa 1 du CPCF¹³⁴⁴. Comme le dit la doctrine en France « il n'y a donc

¹³⁴⁴ X. VUITTON, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance. – Procédure », préc., n° 42.

pas lieu de mentionner un délai de comparution dans l'assignation en référé ; mais il faut indiquer la date et l'heure de l'audience »¹³⁴⁵. Ainsi, la date et l'heure appliquées pour l'audience de référé ordinaire doivent permettre une assignation plus rapide que les délais existant devant le juge du fond, c'est-à-dire que l'audience peut être prévue dans un délai de moins de quinze jours. Nous pouvons considérer en ce sens, qu'après que le demandeur a demandé l'assignation ordinaire du défendeur, et que cette demande a été notifiée à ce dernier, le défendeur peut ainsi être cité à comparaître devant le juge des référés dans un délai d'un jour ou plus à compter de cette notification.

Concernant la possibilité d'appliquer les règles relatives à l'allongement des délais à raison des distances, la jurisprudence et la doctrine françaises affirment qu'il n'y a pas lieu de les appliquer en matière de référé¹³⁴⁶. Ces délais sont en effet applicables uniquement en ce qui concerne les demandes principales portant au fond de l'affaire¹³⁴⁷.

Quant à la demande présentée par le demandeur pour assigner devant le juge des référés, aux termes des articles 648 et 56 du CPCF, l'introduction de la demande en référé sera ordinairement effectuée par une assignation de droit commun, qui sera notifiée à l'adversaire par voie d'huissier de justice. Cet acte juridique vaut ainsi introduction de la demande principale. Cependant, il faut noter qu'à peine de nullité, l'assignation doit nécessairement comporter toutes les mentions précisées aux articles 648 et 56 du CPCF relatifs aux actes d'huissier de justice. De plus, ce qui résulte des dispositions combinées des articles 485 et 56 du CPCF, la date et l'heure de l'audience de référé doivent être indiquées puisqu'en cas de « l'omission de l'indication complète [...] est donc susceptible de justifier l'annulation de l'acte en cause, si elle a causé un grief à la partie concernée »¹³⁴⁸.

588. Délai de comparution en cas de référé ordinaire : Koweït. En droit koweïtien, le législateur va dans le même sens que le législateur français, en modifiant toutefois le délai de comparution. Ainsi, à la lettre de l'article 48 alinéa 2 du CPCF, il ressort que « le temps d'assignation en référé, soit devant le juge des référés, soit devant le juge du fond qui tient le référé, est de 24 heures »¹³⁴⁹. L'introduction de la demande en référé est effectuée, à l'instar du

¹³⁴⁵ H. CROZE, *J. Cl. Procédures Formulaire*, « Référé, procédure », préc., n° 12.

¹³⁴⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 9 novembre 2006, n° 06-10.714, Bull., II, n° 311 p.289. ; R. PERROT, « La notion d'incident mettant fin à l'instance », *Procédures*, 2007, n° 1, comm. 8.

¹³⁴⁷ Les arts. 643 à 545 du CPCF.

¹³⁴⁸ H. CROZE, *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 20, « Référé, procédure », préc., n° 9. ; En ce sens v. aussi : X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 39 s.

¹³⁴⁹ تنص المادة ٤٢ من قانون المرافعات الكويتي على ان "ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة، سواء امام قاضي الأمور المستعجلة او امام محكمة الموضوع، أربع وعشرون ساعة، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد من ساعة الى ساعة بشرط ان يحصل الإعلان للخصم نفسه".

droit français, par une notification à l'adversaire par voie d'huissier de justice comme l'introduction de la demande principale¹³⁵⁰. La notification doit comporter les énonciations prévues à l'article 45 du CPC, tel que par exemple les noms du défendeur et du demandeur, le lieu et l'heure de l'audience¹³⁵¹. En ce sens, si l'une des indications de l'article 45 est omise, l'acte qui sera notifié au défendeur est comme en France susceptible d'annulation si l'omission en question cause un grief au défendeur¹³⁵². En effet, ni la jurisprudence ni la doctrine n'évoquent la question des règles relatives à l'allongement des délais à raison des distances en matière de référé. Cependant, nous pensons que cela dépend de la surface géographique très limitée de l'État du Koweït et de l'objectif de célérité en matière de référés. Nous pensons qu'au Koweït, comme en France, l'allongement des délais à raison des distances n'est pas applicable en matière de référé du fait de la célérité requise dans ce type de procédure.

589. Droits de la défense. Il résulte en France comme au Koweït que le défendeur doit comparaître devant le juge des référés dans un délai très courts, c'est-à-dire moins de quinze jours en France ou cinq jours au Koweït. La durée du délai nécessaire sera appréciée par ce juge. Toutefois, il faut noter que les juges en France et au Koweït respectent strictement « les droits de la défense » tel qu'il sera ultérieurement expliqué¹³⁵³.

590. Si le délai de citation en cas de référé ordinaire est court, la citation en cas de référé d'heure à heure implique un délai encore plus court.

2 : La comparution en cas de référé d'heure à heure

591. Le référé d'heure à heure, nommé aussi par la doctrine française « le référé d'urgence absolue »¹³⁵⁴ ou « le référé d'extrême urgence »¹³⁵⁵, implique un délai de citation du défendeur très court devant les juges des référés français et koweïtien. Le délai en question est

¹³⁵⁰ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. II, *op cit.*, p.137 s. ; S. MAHMOD, *Le procès en...**op. cit.*, p.91.

¹³⁵¹ M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...**op. cit.*, p.85.

¹³⁵² *Ibidem.*

¹³⁵³ *Infra* : n° 612.

¹³⁵⁴ En ce sens v. par exemple : É. LOQUIN, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 25.

¹³⁵⁵ En ce sens v. par exemple : A. BOLZE, *J. Cl. Civil, Synt.*, « Tribunaux de commerce », 2021, n° 51.

ainsi largement raccourci par rapport aux délais normaux appliqués devant les juges des référés français et koweïtiens.

592. Délai de comparution dans le cas du référé à heure fixe. Les CPC français et koweïtiens organisent les délais de référé d'heure à heure devant les juges des référés¹³⁵⁶. À cet égard, l'article 485 alinéa 2 du CPCF prévoit clairement que « si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés ». De même, l'article 48 du CCK dispose également que « ce délai [c'est-à-dire le délai d'urgence ordinaire qui est de 24 heures] peut être abrégé d'heure à heure, à condition que la notification soit une notification personnelle ».

593. En droits français et koweïtien, la différence entre le délai ordinaire et le délai d'heure à heure est que le premier sera traité dans les jours et les heures habituels des référés, alors que le second délai sera envisagé « à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés »¹³⁵⁷. Ainsi, comme le dit la doctrine en France, « s'agissant d'une procédure de référé à heure fixe ou déterminée, aucun délai minimum entre l'assignation et le jour de l'audience n'est prescrit par la loi, mais le juge des référés apprécie souverainement si le défendeur a disposé d'un temps suffisant pour préparer sa défense »¹³⁵⁸. De même, cela a également été réaffirmé par la doctrine koweïtienne¹³⁵⁹.

594. Autorisation par voie de requête. En droits français et koweïtien, la demande d'assignation à heure fixe sera autorisée par voie de requête¹³⁶⁰. Force est de constater qu'il a été jugé en France par la cour d'appel de Paris, que l'assignation sans obtenir l'autorisation du juge concerné peut être autorisée si elle ne cause pas un grief au défendeur¹³⁶¹. Nous pouvons dire que cela est également affirmé en droit koweïtien par la doctrine¹³⁶².

¹³⁵⁶ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 39.

¹³⁵⁷ En droit koweïtien, l'art 47 du CCK ne prévoit pas que le référé à heure fixe puisse être traité les jours fériés ou chômés. Cependant, la doctrine koweïtienne considère que la demande peut subsidiairement être présentée au juge des requêtes dans lesdits jours. En ce sens : S. MAHMOD, *Le procès en référé...op. cit.*, p.85.

¹³⁵⁸ H. CROZE, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 20, « Référé, procédure », préc., n° 17.

¹³⁵⁹ S. MAHMOD, *Le procès en référé...op. cit.*, p.83. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.88 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.400.

¹³⁶⁰ H. CROZE, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « ASSIGNATION », 2016, n° 12. ; S. MAHMOD, *Le procès en référé...op. cit.*, p.83.

¹³⁶¹ CA Paris, 4 février 1975, JCP G, 1976, IV, 88.

¹³⁶² S. MAHMOD, *Le procès en référé...op. cit.*, p.88.

595. Conditions. Aux yeux des droits français et koweïtien, il y a deux conditions essentielles liées à l'assignation à heure fixe. D'une part, la condition d'extrême urgence doit être remplie pour valider la demande du demandeur¹³⁶³. Dans ce cas, l'urgence doit être analysée dans le cadre des critères déjà expliqués¹³⁶⁴. D'autre part, les juges des référés en France comme au Koweït doivent toujours s'assurer qu'ils laissent un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que l'adversaire puisse préparer sa défense¹³⁶⁵. C'est la raison pour laquelle les procédures devant les juges des référés bénéficient d'un caractère très rapide et sûr.

596. Dans les deux États, si les délais de comparution sont très rapides et courts devant les juges des référés, les procédures devant les arbitres français et koweïtiens bénéficient des mêmes avantages : elles sont rapides et courtes et assurent une certaine modernité dans le traitement du litige.

B : Les délais de comparution devant l'arbitre

597. « Comment, en ce début de troisième millénaire, s'exprimer en termes de progrès - s'agissant du procès - sans que l'on comprenne aussitôt que l'amélioration la plus attendue - et à mes yeux la plus nécessaire -, est celle qui verra triompher le procès équitable, avec ce que cela suppose de célérité, de loyauté, d'efficacité, d'effectivité ? »¹³⁶⁶.

598. À partir de cette belle question, posée par l'ancien magistrat Jean-Claude MAGENDIE, nous pouvons dire que l'arbitrage assure un véritable procès équitable qui est caractérisé par une nécessaire célérité, de la loyauté dans le déroulé du procès, ou encore une efficacité comparable à celle existant devant les juges des référés français et koweïtiens. Comme le dit le professeur Yves STRICKLER, « l'arbitrage est habituellement présenté comme

¹³⁶³ H. CROZE, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 20, « Référé, procédure », préc., n° 11. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 42. ; En droit koweïtien le juge compétent est ici le juge des requêtes. Pour saisir ce juge, il faut en principe que la condition d'urgence soit caractérisée. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. I, *op cit.*, p.270 s. ; A. ALDANASOURI et H. OKAZ, *La juridiction des référés...op. cit.*, t. II, 654 s.

¹³⁶⁴ *Supra* : n° 368.

¹³⁶⁵ V. les arts. 486 du CPCF et 48 du CPCK. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 42 s. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.86.

¹³⁶⁶ J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la Justice devant la Cour d'appel », consulté le 1 septembre 2020.

plus rapide que la justice d'État »¹³⁶⁷. En général et peu importe que l'on se situe en France ou au Koweït, lorsque le tribunal arbitral est *a priori* constitué, les délais de l'arbitrage peuvent en général s'avérer compétitifs comparés aux délais existants dans les tribunaux étatiques. Il n'est ici « techniquement » pas question des délais de comparution devant les arbitres si on les compare aux juges des référés, il est en effet ici davantage question de la mesure de la célérité de l'arbitrage en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires, grâce à l'existence d'une convention d'arbitrage (1), et au cadre de la procédure arbitrale prévu par la loi (2). Il est ainsi nécessaire de préciser que les droits français et koweïtien ne prévoient aucun délai spécifique en matière de référé arbitral.

1 : La célérité assurée par la convention d'arbitrage, une célérité similaire à celle du référé ordinaire

599. En droits français et koweïtien, la célérité naturelle de l'arbitrage en général lui permet d'être assimilé à la justice étatique et permet de garantir cette même célérité en matière spécifique de mesures provisoires et/ou conservatoires. Dans les deux pays, si l'assignation devant le juge des référés jouit ordinairement de délais succincts dans le but de garantir la célérité de l'instance judiciaire, les règles stipulées à la convention d'arbitrage peuvent permettre d'assurer une célérité de la procédure arbitrale similaire à celle existant en cas d'assignation ordinaire devant le juge des référés.

600. La liberté de la forme de la demande. Aux termes des articles 1462 du CPCF et 179 du CPCK, les litiges seront soumis aux tribunaux arbitraux, soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente¹³⁶⁸. Toutes les demandes qui seront présentées devant les arbitres ne prennent pas en principe une forme spécifique devant le juge des référés¹³⁶⁹. De même, la loi ne prévoit pas de conditions spécifiques pour introduire une telle demande dès lors que celle-ci ne viole pas les principes directeurs du procès, comme nous allons le voir. Ainsi,

¹³⁶⁷ Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil*, Fasc. 30, « Arbitrage, Procédure... », préc., n° 40.

¹³⁶⁸ L'art. 179 du CPCK prévoit que « [...] sans être tenu aux règles des tribunaux étatique, l'arbitre notifie les parties à l'arbitrage la manière selon laquelle les parties présentent leurs demandes ».

تنص المادة ١٧٩ من قانون المرافعات على انه " ذلك دون تقيد بالقواعد المقررة في هذا القانون للإعلان، يحدد (المحكم) لهم موعد لتقديم المستندات".

¹³⁶⁹ Les arts. 1464 du CPCF, et 179 du CPCK. En ce sens v. également : Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil*, Fasc. 30, « Arbitrage, Procédure... », préc., n° 21 s.

une fois que le litige est soumis à l'arbitre par les parties par une clause compromissoire ou un compromis, l'instance arbitrale commence.

601. Le délai de la mission arbitrale. En droits français et koweïtien, si les parties n'élargissent pas la durée de la mission arbitrale, cette durée est relativement courte en général et pas seulement dans le cas des mesures provisoires et/ou conservatoires. En France, l'article 1463 du CPCF prévoit que « si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine. Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui ». De la même manière, l'article 181 du CPOK dispose que « si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, l'arbitre doit juger le litige dans un délai maximum de six mois, à compter de la notification de l'adversaire de la première audience [...] »¹³⁷⁰. Selon la doctrine koweïtienne, ce délai peut être réduit par convention des parties¹³⁷¹, comme en France. Ainsi, si la durée de l'ensemble de la mission arbitrale peut-être de moins de six mois, il est possible de conclure que l'assignation devant un tribunal arbitral, et ce même en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires plus spécifiquement, permet d'assurer aux parties une célérité comparable à celle existant en cas d'assignation ordinaire devant le juge des référés, grâce aux règles qui peuvent être établies dans cet objectif par la convention d'arbitrage.

602. Délais de comparution dans la procédure arbitrale. S'agissant des délais de comparution devant les arbitres, ils peuvent être similaires aux délais pratiqués devant les juges des référés statuant dans le cas des procédures ordinaires. En effet, les articles 1464 du CPCF et 182 du CPOK prévoient de la même manière que les arbitres et les parties à l'arbitrage ont la possibilité de déterminer dans leur convention « la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». De plus, la jurisprudence française et la doctrine des deux États réaffirment clairement que la liberté procédurale peut être, soit stipulée dans la convention d'arbitrage, soit établie par les arbitres¹³⁷². Cette liberté peut ainsi être utilisée dans tous les aspects de l'arbitrage, notamment dans le cadre des procédures de

¹³⁷⁰ تنص المادة ١٨١ من قانون المرافعات على انه "إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم اجلاً للحكم، كان على المحكم ان يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ اخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم".

¹³⁷¹ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.236 s.

¹³⁷² La cour d'appel de Paris juge que « les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux ». En ce sens : CA Paris, 26 octobre 2000, *Rev. arb.*, 2001. p.200, note, Ph. PINSOLLE. ; J. BÉGUIN, J. ORTSCHIEDT, Ch, SERAGLINI, « Arbitrage - Un second souffle pour l'arbitrage Arbitrage interne - À propos du décret du 13 janvier », *JCP G* 2011, n° 7 s. ; Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil, Synt.*, « Arbitrage », 2019, n° 15 s. ; E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance... », préc., n° 23 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.235 s.

notification, de la forme de l'assignation devant les arbitres ou encore dans le cadre de l'échange des pièces et même des délais de comparution¹³⁷³.

603. En général, si nous parlons d'un délai de comparution devant les arbitres français et koweïtiens, il ne s'agit techniquement pas de délais tel qu'il existe devant les juges des référés, mais d'un principe de célérité exigé de manière similaire à ce qui est garanti par les procédures judiciaires voire même avec une exigence encore plus importante que dans ces dernières. En matière de référés judiciaires français et koweïtien, la demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés. Ainsi, il n'y a aucun délai de comparution prévu devant le juge des référés mais le défendeur peut être assigné à comparaître dans un délai de moins de quinze jours en France et de cinq jours au Koweït, comme nous l'avons vu¹³⁷⁴. En matière de référé arbitral, en France comme au Koweït, rien n'empêche que les parties et les arbitres prévoient dans la convention arbitrale un délai similaire au référé judiciaire voire même un délai plus court. Par conséquent et par exemple, si le juge des référés peut siéger et citer le défendeur à comparaître dans les trois jours, les arbitres peuvent également siéger et citer le défendeur à comparaître dans un délai de deux jours, grâce aux règles stipulées dans la convention.

604. En droits français et koweïtien, il en résulte que la présence devant les arbitres peut être réalisée dans des délais très courts, de la même manière que dans le cadre d'une procédure de référé et ce, du fait des règles spécifiques qui peuvent être prévues dans la convention d'arbitrage. Cependant, il faut noter que la célérité permise par ce mécanisme de mention de règles procédurales spécifique stipulées dans la convention arbitrale n'est pas le seul mécanisme permettant d'assurer la célérité de l'arbitrage. En effet, le droit français exige que l'arbitre et les parties à l'arbitrage agissent en respectant un principe de célérité tel qu'il est prévu à l'article 1464 du CPCF. Selon nous, il est possible de prendre la mesure de cette exigence de célérité en comparant la rapidité de la procédure arbitrale à celle nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure de référé judiciaire utilisée dans le cas spécifique de l'extrême urgence, c'est-à-dire dans le cas du référé d'heure à heure. Par ailleurs, il est nécessaire de préciser que le droit koweïtien de l'arbitrage n'impose pas cette exigence de célérité. Il conviendra ainsi d'écartier

¹³⁷³ À cet égard : Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil*, Fasc. 30, « Arbitrage, Procédure... », préc., n° 40. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.349 s.

¹³⁷⁴ *Supra* : n° 586 et 587.

l'étude du droit koweïtien en la matière puisque celui-ci est fondé sur l'ancien Code de procédure français qui n'adoptait pas le principe de célérité.

2 : La célérité grâce à la loi, une célérité similaire au référé d'heure à heure

605. L'article 2 du décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 a codifié deux principes substantiels pour la mission arbitrale en général et pour l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires en particulier¹³⁷⁵. Les principes de célérité et de loyauté prévus à l'article 1464 du CPCF n'existent pas dans le CPCK puisque le respect de ces principes dépend au Koweït totalement du contenu de la convention d'arbitrage et du respect par les arbitres de leurs devoirs¹³⁷⁶. Au contraire, en France, le principe de célérité tel que prévu par le CPCF permet au référé arbitral de se positionner comme un véritable mode alternatif de règlement des litiges par rapport au référé judiciaire, notamment en ce qui concerne le cas du référé d'heure à heure du droit commun.

606. Ressemblances dans la définition de la célérité en matières judiciaire et arbitrale. En droit français, il existe une analogie en matière de référés judiciaires et arbitraux concernant les délais de comparution dans les cas d'extrême urgence. En effet, dans le cadre du référé judiciaire, l'article 485 alinéa 2 du CPCF prévoit que « si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés ». Alors qu'en matière de mesures provisoires et conservatoires arbitrales, l'article 1464 du CPCF exige que « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté ». La question est de savoir ce qu'est ici la célérité arbitrale. Pour y répondre, il sera nécessaire de savoir si la célérité arbitrale correspond à la célérité entendue en droit commun.

607. Une célérité arbitrale similaire à la célérité entendue en droit commun. De prime abord évidente, la notion de célérité peut être comprise comme « promptitude dans

¹³⁷⁵ Les principes de célérité et de loyauté « existaient déjà, mais n'étaient pas formulées de manière aussi claire et aussi contraignante ». À cet égard : Th. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, Lexisnexis, 2015, p.92. ; Y. DERAÏNS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in Th. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Université de Versailles, Lextenso éd., 2011, p.90.

¹³⁷⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.343 s.

l'exécution »¹³⁷⁷. Cependant, les interprétations de la doctrine française sont variées s'agissant du principe en matière arbitrale.

À la question de savoir si la notion de célérité entendue en matière arbitrale correspond à la célérité telle que conçue en droit commun, la doctrine française semble considérer que la notion de célérité doit être comprise de la même manière dans les deux types de procédure¹³⁷⁸. Or, la célérité de droit commun selon le Doyen CORNU s'entend comme une « urgence renforcée justifiant une promptitude particulière d'intervention, par exemple un référé d'heure à heure »¹³⁷⁹. En raisonnant par analogie, le devoir de célérité pesant sur l'arbitre l'oblige clairement à fixer des délais de comparution très courts, à l'instar du référé de droit commun d'heure à heure.

Toutefois, une opinion doctrinale dissidente peut être mise en lumière. En effet, certains auteurs estiment que la notion de célérité est différente de la notion d'urgence puisque cette dernière renvoie à un sentiment de « précipitation » alors que la notion de célérité consiste uniquement en « la préoccupation de parvenir, sans perte de temps, au prononcé d'une décision dans un délai raisonnable »¹³⁸⁰. Aussi, il peut être remarqué que la notion de délai raisonnable, à ne pas confondre avec l'obligation de célérité, est une notion assez floue, à laquelle l'arbitre est tenu dans une moindre mesure¹³⁸¹, prouvant par là-même que l'arbitre est relativement libre s'agissant des délais en général, au rebours du juge étatique.

Par conséquent, rien ne semble s'opposer à ce qu'un arbitre interprète la notion de célérité en faveur de délais de comparution très brefs tel que le référé d'heure à heure.

608. Une obligation d'agir avec la même célérité soumise aux parties à l'arbitrage et aux arbitres. Si l'arbitre français doit agir avec rapidité selon le principe de célérité, en permettant aux parties d'assigner devant lui, dans un délai qui peut être similaire au cas du référé d'heure à heure, les parties à l'arbitrage sont également concernées par cette obligation. En effet, selon l'article 1464 du CPCF les parties à l'arbitrage doivent respecter le principe de célérité.

¹³⁷⁷ E. KLEIMAN, S. SALEH, préc. ; L. WEILLER, « Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité », *LPA*, 2013, n°32, p.1.

¹³⁷⁸ *Ibidem*.

¹³⁷⁹ G. CORNU, *Le Grand Robert de la langue française*, Célérité, p.134.

¹³⁸⁰ E. KLEIMAN, S. SALEH, préc.

¹³⁸¹ J-F. KRIEGK, « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », *LPA*, 2006, n°5, p.6.

609. En matière d'arbitrage, les parties déterminent le délai de la mission arbitrale comme nous avons déjà expliqué¹³⁸². Si ce délai n'est pas fixé par les parties à l'arbitrage, la durée de l'arbitrage ne dure que six mois à compter de l'acceptation par l'arbitre de la mission qui lui a été attribuée¹³⁸³. En raisonnant par analogie, la professeure Laura WEILLER pense que « lorsque les parties ne se sont pas accordées sur les délais procéduraux, c'est à l'arbitre qu'il appartient de les fixer et, à cet égard, l'importance de la consécration d'un principe de célérité par le code ne doit pas être sous-estimée : elle peut en effet fournir à l'arbitre une justification de texte pour contraindre les parties au respect des délais fixés et lui permet également de sanctionner leurs éventuelles manœuvres dilatoires lors de la répartition de la charge des frais en fin de procédure »¹³⁸⁴. Ainsi, les parties respectent généralement leur obligation de célérité telle que consacrée par le CPCF pour éviter de perdre du temps et d'augmenter les charges de l'arbitrage en termes de frais financiers.

610. Par ailleurs, monsieur Yves DERAÏNS affirme que dans le cadre d'une procédure de droit commun « une partie de *common law* qui souhaite faire entendre 20 témoins au cours d'une audience de trois semaines ne manque pas pour cela à son devoir de célérité, alors que ce pourrait être le cas d'une partie de tradition continentale qui prétend avoir besoin de trois jours d'audience »¹³⁸⁵. Si l'on suit cette logique en matière d'arbitrage, en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, les parties ne manqueront pas nécessairement à leur obligation de célérité si elles souhaitent faire entendre de nombreux témoins, mais cela devra être fait dans un délai très courts de la même manière que devant le juge des référés en cas de référé d'heure à heure. Devant les arbitres l'audition des témoins est dans tous les cas plus simples que dans le cadre des procédures judiciaires puisque d'une part « le tribunal arbitral peut auditionner non contradictoirement les témoins ou déléguer l'un des membres du tribunal arbitral à cette fin »¹³⁸⁶, et d'autre part rien n'interdit aux arbitres « d'autoriser l'un des plaideurs à interroger l'adversaire ou un témoin » ce qui permet nécessairement de gagner du temps en réduisant les étapes de la procédure¹³⁸⁷.

¹³⁸² *Supra* : n° 601.

¹³⁸³ Th. CLAY, « Arbitrage - « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage Commentaire article par article (Première partie) », *JDI*, 2012, doct. 4. ; Cass. Civ. 1^{re}, 22 septembre 2010, n° 09-17.410, Bull. I, n° 176. ; L. ADIET, « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 1994, n° 48, doct. 3805. ; J. BÉGUIN, J. ORTSCHIEDT, Ch. SERAGLINI, « Arbitrage - Droit de l'arbitrage », *JCP E*, 2014, n° 7, 1075.

¹³⁸⁴ L. WEILLER, « Les obligations de loyauté... », préc., n°32, p.1. ; En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 1^{re}, 17 novembre 2010, n° 09-12.352, Bull. I, n° 233.

¹³⁸⁵ Y. DERAÏNS, « Les nouveaux principes de procédure... », préc., n° 19, p.98.

¹³⁸⁶ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 42.

¹³⁸⁷ E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne : acteurs... », préc., n° 28 s.

611. La réunion des principes fondamentaux de célérité et de liberté procédurale.

Selon nous, l'association du principe de liberté procédurale au principe de célérité – ces deux principes concernant autant les arbitres que les parties à l'arbitrage – renforce ce dernier de façon à donner une dimension moderne propre à la procédure d'arbitrage, ce qui permet dans le cadre d'une telle procédure d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires avec une rapidité très importante au bénéfice des parties. S'agissant de la durée de l'arbitrage, celle-ci doit nécessairement être limitée par un maximum, ce qui permet de trancher le litige dans le délai déjà fixé par les parties ou par la loi et considéré comme optimum pour laisser aux parties une chance de trouver une issue arbitrale à leur litige. Concernant les mesures provisoires, la combinaison des principes de célérité et de liberté arbitrale rend possible l'obtention des mesures demandées dans un délai similaire au référé heure à heure. Enfin, alors que le respect du principe de célérité est requis devant toutes les juridictions et notamment devant le juge des référés¹³⁸⁸, la liberté procédurale est un principe qui n'a vocation en comparaison à s'appliquer qu'en matière d'arbitrage ce qui permet à la procédure arbitrale de manifester de son intérêt en termes de célérité pour les parties.

§ 2 : La célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires assurée par le respect des droits de la défense

612. Lorsque l'on évoque « les droits de la défense », on « désigne les garanties fondamentales qui assurent aux plaideurs la possibilité de faire valoir leurs droits librement et contradictoirement »¹³⁸⁹. Dans cette définition des droits de la défense, il apparaît que l'importance fondamentale de ces droits réside dans le déroulement de l'instance, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale. Ainsi, les droits de la défense se décomposent notamment dans la liberté de préparation de la défense, l'obligation de motiver les décisions de justice, la loyauté et l'existence d'un système de recours¹³⁹⁰. En droits français et koweïtien, « le droit naturel »¹³⁹¹ de la défense doit toujours être respecté par les juges étatiques de même que par les arbitres¹³⁹².

¹³⁸⁸ Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil, Synth.*, « Arbitrage », 2019., n° 15.

¹³⁸⁹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.426.

¹³⁹⁰ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Hyper Cours Dalloz, *op. cit.*, p.370.

¹³⁹¹ H. MOTULSKY, « le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense », *in* *mél.*, en l'honneur de P. ROUBIER, t. II, Dalloz, 1961.

¹³⁹² L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.260 s. ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et...op. cit.*, p.733 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op. cit.*, p.78 s. ; De même auteur, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.346 s.

Derrière la notion de « droits de la défense » il est exprimé « l'idée qu'il faut assurer et protéger la défense des intérêts des parties »¹³⁹³, que ce soit lors du traitement du fond de l'affaire ou bien lors d'un référé. En effet, dans le cadre des procédures judiciaires et arbitrales qui concernent le fond de l'affaire, les droits de la défense seront généralement bien respectés par les arbitres ou par les juges français et koweïtiens, car le temps long du procès permet de garantir dans une certaine mesure leur respect. Au contraire, en matière de référés judiciaire ou arbitral, la célérité étant impérativement requise des juges des référés ou des arbitres, le risque de méconnaître les droits de la défense augmente inéluctablement, et dans ce cas-là il sera sanctionné.

613. Ainsi, les juges des référés français et koweïtiens doivent respecter obligatoirement les droits de la défense par un mécanisme classique caractérisé par l'appréciation de ces juges et le contrôle des Cours de cassation (**A**). Les arbitres des deux États sont également obligés de respecter ces droits mais par un mécanisme que nous considérons plus moderne : la liberté procédurale (**B**).

A : Le respect des droits de la défense garanti classiquement par l'appréciation du juge des référés et le contrôle de la Cour de cassation

614. En droits français et koweïtien, les droits de la défense seront assurés par l'appréciation des juges des référés (**1**), contrôlée par les Cours de cassation (**2**).

1 : L'appréciation du caractère suffisamment long du délai de la défense

615. En droits français et koweïtien, lorsque le juge des référés cite le défendeur à comparaître, il est nécessaire qu'il lui laisse un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour qu'il puisse préparer sa défense. En effet, « le caractère suffisamment long du délai de

¹³⁹³ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Hyper Cours Dalloz, *op. cit.*, p.354.

défense »¹³⁹⁴, dépend uniquement de l'appréciation totale du juge des référés au regard des circonstances et des faits.

616. La notion de délai raisonnable en droit interne français. Le droit français puise une partie de son droit en matière de délai raisonnable dans le droit. En ce sens, l'article 6 §1 de la CEDH garantit le devoir des juges étatiques de laisser un délai raisonnable entre l'assignation et l'audience. En effet, « la notion de délai raisonnable est indissociable de la mise en place d'une véritable justice, objet d'une attente de plus en plus importante des citoyens. [...] Elle reçoit une justification générale tirée d'un souci de bonne administration de la justice et répond à l'exigence de la reconnaissance d'un droit effectif d'accès à la justice »¹³⁹⁵.

617. Néanmoins, il faut noter que le droit français n'a pas attendu la CEDH pour garantir les droits de la défense en général et le temps suffisant entre l'assignation et l'audience en particulier. Par exemple, les exigences de la loi du 29 juillet 1881 en matière de presse s'imposent aujourd'hui en référé pour la forme de l'assignation et pour le délai de défense¹³⁹⁶. De même, l'article 486 du CPCF prévoit que « le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense ». La jurisprudence et la doctrine françaises réaffirment également que ce principe, c'est-à-dire le délai raisonnable de la défense, trouve obligatoirement à s'appliquer devant les juges des référés¹³⁹⁷. Dès lors, il est à noter que le CPCF les garantissait même avant l'adoption de ladite Convention par le Conseil de l'Europe en 1950¹³⁹⁸. Ainsi, le CPCF ne nie pas l'influence de la CEDH même s'il garantissait antérieurement les droits de la défense, y compris le temps suffisant entre l'assignation et l'audience en vertu de l'article 486 du même code.

618. L'application du délai raisonnable au Koweït. En droit koweïtien, il n'existe pas dans le CPCK de texte similaire à l'article 486 du CPCF. Néanmoins, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes affirment, à l'instar du droit français, que le juge des référés doit

¹³⁹⁴ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 42.

¹³⁹⁵ J-F. KRIEGK, « Le délai raisonnable en droit... », préc., n° 5, p.6.

¹³⁹⁶ VUITTON (X.), *J. Cl. Civil*, synt., « Référés, civils », 2021, n° 23. ; Cass. Civ., 2^{ème}, 7 mai 2002, n° 00-12.510, Bull, II, n° 91 p.73.

¹³⁹⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 9 nov. 2006, n° 06-10.714, Bull, II, n° 311 p.289. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 20 mars 2003, n° 01-03.014, Inédit. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 23 nov. 2004, n° 02-18.410, Inédit. ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.260 s. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 42. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 512 s.

¹³⁹⁸ J.-S. BERGÉ, *J. Cl. Droit international*, Fasc. 572-115, « PROTECTION INTERNATIONALE ET EUROPÉENNE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. – Sources. – Principes. – Contextes de mise en œuvre », 2018, n° 20.

nécessairement laisser un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que le défendeur prépare sa défense¹³⁹⁹. Il s'agit ici selon nous d'un exemple de l'influence du droit européen et plus spécifiquement du droit français sur le droit koweïtien alors que, comme la doctrine tend à le constater au Koweït, le droit koweïtien s'inspire en règle générale des droits français et européens pour élaborer son droit procédural¹⁴⁰⁰.

619. Ainsi, si le délai suffisant de la défense est la seule obligation expressément soumise aux juges des référés français et koweïtiens (que ce soit par un texte en France ou par la jurisprudence au Koweït), comment ces juges peuvent-ils apprécier que ce délai est « raisonnable » et donc suffisamment respecté pour la défense du défendeur ? Autrement dit, comment le juge vérifie-t-il le caractère suffisamment long du délai de la défense ?

620. L'appréciation du délai raisonnable en fonction des circonstances. Dans un arrêt rendu par la Cour européenne¹⁴⁰¹, celle-ci juge que le caractère raisonnable du délai d'une procédure peut s'apprécier conformément aux « circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence »¹⁴⁰². En ce sens, la jurisprudence en France affirme que le juge des référés apprécie librement le caractère suffisamment long du délai de défense¹⁴⁰³. Plus généralement, la doctrine des deux États explique que le délai de la défense, tel qu'apprécié par le juge des référés, sera en réalité déterminé selon la nature du litige, les moyens et les prétentions des parties¹⁴⁰⁴. De plus, le professeur Xavier VUITTON considère en l'espèce que les juges des référés apprécient le caractère suffisamment long du délai de la défense conformément à « l'urgence requise par l'affaire et les contraintes de fait de l'espèce »¹⁴⁰⁵.

621. Les droits de la défense assurés malgré l'absence de l'adversaire. En droits français et koweïtien, les juges des référés doivent ainsi laisser un temps suffisant au défendeur pour que celui-ci prépare sa défense et ce afin de garantir le respect d'un délai raisonnable et donc des droits de la défense. Dans cette hypothèse, on peut alors se demander ce qu'il advient

¹³⁹⁹ TI du K., Chambre des référés /6, 22 décembre 2003, préc. ; TI du K., Chambre des référés /6, 16 décembre 2004, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.412 s. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.91 s.

¹⁴⁰⁰ *Supra* : n° 39.

¹⁴⁰¹ CEDH, 3 février 2009, n° 44807/06, Poelmans c/ Belgique, *JCP G* 2009, n° 16, II, 10070, note N. FRICERO.

¹⁴⁰² J-F. KRIEGK, « Le délai raisonnable en droit... », préc., n° 5, p.6.

¹⁴⁰³ En ce sens : Cass. Civ. 2^{ème}, 20 mars 2003, n° 01-03.014, Inédit. ; Cass. Civ. 1^{re}., 14 novembre 2006, n° 05-15.822, Bull, I, n° 485, p.417.

¹⁴⁰⁴ J-F. KRIEGK, « Le délai raisonnable en droit... », préc., n° 5, p.6. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.413.

¹⁴⁰⁵ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 42.

du délai raisonnable en cas d'absence du défendeur. Même si le défendeur ne comparait pas devant le juge des référés, les droits de la défense sont considérés comme respectés dès lors que celui-ci s'est assuré que le défendeur bénéficié d'un délai raisonnable pour présenter sa défense comme cela est affirmé par la Cour de cassation française et par la doctrine koweïtienne¹⁴⁰⁶. Selon nous, l'objectif est ici de protéger la célérité du procès tout en assurant le respect des droits de la défense même en cas d'absence du défendeur.

622. Si les juges des référés apprécient librement le caractère suffisant du délai de la défense, les cours de cassation en France et au Koweït contrôlent les motifs des décisions rendues par les juges des référés.

2 : Le contrôle de la Cour de cassation

623. En droits français et koweïtien, les décisions des juges des référés sont en principe sous le contrôle de la Cour de cassation¹⁴⁰⁷ En effet, les Hautes juridictions des deux États exercent clairement leur contrôle sur les motifs des ordonnances des juges des référés, dans lesquels le caractère suffisant du délai laissé à la défense doit être mentionné.

624. Le rôle de la Cour de cassation. En France comme au Koweït, lorsque les juges des référés rendent leur ordonnance, ils mentionnent dans les motifs de leurs décisions le caractère suffisant du délai de la défense. C'est par ce mécanisme que la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'appréciation que les juges des référés ont pu faire concernant le caractère suffisant du délai laissé à la défense.

625. France. En droit français, si le juge des référés n'a pas fait mention du délai suffisant laissé à la défense tel que prévu par l'article 486 du CPCF dans les motifs de sa décision, que l'on soit dans le cadre d'une assignation ordinaire ou d'un référé d'heure à heure, l'ordonnance rendu par le juge des référés peut être annulée. En France, il a ainsi été jugé que « manquait de base légale la décision qui se satisfaisait du seul fait que le défendeur avait eu connaissance de l'assignation sans exposer le caractère suffisant du délai dont il avait disposé

¹⁴⁰⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 20 mars 2003, n° 01-03.014, Inédit. ; S. MAHMOD, *Le procès en référé...op. cit.*, p. 59 s.

¹⁴⁰⁷ Sauf en matière prud'homale.

pour se défendre »¹⁴⁰⁸. À cet égard, le professeur Xavier VUITTON estime que le contrôle de la Cour de cassation est « d'autant plus nécessaire que cette question met directement en jeu l'exercice des droits de la défense et de la contradiction, qui ne sauraient être négligés même en matière de référé »¹⁴⁰⁹. Cependant, il faut noter que si le juge des référés ne fait pas figurer le caractère suffisant du délai du droit de la défense dans son ordonnance, le sort de l'ordonnance ne sera pas nécessairement la nullité. En effet, la doctrine française estime que l'article 486 du CPCF n'exige pas cette mention¹⁴¹⁰. Dans cette hypothèse, l'ordonnance du juge des référés sera donc annulée, si et seulement s'il existe une contestation relative à la mention en question car le juge des référés n'a effectivement pas respecté le caractère suffisant du délai du droit de la défense¹⁴¹¹.

626. Koweït. En droit koweïtien, la Cour de cassation exerce également le contrôle sur les motifs des décisions du juge des référés¹⁴¹². En ce sens, la doctrine koweïtienne estime que le contrôle de la Cour de cassation aboutit à protéger l'intérêt des parties puisque la Haute juridiction vérifie que les droits de la défense ont bien été respectés de manière générale, et plus spécifiquement assure le respect du principe du contradictoire¹⁴¹³. L'article 115 alinéa 2 du CPCCK ne mentionne pas expressément la nécessité de faire figurer la mention du respect du délai suffisant dans l'ordonnance du juge des référés. Néanmoins, la doctrine interprète cet article comme impliquant implicitement cette obligation¹⁴¹⁴. Or celle-ci n'explique pas, par ailleurs, quel serait le sort de l'ordonnance rendu par le juge des référés qui ne ferait pas mention d'un délai suffisant laissé à la défense. La doctrine koweïtienne se contente de préciser de manière générale que les juridictions étatiques ne sont pas obligées de mentionner les causes légales, elles peuvent ainsi ne mentionner que les faits dans les décisions¹⁴¹⁵. En pratique, la jurisprudence fait application de l'obligation de mentionner le caractère suffisant du délai de la défense. Nous pensons ainsi que la sanction serait la même qu'en France en cas de non-respect de cette obligation, c'est-à-dire une annulation de l'ordonnance du juge des référés si l'obligation en question n'a pas été respectée et que le défendeur a contesté l'ordonnance sur

¹⁴⁰⁸ Arrêt cité par : X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référé. – Instance... », préc., n° 42.

¹⁴⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁴¹⁰ R. PERROT, « Délai de comparution, Procédures », n° 1, 2007, comm. 7. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référé. – Instance... », préc., n° 43.

¹⁴¹¹ J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunaux du commerce... », préc., n° 90 s.

¹⁴¹² Cass. Civ. K., 7 février 2000, n° 192/1999. ; Cass. Com. K., 22 mai 2004, n° 243/2003. ; Cass. Civ. K., 2 décembre 2000, n° 64/2000. ; Cass. Civ. K., 26 juin 1999, n° 220/1998.

¹⁴¹³ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.693 et 694.

¹⁴¹⁴ L'art. 115 al. 2 prévoit que « la décision doit comporter les motifs selon lesquels cette décision est prononcée ».

¹⁴¹⁵ A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...t. II, op cit.*, p.694.

ce point. En cas d'absence de contestation liée au caractère suffisant du délai de la défense et si le juge des référés a bien respecté ce droit de la défense, l'ordonnance ne sera pas annulée car le grief ne concerne dans ce cas que l'intérêt privé de l'adversaire¹⁴¹⁶.

627. Par conséquent, si le juge des référés, qu'il soit français ou koweïtien, ne respecte pas les droits de la défense en ne laissant pas un temps suffisant à l'adversaire pour préparer sa défense, et si ce dernier conteste sur ce point l'ordonnance rendu par le juge des référés, la Cour de cassation, dans les deux États garantira le respect d'un délai suffisant en annulant ladite ordonnance.

628. En droits français et koweïtien, la garantie du juge des référés concernant les droits de la défense en général et le délai de comparution plus spécifiquement, est opérée par des mécanismes classiques : une appréciation relevant du juge des référés suivie le cas échéant d'un contrôle juridictionnel. En matière de référé arbitral, les délais de comparution seront assurés par un mécanisme que nous estimons plus moderne : la liberté procédurale.

B : Le respect des droits de la défense garanti par le mécanisme moderne de la liberté procédurale

629. En droits français et koweïtien, les arbitres, à l'instar des juges des référés, sont également obligés de respecter les droits de la défense tout au long de leur mission. Toutefois, il faut noter que les arbitres sont obligés de les respecter mais pas nécessairement par le biais des mécanismes réservés aux juges des référés. Le respect par les arbitres des droits de la défense est, selon nous, mis en œuvre dans le cadre de l'arbitrage grâce à une pratique plus souple que celle des juges étatiques. Ainsi, nous allons d'abord expliquer le mécanisme selon lequel les arbitres respectent les droits de la défense liés aux délais de comparution en matière de référé (1). Ensuite, nous aborderons également les limites opposées aux arbitres afin que ceux-ci soient contraints de respecter les droits de la défense même lorsque les délais sont courts (2).

¹⁴¹⁶ En ce sens : W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de...op. cit.*, p.427.

1 : La liberté procédurale de l'arbitrage assurant le respect des droits de la défense

630. Les libertés procédurales prévues aux articles 1464 du CPCF et 182 du CPCCK guident les arbitres français et koweïtiens, d'une part en leur permettant de bénéficier de délais similaires à ceux existant devant les juges des référés comme nous l'avons vu¹⁴¹⁷, et d'autre part en garantissant le respect des droits de la défense par le biais d'une pratique arbitrale efficace, rapide et moderne.

631. Des règles arbitrales simples et rapides. Les doctrines française et koweïtienne s'accordent à considérer que la justice arbitrale est plus rapide que la justice de l'État. En effet, les tribunaux arbitraux bénéficient d'une souplesse qui n'existe pas devant les tribunaux étatiques. Les articles 1464 du CPCF et 182 du CPCCK confèrent clairement aux arbitres une liberté étendue pour juger les affaires qui sont portées devant eux. Cette liberté accrue concerne toutes les procédures qui ont lieu devant l'arbitre ainsi que tous les actes réalisés durant la procédure arbitrale quelle qu'elle soit, y compris les notifications et les modalités d'assignation. La liberté arbitrale concerne ainsi l'ensemble de la mission arbitrale et plus précisément les mesures provisoires et/ou conservatoires. Dans tous les pays du monde, lorsque des individus recourent à l'arbitrage, c'est généralement parce qu'ils souhaitent remplir deux objectifs substantiels à ce type de procédure : la célérité et la facilité. La souplesse des règles applicables aux arbitres, contrairement aux règles classiques et habituellement strictes imposées aux juges des référés, l'absence de délais spécifiques imposés aux arbitres et aux parties dans le cadre des procédures arbitrales ou encore l'existence d'un principe affirmé de célérité, garantissent les principes directeurs du procès en facilitant l'obtention rapide de mesures provisoires et/ou conservatoires. En l'espèce et selon nous, la liberté procédurale arbitrale n'est pas un inconvénient mais un avantage, car elle guide les parties et les arbitres en leur permettant de choisir les procédures les plus simples et les plus rapides. De plus, si les parties omettent de fixer des règles pour encadrer leur litige, les arbitres seront obligés de fixer eux-mêmes des règles mais ils pourront le faire en choisissant de valoriser l'impératif de célérité au bénéfice des parties. Par conséquent, la question qui se pose est celle de savoir si ladite liberté aide les arbitres français et koweïtiens à garantir les droits de la défense et plus spécifiquement à garantir le respect de délais de comparution en matière de mesures provisoires et conservatoires, d'une manière plus rapide, et plus moderne que le juge des référés. Pour y répondre, nous allons

¹⁴¹⁷ *Supra* : n° 597.

distinguer les procédures arbitrales et judiciaires concernant les lieux de l'audience et la communication des pièces.

632. Lieu de l'audience et communication des pièces devant les juges des référés français et koweïtiens. En droits français et koweïtien, les arbitres peuvent être plus rapides et plus efficaces que les juges des référés pour garantir les droits de la défense et notamment assurer le respect d'un temps suffisant au niveau des délais de comparution ou de l'assignation en général.

633. Concernant le lieu dans lequel se situent les audiences des juges des référés, il s'agit traditionnellement en France comme au Koweït des tribunaux de l'État¹⁴¹⁸. Cependant, peut-on dire pour autant que les juges des référés ont la possibilité de tenir une audience foraine ? En droit français, le professeur Nicolas CAYROL pense que « le juge des référés peut décider, au titre des mesures d'instruction, de se déplacer sur les lieux ; mais il n'est pas prévu qu'il y tienne audience »¹⁴¹⁹. En effet, avant le décret numéro 2012-66 du 20 janvier 2012, l'article 485 alinéa 2 prévoyait que « le juge peut permettre d'assigner [...] à son domicile portes ouvertes ». Or, cet article a été abrogé par ledit décret. En droit koweïtien, l'audience doit nécessairement et toujours se situer dans les tribunaux de l'État¹⁴²⁰. Par conséquent, en droits communs français et koweïtien, et dans les deux types d'assignation devant les juges des référés, le déplacement physique des parties d'un procès est habituellement et en principe nécessaire pour garantir le respect des droits de la défense et plus spécifiquement du contradictoire¹⁴²¹. Il est vrai qu'en cas de référé ordinaire ou d'heure à heure, l'absence de défendeur ne fait généralement pas obstacle à la décision du juge des référés français ou koweïtien¹⁴²². Cependant, l'assignation physique des parties d'un litige dans les audiences reste la règle générale dans les tribunaux étatiques français et koweïtiens.

¹⁴¹⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 515. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. II, *op cit.*, p.411 S.

¹⁴¹⁹ *Ibidem*.

¹⁴²⁰ M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...**op. cit.*, p.85. ; N. ISMAIL, *Les origines des procédures civiles et commerciales : L'organisation judiciaire – La compétence judiciaire*, 1^{re} éd., Monshaat Almaaef, 1986, p.110.

¹⁴²¹ À cet égard : É. De LEIRIS, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Communication électronique, novembre 2018. ; W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de...**op. cit.*, p.222.

¹⁴²² X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 43. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...**op. cit.*, p.103.

634. S'agissant de la communication des pièces en droits communs français et koweïtien, le déplacement physique des parties d'un litige devant le juge des référés est « en règle générale » nécessaire. En France, le législateur a codifié le 7 avril 2009 les règles relatives à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance¹⁴²³. Selon la doctrine française, cet arrêté concerne le tribunal de grande instance, y compris les procédures des référés civils et commerciaux même s'il ne le précise pas expressément¹⁴²⁴. Cependant, il faut noter que la communication électronique des pièces est facultative, c'est-à-dire que le consentement des parties à cette forme de communication doit être express¹⁴²⁵. Ainsi, en cas d'absence d'accord entre les parties sur ce point, le déplacement sera obligatoire pour l'échange des prétentions ou pour les notifications¹⁴²⁶. En l'espèce, nous pensons que le consentement du demandeur est théoriquement plus facile à obtenir que celui du défendeur. En effet, nous estimons que le consentement du défendeur à la communication électronique des pièces est plus délicat¹⁴²⁷. En tout état de cause, s'il l'une des parties refuse la communication électronique des pièces le juge des référés est obligé de garantir le respect des droits de la défense de manière traditionnelle, avec présence physique des parties, en s'assurant du respect obligatoire du délai raisonnable de la défense comme nous l'avons déjà vu¹⁴²⁸. Dans le cas inverse, si les parties acceptent la communication électronique des pièces, le respect des droits de la défense devra également être assuré, mais la forme électronique des échanges permettra en règle générale plus

¹⁴²³ L'Arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance.

¹⁴²⁴ É. DE LEIRIS, « Communication électronique », préc., n° 78.

¹⁴²⁵ Tel qu'il est prévu à l'art. 485 du CPCF. En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 2^{ème}., 1 mars 2018, n° 16-25.462, Bull. II, n° 38.

¹⁴²⁶ Par exemple : les arts. 648 et 56 du CPCF. V. aussi : X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référés. – Instance... », préc., n° 39.

¹⁴²⁷ Le consentement du défendeur à la communication des pièces est plus délicat pour deux raisons. D'une part, il n'existe pas de forme prévue par l'article 748-2 du CPCF qui exige le consentement du défendeur. Ainsi, si le délai laissé au défendeur n'est pas suffisant pour préparer sa défense ou que celui lui cause un grief, il pourrait affirmer que son consentement est vicié. L'absence de consentement ne conduit pas à la nullité de la procédure, en l'absence de grief. Or, la Cour de cassation française a jugé que « l'irrégularité de la notification préalable à avocat est un vice de forme qui n'entraîne la nullité de la signification destinée à la partie que sur justification d'un grief ». Selon la doctrine française, cet arrêt « paraît confirmer que le défaut de consentement constitue un vice de forme touchant à une formalité substantielle susceptible d'entraîner l'annulation d'un acte malgré l'absence de texte le prévoyant, pour autant qu'un grief soit démontré ». Par conséquent, si le délai de la défense est trop court, le défendeur pourrait gagner du temps en invoquant l'absence ou le vice de son consentement. D'autre part, la seconde raison est liée à la première : de quel consentement entre les parties devant le juge des référés parlons-nous ? Il est vrai qu'après la naissance du litige, chaque partie voudra obtenir le temps nécessaire à la préparation de sa défense dans l'objectif de gagner le procès. Dans cette hypothèse, nous ne sommes pas devant l'arbitre, dans le cadre de clause compromissoire notamment, où le litige n'existe pas encore entre les parties. Il s'agit de la situation où nous nous trouvons devant le juge étatique qui traite un litige déjà né entre les parties. En ce sens : Cass. Civ. 2^{ème}., 16 mai 2013, n° 12-19.086, Inédit. ; É. DE LEIRIS, « Communication électronique », préc., n° 52.

¹⁴²⁸ *Supra* : n° 615.

de souplesse et de facilité pour la communication des pièces. Dans ce cas, on se rapprochera ainsi de la fluidité que permet l'arbitrage.

635. En droit koweïtien, le déplacement physique des parties devant le juge des référés pour la communication des pièces orales ou écrites est obligatoire¹⁴²⁹. Ainsi, si le juge des référés cause un grief au défendeur par son délai court, ce dernier peut demander une prorogation de délai pour préparer sa défense ou une annulation de la procédure¹⁴³⁰.

636. Lieu de l'audience et communication des pièces devant les arbitres. Concernant les référés arbitraux français et koweïtiens, le principe des droits de la défense lié aux délais de comparution sera respecté avec plus de simplicité, de modernité et d'efficacité devant l'arbitre que devant le juge de l'État.

Dans les deux États, « le respect du délai raisonnable n'est pas exigé hors de la procédure étatique, ainsi en matière d'arbitrage : les arbitres n'étant tenus que d'une obligation de moyens »¹⁴³¹. Par ailleurs, selon les doctrines française et koweïtienne, toutes les procédures arbitrales peuvent être dématérialisées¹⁴³². La communication des pièces ou des prétentions ainsi que la procédure de notification ne seront donc pas effectuées de la même manière que devant les juges étatiques. De plus, les arbitres français et koweïtiens et les parties à l'arbitrage peuvent gagner du temps grâce à l'évitement des déplacements puisque rien n'empêche les arbitres de siéger par une « visio-audition »¹⁴³³.

637. Ainsi, si les juges des référés français et koweïtiens garantissent classiquement le respect des droits de la défense par leur appréciation souveraine des délais de comparution, les arbitres français et koweïtiens garantissent le respect desdits droits par une appréciation libérale et moderne leur laissant une marge de manœuvre importante pour déterminer les délais et les procédures. À cet égard, il résulte en France et au Koweït de ces procédures arbitrales dématérialisées et de l'absence de l'obligation de respecter la contrainte du délai raisonnable par l'arbitre, un avantage fondamental pour la procédure d'arbitrage dans le cadre de laquelle le respect des droits de la défense sera tout de même assuré mais avec davantage de souplesse.

¹⁴²⁹ En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures civiles...*t. II, *op cit.*, p.401 s.

¹⁴³⁰ S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.88 s.

¹⁴³¹ J-F. KRIEGK, « Le délai raisonnable en droit... », préc., n° 5, p.6. ; En ce sens v. aussi : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.320 s.

¹⁴³² Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil, Synt.*, « Arbitrage », préc., n° 17. ; L'art. 182 du CPCK.

¹⁴³³ L. WEILLER, « Covid-19 - L'influence de la crise sanitaire sur les procédures arbitrales », *Procédures*, 2020, n° 6, étude 18. ; En ce sens v. également : A. ALREMH, *L'arbitrage dans les États du Golfe Arabe*, Koweït, 2013, p.237 s.

En effet, grâce au principe de célérité, l'arbitre est de fait amené à assurer le respect d'un délai raisonnable mais ce délai raisonnable est interprété de manière différente dans le cadre de l'arbitrage, incluant selon nous au bénéfice des parties, toute la liberté et la modernité dans les modalités de communication au niveau échanges des parties. Les parties ont ainsi la possibilité d'échanger leurs prétentions par courriels, fax ou même par sms¹⁴³⁴, sans avoir besoin de se déplacer en personne. Cette liberté et cette modernité dans la forme que prend la communication entre les parties est intéressante pour les parties, selon nous, même lorsqu'il existe un cas d'urgence et lorsque les délais sont réduits car le défendeur n'aura pas besoin de beaucoup de temps pour préparer sa défense n'ayant pas besoin de se déplacer en personne lors des audiences et pour présenter sa défense. Par ailleurs, les parties ne sont pas obligées de respecter les heures de communication ou de notification habituellement prévues dans la procédure classique se déroulant devant le juge des référés¹⁴³⁵. Devant les arbitres, rien n'empêche les parties de communiquer leurs prétentions en dehors des heures habituelles obligatoires devant les juges des référés français ou koweïtiens.

638. Procédures arbitrales et Covid 19. L'obligation imposée aux arbitres de respecter les droits de la défense en matière des mesures provisoires et/ou conservatoires nous conduit à poser une question fondamentale : la liberté procédurale arbitrale peut-elle permettre de terminer le processus d'un litige dans le cadre des pandémies telle que la pandémie liée au Covid 19 ?

639. En droits français et koweïtien, les procédures sur pièces arbitrales peuvent permettre de surmonter les problèmes liés à une crise sanitaire concernant le déroulement et la fin de l'instance arbitrale. En France, selon la professeure Laura WEILLER, dans le cas où une « partie récalcitrante refuserait de participer à l'instance arbitrale, l'efficacité de la convention d'arbitrage paraît néanmoins susceptible d'être assurée. Le tribunal arbitral est en effet autorisé à rendre une sentence par défaut ou réputée contradictoire, possibilité non expressément envisagée par le Code de procédure civile mais prévue par certains règlements d'arbitrage. Le tribunal arbitral doit alors, comme le ferait un juge étatique dans le cadre d'une procédure par défaut de l'article 472 du CPC, [...]. Le tribunal arbitral doit en outre assurer le respect du principe de la contradiction en invitant le défendeur défaillant à participer à chaque étape de la

¹⁴³⁴ Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil, Synth.*, « Arbitrage », préc., n° 17. ; T. DOWEDAR, *Les garanties d'accès à la justice en procès arbitral*, Dar Aljameha Aljadid, 2009, p.27. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.394.

¹⁴³⁵ Par exemple c'est le cas dans le cadre des référés ordinaires prévus aux arts. 485 du CPCF et 48 du CPCK.

procédure, le cas échéant de façon dématérialisée »¹⁴³⁶. Ainsi, après le déroulement électronique de l'instance arbitrale, la sentence ou l'ordonnance seront électroniquement prononcées conformément à loi numéro 2019-222 du 23 mars 2019¹⁴³⁷.

640. En droit koweïtien, il n'existe pas de texte législatif concernant les procédures et les décisions arbitrales électroniques. Ainsi, le déroulement de l'instance arbitrale peut être dématérialisé selon les règles générales que nous avons déjà expliquées¹⁴³⁸. Cependant, selon l'article 183 alinéa 1 du CPCK, « la décision arbitrale sera valable après avoir été signée et écrite »¹⁴³⁹. Conformément à la doctrine koweïtienne qui interprète ledit article, le législateur utilise l'expression « valable » pour insister uniquement sur l'existence de la décision¹⁴⁴⁰. Ainsi, rien n'empêche que la décision soit écrite de manière traditionnelle, c'est-à-dire « à la main », ou bien qu'elle soit plutôt écrite électroniquement par voie informatique comme cela peut être le cas en France. De même, il semble que la signature puisse être aussi bien manuscrite qu'électronique.

641. La liberté laissée aux arbitres et aux parties à l'arbitrage n'est pas absolue dans le droit français et koweïtien. Les deux droits imposent des limites qui doivent être respectées.

2 : Les limites soumises aux arbitres et aux stipulations des parties à l'arbitrage

642. En droits communs français et koweïtien, le juge des référés est tenu de respecter les délais de comparution établis par les CPC français et koweïtien, comme nous l'avons déjà expliqué. Les droits de la défense sont respectés lorsque le juge des référés apprécie le caractère suffisamment raisonnable des délais et lorsque la Cour de cassation contrôle les motivations de ce juge. En matière de référé arbitral français et koweïtien, la solution est en apparence similaire, c'est-à-dire que l'arbitre est tenu comme le juge de respecter la célérité des procédures en prenant en compte les droits de défense par son propre mécanisme. Cependant, la célérité

¹⁴³⁶ L. WEILLER, « Covid-19 - L'influence de la crise sanitaire ... », préc. ; De même, le professeur Yves STRICKLER pense que « la période de pandémie liée à la Covid 19 a permis de dématérialiser et de déployer les procédures [arbitrales] via l'Internet ». Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil, Synth.*, « Arbitrage », préc., n° 17.

¹⁴³⁷ L'art. Art. 4-2 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 prévoit que « la sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties ».

¹⁴³⁸ *Supra* : n° 597 et 631.

¹⁴³⁹

تنص المادة ١٨٣ فقرة ١ على انه " يصدر الحكم بعد ان يتم كتابته والتصديق عليه".

¹⁴⁴⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.432 et 433.

des procédures arbitrales peut être ralentie par les principes directeurs du procès prévus aux CPC français et koweïtiens, comme les principes du contradictoire, d'égalité des parties ou d'impartialité des arbitres¹⁴⁴¹. Or, dans le cadre de l'assignation ou de l'échange des pièces devant les arbitres, la limite qu'il convient plus spécifiquement de mettre en lumière est celle du principe du contradictoire.

643. Le principe du contradictoire. En droits français et koweïtien, même si les procédures sont simplifiées en matière de référé arbitral, alors que l'assignation physique devant les arbitres n'est pas obligatoire concernant l'audience ou la communication de pièces, les arbitres des deux États respectent toujours les principes directeurs du procès et notamment le principe du contradictoire¹⁴⁴². En effet, lorsqu'un arbitre français ou koweïtien cite le défendeur à comparaître devant lui dans un délai très court mais suffisant pour qu'il puisse préparer sa défense, on considérera que le principe du contradictoire sera garanti au stade des procédures sur pièces, dès lors que les prétentions ont déjà été échangées entre les parties¹⁴⁴³. À cet égard, il a été jugé par la cour d'appel de Paris que « lorsqu'une sentence arbitrale vise ou analyse des demandes ou conclusions, il doit être présumé qu'elles ont été régulièrement versées aux débats »¹⁴⁴⁴. De même, la doctrine koweïtienne considère que le principe du contradictoire est toujours établi sauf à ce que l'une des parties en rapporte la preuve contraire¹⁴⁴⁵. Ainsi, si le défendeur n'assigne pas devant l'arbitre mais qu'il présente sa défense par voie électronique, celle-ci ayant bien été transférée également à l'adversaire, l'arbitre peut prononcer les mesures demandées malgré cette absence à l'audience et sans déroger audit principe¹⁴⁴⁶. Dans cette hypothèse, la doctrine en France comme au Koweït estime que l'arbitre a donc bien respecté le principe du contradictoire puisque les prétentions du demandeur et du défendeur ont bien été

¹⁴⁴¹ En France, l'art. 1464 du CPCF prévoit que « sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 ». Alors qu'en droit koweïtien, il n'existe que l'art. 182 du CPCF qui prévoit que la décision arbitrale doit être conforme aux règles d'ordre public. La doctrine koweïtienne affirme que l'ordre public englobe les principes directeurs du procès qui sont toujours applicables en matière d'arbitrage comme en France. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.341 et 349.

¹⁴⁴² Le législateur français rappelle à l'article 1510 (respect par l'arbitre) et aux articles 14 à 17 (respect par le juge étatique) du CPCF de la nécessité de respecter cette règle. S'agissant du droit koweïtien, le législateur rappelle tout au long du Code de procédure civile et notamment aux articles 6, 45, 58 alinéa 2, 143 du CPCF l'obligation par le juge de respecter le principe du contradictoire.

¹⁴⁴³ En ce sens : Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil, Synth.*, « Arbitrage », préc., n° 17. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.349.

¹⁴⁴⁴ CA Paris, 24 avril 1980, *Rev. arb.*, 1981, p176, note Ph. Le POITTEVIN.

¹⁴⁴⁵ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. II, op. cit.*, p.375 s.

¹⁴⁴⁶ L. WEILLER, « Covid-19 – L'influence de la crise sanitaire ... », préc.

simultanément envisagées par les deux parties à l'arbitrage¹⁴⁴⁷. Selon nous, l'objectif du principe du contradictoire est l'échange des prétentions entre les parties d'un litige, peu importe que la communication entre les parties se fasse en pratique d'une manière ou d'une autre.

644. La limite des stipulations des parties. En droits français et koweïtien, comme l'arbitre est tenu de respecter le principe du contradictoire même en cas d'absence de l'une des parties, les parties à l'arbitrage sont également obligées de respecter ce principe. Ainsi, les parties pourront déterminer librement des modalités spécifiques pour mettre en œuvre la procédure arbitrale, mais si l'une des parties stipule dans la convention d'arbitrage que la procédure sera « écrite ou électronique », cette stipulation ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte aux principes directeurs de procès et notamment au principe du contradictoire. En l'espèce, selon la jurisprudence française et les doctrines française et koweïtienne, une seule condition doit être remplie pour apporter la preuve du non-respect de ce principe¹⁴⁴⁸ : l'existence d'un grief subi par l'une des parties. Par conséquent, la jurisprudence française et la doctrine des deux États réaffirment aussi qu'en cas d'un grief subi par l'une des parties du fait du non-respect du contradictoire, la décision arbitrale sera inéluctablement annulée¹⁴⁴⁹. Ce respect du principe du contradictoire par l'ensemble des acteurs du litige a vocation à s'appliquer également plus spécifiquement dans le cadre des demandes de mesures provisoires et/ou conservatoire.

645. Nous pouvons ainsi dire que le contrôle effectué par les arbitres eux-mêmes sur leurs propres décisions concernant le respect des droits de la défense et le principe du contradictoire dans le cadre de l'assignation et de la communication des pièces est systématique et s'opère de manière naturelle en toute logique. Si l'auto-contrôle de l'arbitre sur ses propres décisions ne suffit pas à assurer le respect des droits de la défense et du contradictoire, le sort

¹⁴⁴⁷ Y. STRICKLER, *J. Cl. Civil, Synth.*, « Arbitrage », préc., n° 17. ; É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 17. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.366 s. ; A. MOUSA, *Les garanties du procès dans ...op. cit.*, p.425 s.

¹⁴⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Rev. arb.*, 1989, p.481, obs. Ch. JARROSSON. ; É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 18. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. II, op. cit.*, p.375.

¹⁴⁴⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 25 mars 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 267, note J. G. BETTO. ; CA Paris, 28 avril 1988, *Rev. arb.*, 1989, p.164, note L. IDOT. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.393 s. ; É. LOQUIN, « De l'obligation faite aux arbitres de soumettre tout argument de fait ou de droit relevé d'office par lui à la discussion des parties », *RTD com.*, 1996, p.445. ; S. GUINSHARD, « L'arbitre et le respect du principe du contradictoire », *Rev. arb.*, 1997, p.192. ; C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction, l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010, p.3. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.366 s. ; A. MOUSA, *Les garanties du procès dans ...op. cit.*, p.425 s. ; En ce sens v. aussi : W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de...op. cit.*, p.328.

de la procédure ou de la décision peut être l'annulation. En effet, la décision arbitrale contraire aux droits de la défense ou au contradictoire peut être annulée en cas de grief par le juge de l'annulation. Nous avons vu que le référé arbitral français et koweïtien présente plusieurs avantages qui lui permettent d'être une procédure simple et rapide au minimum aussi efficace que la procédure de référé judiciaire voire parfois plus avantageuse que cette dernière. Néanmoins, l'arbitrage dans les deux pays souffre de plusieurs obstacles tels que la difficulté de la constitution du tribunal arbitral ou encore l'obstacle conjoncturel de la personnalité de l'arbitre.

Section 2 : La constitution du tribunal arbitral et la personnalité de l'arbitre, des obstacles à la célérité de l'arbitrage

646. En matière de mesures provisoires et/ou conservatoires françaises et koweïtiennes, les arbitres peuvent être rapides et efficaces comme les juges de l'État. Toutefois, cette rapidité et cette efficacité peuvent être limitées à cause de plusieurs obstacles dans l'arbitrage. En France comme au Koweït, les arbitres sont confrontés aux obstacles liés à la fois à la structure du tribunal arbitral et à la conjoncture qui peut mettre l'arbitre en difficulté (§ 1). Ainsi, lesdits obstacles peuvent ralentir l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires de l'arbitre. Or, le juge de l'État français ou koweïtien peut intervenir pour régler plusieurs difficultés liées à l'arbitrage (§ 2).

§ 1 : Les obstacles structurel et conjoncturel dans l'arbitrage

647. L'arbitre, contrairement au juge, est parfois confronté à des obstacles pouvant ralentir le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires. Ces obstacles peuvent être liés tant à la structure de l'arbitrage (A) qu'aux arbitres eux-mêmes (B).

A : L'obstacle structurel : la difficile constitution du tribunal arbitral

648. Plusieurs questions se posent face à la réalisation de la constitution du tribunal arbitral. Qu'entend-t-on par la notion de constitution du tribunal arbitral ? Pourquoi cette constitution peut-elle s'avérer constituer un obstacle dans l'arbitrage ? Comment les tribunaux arbitraux procèdent-ils à cette constitution ? Et quel est le moment de la constitution du tribunal arbitral ?

649. Dans le cadre des référés arbitraux, les réponses à ces interrogations qui renvoient directement à la structure conventionnelle de l'arbitrage influent directement sur la question de la célérité dans l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien. Le mécanisme de constitution du tribunal arbitral suppose d'une part un caractère éphémère de ce tribunal (1), et d'autre part une acceptation par les arbitres de leurs missions (2). Ainsi, en cas de conflit entre les volontés des arbitres et des parties, ou entre les volontés contradictoires des parties elles-mêmes, il peut arriver que le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires soit ralenti dans l'arbitrage français et koweïtien.

1 : Le caractère éphémère du tribunal arbitral

650. Le tribunal arbitral n'est ni en France ni au Koweït un tribunal permanent¹⁴⁵⁰. « Les arbitres sont une forme de juges élus, élus par les parties pour une tâche éphémère »¹⁴⁵¹. Ainsi, cela suppose que les parties créent ce tribunal par leur convention. Le caractère éphémère du tribunal arbitral oblige à se reposer à chaque mission arbitrale les questions liées à la composition du tribunal et notamment les questions de l'imparité du tribunal et à la nomination des arbitres.

651. La question de l'imparité du tribunal arbitral. En France, l'article 1451 du CPCF prévoit que « le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair ». Au Koweït, l'article 174 alinéa 2 du CPCK prévoit également que « s'il existe plusieurs arbitres, il faut qu'ils soient un nombre impair [...] ». Ainsi, les textes en France comme au Koweït imposent une règle d'imparité pour que la constitution du tribunal arbitral soit valide. L'avantage de l'imparité des arbitres est que lorsque « les arbitres n'arrivent pas à trouver un accord entre eux sur le sens du délibéré, grâce à l'imparité une solution pourra être

¹⁴⁵⁰ L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *op. cit.*, p.478. ; S. MAHMOD, « Le pouvoir d'arbitre... », préc.

¹⁴⁵¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.300.

dégagée à la majorité »¹⁴⁵². La règle de l'imparité n'a pas toujours existé en France puisqu'auparavant le tribunal arbitral était constitué d'un nombre pair d'arbitres. Cette ancienne règle de la parité a été supprimée en France par le décret du 14 mai 1980¹⁴⁵³ au bénéfice de la règle actuelle d'imparité. En droit koweïtien, la règle d'imparité a été mise en place dès l'existence du CPCK en 1960¹⁴⁵⁴ et a perduré jusqu'au décret numéro 38 de l'année 1980¹⁴⁵⁵. Selon nous, la solution de l'imparité des arbitres a été choisie au Koweït pour la même raison qu'en France, c'est-à-dire pour éviter les conflits de volontés entre les arbitres et pour dégager efficacement une décision arbitrale grâce à la constitution d'une majorité d'arbitres. Cependant, la règle de l'imparité n'est pas absolue puisque la doctrine française estime que dans l'hypothèse où les parties à l'arbitrage choisissent un nombre pair d'arbitres dans leur convention, cette dernière ne sera ni nulle ni inefficace¹⁴⁵⁶. En effet, un mécanisme complémentaire a été mis en place en cas de non-respect de l'imparité. Si les parties ont prévu dans la convention d'arbitrage un nombre pair d'arbitres, ces derniers devront alors nommer un arbitre en plus pour permettre une composition impaire du tribunal arbitral. Ce mécanisme complémentaire permettra ainsi d'assurer l'avancée de la procédure arbitrale alors que le tribunal arbitral doit rester éphémère.

652. La question de la nomination des arbitres. En France comme au Koweït, l'une des conditions de la convention d'arbitrage est la désignation d'un arbitre comme nous l'avons déjà vu¹⁴⁵⁷. Il existe dans les deux États deux manières de mettre en œuvre la désignation des arbitres. Premièrement, les parties peuvent nommer elles-mêmes directement l'arbitre pour qu'il tranche leur litige, donc pour qu'il puisse ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires¹⁴⁵⁸. Cette première manière de désigner le ou les arbitre(s) intervient souvent dans le cadre d'un compromis, lorsque le litige est déjà né¹⁴⁵⁹. La deuxième manière qui permet de désigner les arbitres est celle selon laquelle les parties prévoient dans leur convention les

¹⁴⁵² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.296. En ce sens : Cass. Civ. 2^{ème}, 21 novembre 2002, n° 00-22.864, inédit.

¹⁴⁵³ L'art. 1017 et 1018 du l'ancien CPCF.

¹⁴⁵⁴ Y. GHANEM, *op. cit.*, p.41.

¹⁴⁵⁵ L'art. 174 al. 2 du CPCK prévoit également que « s'il existe plusieurs arbitres, il faut qu'ils soient un nombre impair [...] »

¹⁴⁵⁶ E. LOQUIN, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 91. ; V. aussi en ce sens : l'art. 1451 du CPCF.

¹⁴⁵⁷ *Supra* : n° 243.

¹⁴⁵⁸ J.-P. GRANDJEAN, C. FOUCHARD, « Le choix de l'arbitre - Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », Cah. dr. entr., 2012, n° 4, dossier 21. ; En ce sens v. aussi : A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.209.

¹⁴⁵⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.300.

modalités de désignation de l'arbitre¹⁴⁶⁰. Cette seconde solution intervient plutôt dans le cadre des clauses compromissoires, lorsque le litige n'est pas encore né.

En droits français et koweïtien et de manière générale, s'il s'agit d'un arbitre unique le principe est que les parties à l'arbitrage s'accordent librement sur le choix de cet arbitre. Dans l'hypothèse de plusieurs arbitres, par exemple trois arbitres, la solution en droits français et koweïtien est différente. En France, chaque partie choisit un arbitre et les deux arbitres ainsi désignés choisissent eux-mêmes le troisième¹⁴⁶¹. Si les arbitres ne désignent pas dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation le troisième arbitre, le juge d'appui intervient pour le désigner sur le fondement de l'article 1459 du CPCF.

Au Koweït, les deux arbitres n'ont pas le droit de choisir le troisième contrairement au droit français, mais il revient au juge de l'État de procéder directement à la désignation de l'arbitre supplémentaire comme nous allons le voir ultérieurement¹⁴⁶². À cet égard, il a été jugé par la Cour de cassation française que « la désignation de chaque arbitre n'est pas un acte unilatéral [...], [mais elle] procède de la volonté commune des parties »¹⁴⁶³. De son côté, la doctrine koweïtienne a repris le contenu de cet arrêt français, affirmant cette solution de la volonté commune des parties¹⁴⁶⁴.

653. Le cas d'un désaccord ralentissant l'obtention des mesures provisoires. Une question importante peut naître concernant les questions de l'imparité et de la nomination des arbitres : celle d'un désaccord entre les parties et l'arbitre ou bien d'un désaccord des parties entre elles. Quelles sont alors les difficultés découlant du nombre impair d'arbitres et de la désignation des arbitres dans le cadre de constitution de tribunal arbitral, et plus précisément en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer d'une part le fait de désigner abstraitement un arbitre dans la convention d'arbitrage et, d'autre part, au-delà de la convention, le fait de choisir concrètement un arbitre, c'est-à-dire une personnalité au moment où la convention d'arbitrage doit trouver sa réalisation. Comme le dit le professeur Thomas CLAY, « il faut du reste distinguer le choix de l'arbitre qui n'est que la proposition d'un nom et la désignation de celui-ci qui procède des litigants

¹⁴⁶⁰ Ch. SERAGLINI, J. Cl. Civil, Synt., « Arbitrage international : instance arbitrale », 2019, n° 15 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.209.

¹⁴⁶¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.301.

¹⁴⁶² A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.210 s.

¹⁴⁶³ Cass. Civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, D. 1973, jurispr. p.2, note J. ROBERT. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, *Rev. arb.* 1975, p. 235, note E. LOQUIN. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, *JCP G*, 1972, II, 17189, note P. LEVEL.

¹⁴⁶⁴ K. ALAMERAH, *Les principes en droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.135 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.210.

conjointement »¹⁴⁶⁵. Ainsi par exemple, les parties peuvent être d'accord lorsqu'elles rédigent la convention sur le choix d'un panel d'arbitres ou bien sur le choix d'une institution d'arbitrage mais, au stade de la désignation concrète de l'arbitre lors d'un litige, un désaccord peut naître entre les parties lorsqu'il s'agit de désigner concrètement la personnalité qui procédera à l'arbitrage. Les parties doivent tôt ou tard s'accorder sur la désignation d'un arbitre, à défaut, elles devront saisir le juge des référés. Une difficulté peut également subsister dans certains cas : il est possible que le choix du troisième arbitre par les deux arbitres désignés par les parties fasse l'objet d'un désaccord. En France et au Koweït, ces difficultés dans la rencontre des volontés soit des parties entre elles soit des arbitres entre eux peuvent rendre l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires lente et pesante. Comme l'écrit le professeur Éric LOQUIN, « l'arbitrage offre des réponses souvent mal adaptées à l'urgence, surtout lorsque la convention d'arbitrage existe, mais que les arbitres n'ont pas encore été saisis du litige »¹⁴⁶⁶.

654. Arbitrage multipartite. Les difficultés liées à la désignation des arbitres peuvent être encore plus importantes dans le cadre d'un arbitrage multipartite puisque dans ce cas il existe plusieurs défendeurs. En effet, s'il n'existe que deux parties qui désignent les arbitres (demandeur et défendeur), la possibilité d'un conflit entre les volontés concernant soit les modalités de désignation des arbitres soit le choix de la personnalité précise du ou des arbitres sera moins importante que dans le cas d'un arbitrage multipartite où il y aura plusieurs co-demandeurs et co-défendeurs. Cette hypothèse compliquée d'un conflit de volontés dans le cadre d'un arbitrage multipartite peut se trouver par exemple le cas de la grande affaire *Dutco* en matière d'arbitrage international français¹⁴⁶⁷, alors que la Cour d'arbitrage de la CCI demandait aux co-défendeurs de désigner un arbitre par « un commun accord »¹⁴⁶⁸. Dans cette affaire, la Cour d'arbitrage avait dérogé au principe d'égalité des parties alors que chaque partie a en principe une liberté totale et ses propres intérêts pour désigner l'arbitre qu'elle souhaite. Ainsi, puisque le principe d'égalité des parties est considéré d'ordre public en matière d'arbitrage international français, la sentence arbitrale avait été annulée dans cette affaire¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁵ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p.502.

¹⁴⁶⁶ É. LOQUIN, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 15.

¹⁴⁶⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, n° 89-18.708 et 89-18.726, Bull, I, n° 2 p.2.

¹⁴⁶⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.324.

¹⁴⁶⁹ Ph. FOUCHARD, *J. Cl. Droit international*, Fasc. 586-7-3, « Arbitrage commercial international. – Tribunal arbitral. – Statut des arbitres », 1994, n° 56.

655. Dans le cadre de l'arbitrage français, en droit interne, l'article 1453 du CPCF prévoit depuis le décret du 13 janvier 2011 que « lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres ». Au Koweït, le CPCCK ne comporte pas de règle similaire à celle de l'article 1453 du CPCF. Or, la doctrine des deux États affirme qu'en pratique la sentence arbitrale sera annulée en cas de dérogation au principe d'égalité des parties dans le choix des arbitres puisque ce principe est considéré d'ordre public¹⁴⁷⁰. Ainsi, nous pouvons poser la question suivante : lorsque le litige est né, et que l'un des co-demandeurs a besoin d'une mesure provisoire, l'obtention d'une telle mesure sera-t-elle rapide et facile, sans que n'intervienne aucun problème de volonté ? Nous pensons dans la pratique que même s'il arrive que l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires soit perturbée du fait de l'intervention d'un conflit de volontés, plusieurs solutions pourront être proposées par les juges étatiques pour surpasser cette difficulté comme nous allons ultérieurement le voir¹⁴⁷¹.

2 : L'acceptation par les arbitres de leur mission

656. En droits français et koweïtien, la saisine de l'arbitre ne sera pas encore caractérisée lorsque les parties à l'arbitrage choisissent ou désignent un arbitre dans leur convention. Le moment de la constitution définitive du tribunal arbitral intervient en effet au moment où l'arbitre **accepte sa mission**. Ainsi, en dehors du conflit pouvant exister entre les volontés des parties à l'arbitrage, la volonté des arbitres peut, même involontairement, entraîner un ralentissement dans la procédure d'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires.

657. Moment de la constitution du tribunal arbitral : l'acceptation des arbitres. En ce qui concerne l'arbitre français ou koweïtien, « être nommé n'est pas une obligation ! »¹⁴⁷². La mission des arbitres n'est pas une mission permanente, c'est-à-dire que pour que les parties puissent obtenir des mesures provisoires et conservatoires, il est nécessaire que le tribunal

¹⁴⁷⁰ L. WEILLER, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 20, « Arbitrage, arbitrage interne », 2018, n° 10. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.325. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.210. ; A. MOUSA, *Les garanties du procès dans ...op. cit.*, p.251 s.

¹⁴⁷¹ *Infra* : n° 659.

¹⁴⁷² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.302.

arbitral soit d'abord constitué¹⁴⁷³. En effet, en France, l'arbitre n'a pas perpétuellement le pouvoir de trancher le litige puisque la constitution du tribunal arbitral s'effectue uniquement à partir du moment où l'arbitre accepte sa mission¹⁴⁷⁴. Pour constituer le tribunal arbitral, les parties doivent préalablement saisir le tribunal soit conjointement (dans l'hypothèse d'un compromis) soit par la partie la plus diligente¹⁴⁷⁵ (dans l'hypothèse d'une clause compromissoire). Toutefois, la désignation de l'arbitre ne signifie pas nécessairement que le tribunal arbitral soit constitué puisque, comme l'affirme si justement M. de BOISSESON, cette désignation s'apparente plus à une sollicitation qu'à une véritable constitution¹⁴⁷⁶. En effet, en France, au sens de l'article 1456 du CPCF, « la constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si l'arbitre accepte la mission qui lui est confiée ». À ce titre, la Cour de cassation a affirmé que la saisine du tribunal arbitral est associée non pas à la désignation de l'arbitre par les parties mais bel et bien à la constitution définitive du tribunal arbitral.

658. Quant à l'État du Koweït, la question du moment précis de la constitution du tribunal arbitral ne se pose ni dans le CPCK, ni dans la jurisprudence. Néanmoins, la doctrine affirme sur ce point que le moment de la constitution sera le moment de l'acceptation par les arbitres de leur mission¹⁴⁷⁷. Par ailleurs, s'il n'existe pas dans le CPCK d'article similaire à l'article 1456 du CPCF, l'article 178 alinéa 1 du CPCK prévoit toutefois qu'il est nécessaire que l'acceptation de l'arbitre se fasse par écrit¹⁴⁷⁸. Ainsi donc, l'on admet que le moment précis de la constitution du tribunal arbitral au Koweït est le moment de l'acceptation de la mission arbitrale par écrit. Cependant, comme en France, les parties ne peuvent obliger l'arbitre à accepter sa mission. Dans les deux États, si l'arbitre refuse la mission qui lui est confiée par les parties après sa désignation, les parties devront désigner un nouvel arbitre le plus rapidement possible afin de bénéficier des mesures espérées, posant ainsi de « véritables difficultés temporelles ».

¹⁴⁷³ L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *op. cit.*, p.478. ; S. MAHMOD, « Le pouvoir... », prés.

¹⁴⁷⁴ L'article 1456 al.1 du CPCF dispose que « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige ». ; L'article 179 al.1 du CPCK prévoit quant à lui que l'arbitre est obligé de notifier au maximum dans les trente jours de l'acceptation la mission de l'arbitrage, la date et le lieu de la première audience.

¹⁴⁷⁵ É. LOQUIN, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 50 s. ; S. MAHMOD, A. ALMOLA, *L'arbitrage normal...op. cit.*, p.187.

¹⁴⁷⁶ É. LOQUIN, *ibid.*

¹⁴⁷⁷ A. MOUSA, *Les garanties du procès dans ...op. cit.*, p.336 s.

¹⁴⁷⁸ تنص المادة ١٧٨ فقرة ١ على انه " مع عدم الإخلال بما نص عليه في المادة السابقة أو أي قانون آخر، يشترط أن يقبل المحكم القيام بمهمته ويثبت القبول بالكتابة".

659. L'absence de traitement des mesures urgentes à cause de l'absence d'acceptation par les arbitres de leur mission. La véritable difficulté issue du refus par l'arbitre de sa mission est que dans ce cas, les parties sont obligées d'attendre plus longtemps pour l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires sollicités. En droits français et koweïtien, la procédure de référé ne peut pas commencer en cas d'absence de constitution du tribunal arbitral dans le cas d'un refus par l'arbitre de sa mission. De même, aucune mesure provisoire et/ou conservatoire ne pourra être prononcée dans cette hypothèse¹⁴⁷⁹. Ainsi, même si les parties dans l'arbitrage simple ou multipartite sont parvenues à un accord pour désigner le ou les arbitres concernés, cela ne permet pas au tribunal de se constituer et donc de prononcer les mesures demandées. Dans cette perspective, les doctrines française et koweïtienne affirment que dans le cadre des difficultés pouvant intervenir au stade de la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre ne peut pas répondre à l'urgence¹⁴⁸⁰. À cet égard, la doctrine française considère que « le temps utile à la constitution du tribunal arbitral interdit que les mesures imposées par l'urgence puissent être décidées par les arbitres dans les délais nécessaires »¹⁴⁸¹. Par exemple, dans le cas d'un compromis, les parties ont déjà désigné les arbitres. Mais si ces derniers refusent expressément leur mission, les parties doivent donc dans cette hypothèse, soit désigner un autre arbitre, et cela prendra un temps supplémentaire, soit saisir le juge étatique pour l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires. Cette difficulté explique que dans l'hypothèse d'une urgence, le juge étatique des référés est mieux placé que l'arbitre pour répondre aux demandes des parties.

660. Les effets de l'acceptation : le déclenchement de l'instance arbitrale. Nous pensons que l'acceptation par les arbitres de leur mission a en France et au Koweït plusieurs effets importants. Tout d'abord, le tribunal arbitral sera considéré comme constitué à partir de l'acceptation par les arbitres de leur mission. Cette constitution conduit ainsi à déclencher les

¹⁴⁷⁹ En droit français et koweïtien, le refus des arbitres peut être justifié. En effet, les arbitres peuvent ne pas accepter une convention d'arbitrage qui est manifestement nulle ou insuffisante à appliquer. Par exemple, la clause est nulle lorsqu'elle ne désigne aucun arbitre ou qu'elle nomme un arbitre qui, en réalité, n'existe pas. La jurisprudence et la doctrine des deux États estiment que la désignation d'un arbitre qui n'existerait pas aboutirait à une annulation des clauses compromissoires, et empêcherait ainsi la constitution du tribunal arbitral. En ce sens : CA F, 24 janv. 1996 cité par : É. LOQUIN, Fasc. 1020, « Arbitrage, Compromis et... », préc., n° 36. ; Cass K, 29 décembre 1972, cité par la revue de l'ensemble des règles juridiques koweïtien.

¹⁴⁸⁰ N. GARA, « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral », in S. BOSTANJI, F. HORCGANI, S. MANCIAUX, *op. cit.* ; L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *op. cit.*, p.478. ; A. ALENEZI, préc. ; H. ALHADAD, *Le pouvoir de la juridiction étatique pour prendre des mesures provisoires et conservatoires en cas de litige international avec la juridiction arbitrale*, Dar Alferker Aljamey, 1988, p. 21. ; S. MAHMOD, « Le pouvoir d'arbitre... », préc.

¹⁴⁸¹ E. LOQUIN, *J. Cl.* Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 10.

effets positifs de la compétence des arbitres ainsi que les effets négatifs de la compétence du juge des référés¹⁴⁸². Ensuite, le délai de l'arbitrage de même que le temps global de la procédure arbitrale seront considérés comme démarrant au jour de l'acceptation par les arbitres de leur mission. *In fine*, les mesures provisoires et/ou conservatoires ne pourront « en principe » être prononcées que par les arbitres des deux États à partir du moment où l'instance arbitrale a commencé. Dès l'ouverture de l'instance arbitrale, le juge des référés n'a en effet plus vocation à intervenir.

661. Les obstacles structurels de l'arbitrage, en France comme au Koweït, ne sont pas les seuls obstacles ralentissant l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires. Il existe également dans les deux systèmes juridiques des hypothèses dans lesquelles la difficulté de l'arbitrage réside dans l'arbitre lui-même.

B : L'obstacle conjoncturel : la délicate question de la personnalité de l'arbitre

662. En général et au-delà des obstacles structurels de l'arbitrage, des obstacles conjoncturels peuvent empêcher non seulement l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais également le déroulement de l'instance arbitrale. En France et au Koweït, il existe deux types d'obstacles conjoncturels concernant l'arbitre lui-même pris dans sa personnalité. D'une part, des difficultés psychologiques peuvent entraver la mission de l'arbitre dans le cas de prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires (1). D'autre part, l'arbitre peut souffrir d'un trouble psychiatrique ce qui peut avoir pour effet d'empêcher le prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires et qui, plus généralement, peut avoir pour effet d'affecter l'ensemble de la mission arbitrale (2). Dans ces deux hypothèses, la célérité et l'efficacité de l'arbitrage seront perturbées.

1 : Les obstacles liés à la psychologie de l'arbitre

¹⁴⁸² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.303 s.

663. Les systèmes d'arbitrage français et koweïtiens internes ne distinguent pas les pouvoirs de l'arbitre au fond de l'affaire et ses pouvoir en référé¹⁴⁸³. Ce mélange entre les différents pouvoirs de l'arbitre, qui est causé par la structure de l'arbitrage¹⁴⁸⁴, affecte parfois de manière négative la rapidité et l'efficacité de la mesure provisoire arbitrale. Par ailleurs, il existe, mais uniquement en droit français, une incertitude concernant la possibilité de l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires. Cette incertitude peut également engendrer un effet négatif en termes de rapidité et d'efficacité dans le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires demandées.

664. Les obstacles psychologiques. De manière générale, deux difficultés liées à la psychologie de l'arbitre peuvent perturber la mission arbitrale, ralentissant ainsi l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires. La première difficulté pourra se manifester dans les deux États, alors que le seconde n'aura vocation à intervenir, comme nous allons le voir, qu'en matière d'arbitrage français.

665. L'obstacle résidant dans l'hésitation de l'arbitre à la fois juge des référés et juge du fond. En droits français et koweïtien, l'arbitre concentre entre ses mains les pouvoirs au fond et en référé, c'est-à-dire qu'il tranche le fond de l'affaire tout en pouvant également prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires dans la même affaire¹⁴⁸⁵. En effet, à cause de cette concentration des pouvoirs, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles l'arbitre peut être amené à hésiter à prononcer une mesure provisoire ou conservatoire puisque celle-ci pourra également avoir des effets sur le fond de l'affaire. Ainsi, lorsque l'arbitre prononce une mesure provisoire ou conservatoire, il donne une solution ou un avis préalable au fond, préjugant de ce fait l'affaire, ce qui pourra entraîner une partialité de sa part lorsqu'il devra juger l'affaire sur le fond.

666. À titre d'exemple, le référé-provision « qui est une somme d'argent à valoir sur le montant total d'une créance, versée jusqu'à décision définitive au fond, est par nature provisoire » et nous éclaire sur les différences qui existent en termes de postulat psychologique entre les

¹⁴⁸³ *Supra* : n° 548.

¹⁴⁸⁴ Les droits français et koweïtien unifient les pouvoirs de traiter le fond du litige et d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires entre les mains d'un seul arbitre conformément aux arts. 1468 du CPCF et 173 du CPCK. En effet, cette concentration des pouvoirs rend l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires difficile car l'arbitre hésitera parfois à donner un avis préalable au fond de l'affaire, s'il les ordonne. Ainsi, son impartialité sera remise en question.

¹⁴⁸⁵ *Ibidem*.

juges étatiques et les arbitres ¹⁴⁸⁶. En droits communs français et koweïtien, malgré la séparation entre les pouvoirs du juge de fond et du juge des référés, il ne faut pas qu'il existe une contestation sérieuse liée à l'existence de la créance pour que la provision demandée soit octroyée par le juge des référés, comme nous l'avons expliqué¹⁴⁸⁷. En sus, il existe une seconde condition dégagée par la doctrine française pour que la provision soit octroyée, cette condition est logique selon nous : « Conformément à l'article 5 du code de procédure civile, le montant de la provision ne peut jamais excéder le montant de ce qui a été demandé »¹⁴⁸⁸. Selon la jurisprudence et les doctrines française et koweïtienne, le juge des référés ne peut ni condamner une partie à payer des dommages-intérêts¹⁴⁸⁹, ni annuler un acte qui constitue l'origine de la créance¹⁴⁹⁰, car cela excède clairement son pouvoir juridictionnel. Par conséquent, si un juge des référés français ou koweïtien ordonne le versement d'une provision, il ne sera pas lié par cette décision provisoire puisque ce n'est pas lui qui décidera par la suite de l'existence ou non de la créance, ce pouvoir étant dédié au juge du fond. Nous pouvons ainsi dire que le juge des référés n'est pas confronté à la même difficulté psychologique que l'arbitre qui supporte, lui, les conséquences de la confusion de ses pouvoirs. Ainsi, si un arbitre français ou koweïtien ordonne le versement d'une provision, cela peut être « presque une décision préalable au fond », puisque l'arbitre tranchera aussi lui-même le fond de l'affaire. L'obstacle de l'hésitation psychologique interviendra donc dans ce cas dès lors que l'arbitre sera tenté de s'imposer une cohérence entre sa décision provisoire et sa décision définitive créant de ce fait une hésitation à se contredire lui-même. Dans cette hypothèse, l'arbitre sera donc, de fait, partial, contrairement à son obligation d'impartialité.

667. L'obstacle tenant au manque d'audace dans le cadre de l'arbitrage français.

Par ailleurs, une autre difficulté psychologique liée à la personnalité de l'arbitre peut intervenir en droit français¹⁴⁹¹. En effet, l'arbitre peut hésiter dans la qualification de sa décision par manque d'audace ce qui constitue ainsi une forme d'obstacle psychologique à sa liberté. En effet, la décision arbitrale en France, c'est-à-dire l'ordonnance, n'a pas force exécutoire comme

¹⁴⁸⁶ X. VUITTON, « Référés, civils », préc., n° 42.

¹⁴⁸⁷ *Supra* : n° 390.

¹⁴⁸⁸ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 571.

¹⁴⁸⁹ Cass. Civ. 2^{ème}., 11 décembre 2008, n° 07-20.255, Bull, II, n° 262. En ce sens v. aussi : M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.151 s.

¹⁴⁹⁰ Cass. Civ. 2^{ème}., 23 mars 2017, 15-23.090, Bull, II, n° 243. En ce sens v. aussi : S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.33 s. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.151 s.

¹⁴⁹¹ En droit koweïtien les décisions arbitrales (sentence et ordonnance) sont susceptibles de recevoir l'*exequatur*. En ce sens v. *infra* : n° 995.

il sera ultérieurement expliqué¹⁴⁹². De ce fait, afin d'exécuter les mesures provisoires sans saisir le juge des référés, l'éloquence et la force de persuasion de l'arbitre sont fondamentales puisque l'une des parties pourrait refuser la décision prise par le tribunal arbitral. Comme l'écrivent les professeurs Catherine GARNCARZYK et Fabrice DOSSEVILLE, « les caractéristiques de l'arbitre [...] (la personnalité, le niveau d'habileté, la motivation, les représentations...) sont des facteurs qui influencent les décisions arbitrales »¹⁴⁹³. Ainsi, si l'arbitre n'est pas persuasif par son discours, le requérant sera obligé de recourir au juge étatique dans le but d'exécuter l'ordonnance.

668. Les considérations pouvant amener l'arbitre à hésiter. En droits français et koweïtien, l'arbitre est généralement un profane, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessairement expert, ni juriste, ni qualifié comme le juge étatique puisqu'il est choisi par les parties en dehors de ses possibles qualifications juridiques¹⁴⁹⁴. En droits français et koweïtien, il n'existe pas « de conditions tenant à la possession d'un diplôme ou à l'exercice d'une profession » par les arbitres¹⁴⁹⁵. Ainsi, du fait de possibles carences en matière de connaissances juridiques, l'arbitre peut hésiter et donc perdre du temps dans l'exercice de sa mission. Dans les deux États, il n'existe pas de délai spécifique pour que les décisions arbitrales soient prononcées. Les arbitres sont seulement obligés en pratique de respecter leur devoir de célérité et la durée imposée pour leur mission arbitrale telle que précisée dans la convention d'arbitrage. Par conséquent, un arbitre qui n'est ni juriste ni expert en matière d'arbitrage ne pourra, selon nous, pas aboutir à la même efficacité et rapidité dans ses décisions qu'un juge étatique formé et diplômé en droit. Par ailleurs, même dans le cas où l'arbitre français ou koweïtien serait un juriste ou un expert persuasif, il arrivera dans certains cas qu'il agisse avec célérité mais au final sans l'impartialité nécessaire dès lors qu'il sera amené à juger à la fois le provisoire et le fond de l'affaire, reproduisant à tort ou à raison mais de manière partielle la décision initiale qu'il aurait pu prendre au stade des mesures provisoires.

669. Le risque de lenteur et d'inefficacité de l'arbitrage. En droits français et koweïtien, les possibles hésitations et manquements d'audace de l'arbitre peuvent avoir un

¹⁴⁹² *Infra* : n° 971.

¹⁴⁹³ C. GARNCARZYK, F. DOSSEVILLE, « L'arbitrage des pratiques sportives : jugement et décision », *Bulletin de psychologie*, 2007/3, n° 489, p.11.

¹⁴⁹⁴ É. LOQUIN, Fasc. 1015, « Arbitrage, l'arbitre... », préc., n° 2 s. ; J.-P. GRANDJEAN, C. FOUCHARD, « Le choix de l'arbitre ... », préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.200 s.

¹⁴⁹⁵ É. LOQUIN, Fasc. 1015, « Arbitrage, l'arbitre... », préc., n° 10. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.205.

impact, soit sur la célérité de prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires, soit sur l'efficacité de ces mesures.

La peur de traiter le fond de l'affaire au stade des mesures provisoires et/ou conservatoire peut engendrer des hésitations dans l'esprit de l'arbitre lors de la mise en œuvre de sa mission, ce qui peut l'amener involontairement à porter atteinte à l'impératif de célérité qui lui incombe. Ainsi, il peut hésiter à prononcer les mesures demandées. À cet égard, l'éminent Professeur Pierre MAYER considère que « même en présence d'un accord des parties, un arbitre devrait hésiter à ordonner le versement d'une provision, il risque en effet d'être lié par sa décision, quelque réserve qu'il ait faite de son caractère provisoire. Il lui sera difficile de reconnaître, a fortiori de révéler, l'erreur qu'il avait commise en déclarant « non sérieusement contestable » une créance dont il lui faudra nier finalement l'existence »¹⁴⁹⁶.

Conséquence logique du ralentissement de la procédure, l'inefficacité des mesures provisoires peut impacter les parties dont le besoin d'une obtention de ces mesures peut évoluer au cours du temps. Par exemple, la mesure conservatoire si elle est prononcée trop tard, peut s'avérer totalement inefficace, notamment après la disparation de produits.

Par conséquent, les mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales risquent d'être trop **lentes et inefficace** si l'arbitre connaît des hésitations liées à sa psychologie et à sa personnalité.

670. Les arbitres français et koweïtiens peuvent rencontrer des hésitations ou des difficultés dans le déroulé de leur mission, notamment du fait de leur psychologie et de leur personnalité. Cette situation peut s'avérer être un véritable obstacle dans le déroulé de la procédure d'arbitrage. Plus rarement, il peut aussi arriver que des pathologies psychiatriques constituent également un obstacle particulièrement important dans le déroulé de la procédure.

2 : Les obstacles psychiatriques de l'arbitre

671. En droits français et koweïtien, il existe des situations dans lesquelles les parties font face à un nouvel obstacle lié à la personnalité de l'arbitre : celui de l'obstacle psychiatrique. Celui-ci se rencontre dans l'hypothèse où l'arbitre est atteint de démence. Comme il a déjà été

¹⁴⁹⁶ P. MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », *RID. comp*, Lausanne, 1999, n°13.

évoqué, l'arbitre n'est pas toujours un expert, ni un juriste, ni n'est qualifié comme le juge étatique puisqu'il est choisi par les parties pour des raisons qui ne concernent pas forcément sa qualification professionnelle mais ses qualités d'arbitre par exemple en termes de célérité. Ainsi, la question qui se pose ici est celle de savoir si la démence de l'arbitre peut affecter négativement la célérité et l'efficacité de l'arbitrage, notamment pour l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires.

672. La question de la démence de l'arbitre est posée uniquement par la doctrine française alors que la doctrine koweïtienne n'évoque que les conditions de la capacité civile des arbitres. Or, cette question de la démence joue un rôle important dans la célérité et l'efficacité de l'arbitrage en France et au Koweït. En effet, la question d'une éventuelle pathologie de l'arbitre était déjà traitée en droit romain¹⁴⁹⁷. Elle est aujourd'hui prise en considération par le projet UNIDROIT¹⁴⁹⁸, lorsque « l'arbitrage aux fous »¹⁴⁹⁹ est refusé. En ce sens, le professeur Thomas CLAY précise effectivement que la question de la démence de l'arbitre est délicate car « s'il est évident qu'on ne peut laisser un fou arbitrer un litige, il n'y a pas de moyen d'interdire sa désignation dès lors qu'il dispose de sa pleine capacité civile »¹⁵⁰⁰. Dans cette hypothèse, Monsieur CLAY introduit sa pensée en parlant de la mission normale d'arbitrage, c'est-à-dire dans les cas ordinaires et non pas en cas d'urgence lorsque la célérité est fondamentalement requise. Alors dans le cadre des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, la situation dans laquelle les parties à l'arbitrage seraient confrontées à la démence de l'arbitre s'avérerait encore plus compliquée.

673. Les conditions pour être arbitre. Aux yeux des droits français et koweïtien, il existe plusieurs conditions requises pour être arbitre. En règle générale, l'arbitre doit être en droits français et koweïtien une personne physique¹⁵⁰¹. Par ailleurs, au sens de l'article 1450 du CPCF et 174 du CPOK¹⁵⁰², cette personne physique doit également disposer de toute sa capacité civile, c'est-à-dire qu'il « doit avoir le plein exercice de ses droits ». Ainsi, un mineur, un

¹⁴⁹⁷ D. PAPANAYOU, préc.

¹⁴⁹⁸ L'art. 12 de la loi uniforme sur l'arbitrage dans les rapports internationaux en droit privé.

¹⁴⁹⁹ D. PAPANAYOU, préc.

¹⁵⁰⁰ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p.384.

¹⁵⁰¹ É. LOQUIN, Fasc. 1015, « Arbitrage, l'arbitre... », préc., n° 3. ; Cass. Com., 28 juin 1999, n° 445/1998. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.201 s.

¹⁵⁰² L'art. 174 du CPOK prévoit qu'« il ne sera pas possible qu'un mineur, un majeur incapable, une personne qui est privée de ses droits civils ou une personne qui est en faillite soient un arbitre ».

تنص المادة ١٧٤ من قانون المرافعات على انه " لا يجوز ان يكون المحكم قاصراً او محجور عليه او محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية او مفلساً لم يرد اليه اعتباره".

majeur incapable ou une personne privée de ses droits civils ne peuvent pas être, en France ou au Koweït, arbitre¹⁵⁰³. À cet égard, les deux droits, français et koweïtien, laissent une certaine marge de manœuvre pour que l'arbitre puisse exercer sa profession d'arbitre en plus d'une autre profession. En effet, la doctrine française pense que l'incompatibilité entre deux fonctions n'a aucun effet sur la convention d'arbitrage ou même sur la sentence arbitrale¹⁵⁰⁴. Si l'autre profession de l'arbitre est incompatible avec sa fonction d'arbitre, la sentence arbitrale ne sera pas sanctionnée¹⁵⁰⁵, mais « la sanction [...] sera seulement disciplinaire et frappera celui qui a exercé des fonctions d'arbitre interdites par son statut »¹⁵⁰⁶. En droit koweïtien, il n'existe pas de réponse à cette question de l'incompatibilité entre plusieurs professions exercées par un même arbitre, alors nous pensons qu'il n'existe de fait aucune sanction dans cette hypothèse sur la validité de la convention d'arbitrage ou sur la sentence arbitrale.

674. Deux hypothèses de pathologie. En droits français et koweïtien, la question d'une éventuelle pathologie de l'arbitre peut se poser dans deux cas : avant et après le début de l'instance.

675. Avant le début de l'instance. Au Koweït comme en France, si la pathologie de l'arbitre est médicalement constatée avant le début de l'instance, la solution est relativement simple. Par exemple, si une personne est sous tutelle ou curatelle, cela est considéré comme un obstacle pour accéder à la fonction d'arbitre. Ainsi, les parties pourront nommer un autre arbitre, puisque dans ce cas, il n'y a pas d'urgence. Il ne sera donc pas porté atteinte à la célérité de l'arbitrage.

676. Après le début de l'instance. Après la désignation de l'arbitre et donc après le début de l'instance, si la pathologie n'est pas médicalement constatée, c'est-à-dire qu'elle existe en réalité mais que soit les parties n'ont aucune preuve médicale de la démence de l'arbitre, soit que la pathologie n'a pas assez progressé pour être constatée, la situation s'avère alors beaucoup plus compliquée. En effet, la solution de ce problème n'est établie ni en droit français ni en droit koweïtien, ni par la jurisprudence ni par la doctrine. À cet égard, la doctrine française considère que bien que les parties puissent demander à l'arbitre dément de consulter un

¹⁵⁰³ J.-P. GRANDJEAN, C. FOUCHARD, « Le choix de l'arbitre ... », préc. ; W. RAGEB, *Les principes de la juridiction... op. cit.*, p.423.

¹⁵⁰⁴ É. LOQUIN, Fasc. 1015, « Arbitrage, l'arbitre... », préc., n° 9 s.

¹⁵⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁰⁶ *Ibidem.*

psychiatre, elles ne peuvent toutefois l'y obliger puisque cela ne fait pas partie des obligations qui lui incombent¹⁵⁰⁷. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt de 1967, a en ce sens refusé une demande faite par un arbitre lui-même qui prétendait être atteint d'un trouble mental, en estimant que « même si cette infirmité était établie tant pour la période qui a précédé l'instance que pour celle qui lui succédé, il n'était pas établi qu'elle l'ait été pendant son déroulement »¹⁵⁰⁸. Par conséquent, dans l'hypothèse où les parties ne peuvent pas soumettre l'arbitre à un examen psychiatrique, en droits français et koweïtien elles n'ont à leur disposition que la solution classique pour écarter l'arbitre à savoir la révocation ou la récusation de celui-ci¹⁵⁰⁹. Selon le professeur Thomas CLAY, « on voit bien que le problème essentiel en cours d'arbitrage ne porte pas sur les aptitudes de l'arbitre, mais sur la preuve de l'atteinte des facultés mentales »¹⁵¹⁰.

677. Les risques de lenteur et d'inefficacité de la procédure de référé arbitral. Il ressort de cette analyse que les parties peuvent être confrontées à certains obstacles dus à l'état psychiatrique de l'arbitre. D'une part, ce type d'obstacle peut ralentir la procédure arbitrale du fait des hésitations et de l'embarras causés par la situation médicale de l'arbitre. Ce dernier sera également susceptible d'ordonner certaines mesures provisoires et conservatoires non adaptées en cas de démence. Cependant, la révocation ou la récusation de l'arbitre n'est pas une solution efficace après la constitution du tribunal arbitral puisque l'urgence est la première préoccupation des parties. Un changement d'arbitre rallongerait considérablement la procédure car comme le dit justement le professeur Yves STRICKLER, « l'importance de ce temps utile est exacerbée dans les procédures rapides »¹⁵¹¹. Cependant, certains auteurs français considèrent que la seule issue pour les parties est de se comporter avec l'arbitre dément tel un « *filtre précieux* »¹⁵¹² c'est-à-dire qu'elles doivent vérifier les actes qu'il édicte ou les mesures qu'il ordonne ainsi que les raisons de ces décisions. Toutefois, cette solution n'est absolument pas satisfaisante juridiquement, notamment lorsque la célérité est requise.

¹⁵⁰⁷ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p.385.

¹⁵⁰⁸ CA Paris, 19 janvier 1967, (Tuilerie de St-Parrès- les-Vaudes), *Rev. arb.*, 1967, 72.

¹⁵⁰⁹ À cet égard : L. WEILLER, Fasc. 20, « Arbitrage, arbitrage... », préc., no 51. ; CA Paris, ch. 1, 8 avril 2014, n° 12/20478, *Rev. arb.* 2015, p. 118, note P. PIC. ; CA Paris, ch. 1, 8 avril 2014, n° 12/20478. ; Ph. FOUCHARD, *J. Cl. Droit international*, Fasc. 586-7-3, « Arbitrage commercial international... », préc., no 130. ; B. LE BARS, « Arbitrage - La réforme du droit de l'arbitrage Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *JCP G*, n° 4, 2011, 67. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p. 133 et 252 s. ; M. ALENZI, préc.

¹⁵¹⁰ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p.385.

¹⁵¹¹ Y. STRICKLER, Fasc. 500-40, « Principe de... », préc., n° 27.

¹⁵¹² *Ibidem*.

678. En droits français et koweïtien, dans les hypothèses des obstacles structurels et conjoncturels, si la porte du juge étatique est fermée après la rédaction de la convention d'arbitrage, le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires sera soit ralenti, soit inexistant. Or, les juges étatiques français et koweïtiens offrent une solution au profit des parties à l'arbitrage lorsque ces difficultés surgissent. Ils peuvent intervenir dans la mission arbitrale pour résoudre certains problèmes liés à l'arbitrage sous certaines réserves.

§ 2 : L'intervention du juge étatique résolvant la difficulté liée aux obstacles de l'arbitrage

679. Dans le cas des procédures ordinaires et lorsqu'il existe devant l'arbitre français ou koweïtien un obstacle structurel ou conjoncturel l'intervention du juge étatique est nécessaire pour éliminer ces obstacles et permettre à l'arbitre d'arbitrer le litige. En cas d'urgence, c'est-à-dire en matière de référé arbitral, cette intervention du juge de l'État est davantage nécessaire car les parties ne peuvent pas attendre plus de temps. Toutefois, l'intervention du juge étatique n'est pas laissée sans conditions (A). De plus, il existe dans les deux États des limites et des procédures propres concernant cette intervention (B).

A : Les conditions de l'intervention du juge étatique dans la mission arbitrale

680. En droits français et koweïtien, deux questions fondamentales peuvent être posées concernant l'intervention du juge étatique pour résoudre les obstacles de la constitution du tribunal arbitral et de la personnalité de l'arbitre. La première question est la suivante : quel juge sera matériellement et territorialement compétent ? (1) ? La seconde question est celle de la détermination des pouvoirs de ce juge ? (2).

1 : Les compétences du juge étatique

681. En droits français et koweïtien, lorsqu'un obstacle ou une difficulté frappent le système d'arbitrage, il existe un juge spécifique qui est matériellement et territorialement compétent.

682. Compétence matérielle du juge d'appui français. En droit français, le juge qui sera compétent concernant les difficultés de l'arbitrage est le juge d'appui. L'article 1459 du CPCF définit les compétences de ce juge¹⁵¹³. L'expression de juge d'appui est expressément apparue pour la première fois dans le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011¹⁵¹⁴. Aujourd'hui en France, cette expression de juge d'appui est utilisée de l'article 1451 jusqu'à l'article 1459 du CPCF. Par ailleurs, cette expression est utilisée car « le juge [...] va appuyer, aider, soutenir l'arbitrage tout au long de son déroulement »¹⁵¹⁵.

683. Selon l'article 1459 du CPCF, « le juge d'appui compétent est le président du tribunal judiciaire »¹⁵¹⁶. Avant la réforme de 2011, le président du tribunal de commerce pouvait être compétent en matière commerciale. Cependant, depuis cette réforme, le président du tribunal de commerce n'est désormais compétent que dans le cas où les parties à l'arbitrage le prévoient expressément dans leur convention¹⁵¹⁷. En l'espèce, une partie de la doctrine pense que le contentieux peut donc dans cette hypothèse être soumis à deux juges d'appui différents : soit le président du tribunal de commerce soit le président du tribunal judiciaire¹⁵¹⁸ ; et « cette circonstance, génératrice d'inconvénients liés à la division de compétence, devrait plutôt inciter les parties à ne pas exercer l'option en faveur du président du tribunal de commerce »¹⁵¹⁹. Or, il faut noter que les pouvoirs de juge judiciaire, c'est-à-dire le juge d'appui sont différents des pouvoirs du président du tribunal de commerce. Le juge d'appui judiciaire intervient dans les conditions des articles 1459 et 1560 du CPCF pour résoudre par exemple les difficultés liées à la prorogation du délai de l'instance arbitrale, à la constitution du tribunal arbitral et à sa composition, ou aux différends concernant la récusation, l'abstention et la démission des arbitres¹⁵²⁰. Cependant, le président du tribunal de commerce a uniquement le pouvoir de connaître les difficultés de la constitution et de la composition du tribunal arbitral¹⁵²¹. Ainsi, lorsque l'arbitre est confronté à des obstacles, que ceux-ci soient de nature structurelle ou conjoncturelle, les parties peuvent saisir soit le président du tribunal judiciaire, soit le président

¹⁵¹³ L'art. 1459 al. 1 prévoit que « le juge d'appui compétent est le président du tribunal judiciaire ».

¹⁵¹⁴ Le projet du Comité français de l'arbitrage a fait déjà implicitement référence à l'expression de « juge d'appui ». En ce sens : L. DEGOS : « Histoire du nouveau décret », in Th. CLAY (dir.) : *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Actes du colloque du 28 février 2011, Lextenso éd.

¹⁵¹⁵ Th. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2011, n° 2, p.331.

¹⁵¹⁶ L'art. 1459 est modifié par Décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019 par son article art. 8.

¹⁵¹⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.309.

¹⁵¹⁸ Th. CLAY, « Arbitrage - « Liberté, Égalité, Efficacité ... », préc., p.443.

¹⁵¹⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.309.

¹⁵²⁰ C. NOURISSAT, « Le nouveau droit français de l'arbitrage... », préc.

¹⁵²¹ *Ibidem*.

du tribunal de commerce, sous certaines conditions, dans le cas où leur convention prévoirait expressément cette option pour éviter l'hypothèse d'un conflit de juridiction.

684. La compétence territoriale du juge d'appui français. L'article 1459 du CPCF prévoit expressément que « le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur ». Selon ledit article, le principe est donc que les parties à l'arbitrage décident par leur volonté libre quel juge d'appui sera territorialement compétent, soit par une stipulation dans la convention d'arbitrage, soit par le choix du siège du tribunal arbitral¹⁵²². Par exception, c'est-à-dire à défaut de l'expression de la volonté des parties dans la convention d'arbitrage, l'article précité détermine le juge d'appui territorialement compétent conformément aux règles générales du droit commun¹⁵²³.

685. La compétence matérielle du juge étatique koweïtien. En droit koweïtien, selon l'article 175 du CPCK, si le tribunal arbitral se heurte à des difficultés au niveau de sa compétence matérielle, « le tribunal étatique qui est compétent », résoudra donc ces difficultés¹⁵²⁴. En effet, selon la doctrine au Koweït, c'est la nature du litige qui détermine la juridiction compétente pour régler les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral ou à la personnalité de l'arbitre¹⁵²⁵. Ainsi, si l'arbitre et les parties à l'arbitrage sont confrontés à une telle difficulté, lorsque le litige survient en matière commerciale, ces derniers saisissent la chambre commerciale dans le tribunal d'Instance ou de Grande Instance. De la même manière, si l'arbitrage a vocation à intervenir en matière de judiciaire, les parties saisissent la chambre civile dans le tribunal d'Instance ou de Grande Instance pour résoudre leur difficulté.

686. L'inexistence de règles concernant la compétence territoriale du juge étatique koweïtien. En droit koweïtien et comme nous avons déjà expliqué¹⁵²⁶, il n'existe pas

¹⁵²² C. BOUCKAERT, R. DUPEYRÉ, « Le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance », *Rev. droit ass.*, 2011, p.361.

¹⁵²³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.310.

¹⁵²⁴ تنص المادة ١٧٥ من قانون المرافعات الكويتي على انه " إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم (...) عينت المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع (...)".

¹⁵²⁵ Cass. Civ. K. 10 mai 1992, n° 135/1999. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p. 133 et 210 s. ; M. ALENZI, préc.

¹⁵²⁶ *Supra* : n° 115.

théoriquement dans le CPCCK de règles organisant la compétence territoriale du juge étatique, contrairement à ce qui existe en droit français. La note explicative du CPCCK prévoit dans son article 36 que « le législateur n'a pas donné de compétence territoriale aux départements du fait de leur proximité ». Ainsi, en cas de difficultés liées à l'arbitrage, les parties au Koweït ne peuvent saisir que deux tribunaux en fonction de la nature du litige pour surmonter ces problèmes, à savoir le tribunal d'instance et le tribunal de Grande Instance¹⁵²⁷. Rappelons qu'aujourd'hui des règles territoriales apparaissent cependant en pratique par la détermination de compétences départementales comme on peut le constater notamment dans les articles 1 et 3 de la loi numéro 12 de 2015 relative uniquement à la matière familiale¹⁵²⁸.

687. En France et au Koweït, si le juge d'appui français ou « le juge de la nature du litige koweïtien » sont compétents pour intervenir dans la mission arbitrale, cette intervention est gouvernée par des pouvoirs déterminés.

2 : Les pouvoirs du juge étatique

688. Classiquement, en France et au Koweït, le juge étatique n'intervient en pratique dans la mission arbitrale que pour régler les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral¹⁵²⁹. Concernant plus spécifiquement les difficultés liées à la personnalité de l'arbitre l'intervention du juge étatique sera impossible.

689. Une intervention légitime concernant les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral. Dans le cadre des obstacles structurels que nous avons évoqués, les juges étatiques français et koweïtiens ont le pouvoir d'intervenir dans la mission arbitrale afin d'aider les acteurs de la procédure à surmonter leurs difficultés et ce qui permet d'accélérer cette procédure. La règle substantielle en droits français et koweïtien est que le juge étatique dispose du pouvoir de résoudre tous les différends relatifs à la constitution du tribunal arbitral. Cependant, le droit français diffère du droit koweïtien en ce que le CPCF énonce des règles

¹⁵²⁷ Le site internet officiel du parlement koweïtien, consulté le 5 juin 2020.

¹⁵²⁸ *Supra* : n° 115.

¹⁵²⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.314. ; M. ALENZI, préc.

beaucoup plus complètes concernant les attributions du juge étatique avant et pendant la mission arbitrale.

690. France. En droit français, l'article 1454 du CPCF prévoit que tous les problèmes liés à la constitution du tribunal arbitral seront résolus par « la personne chargée d'organiser l'arbitrage », ou à défaut par le juge d'appui¹⁵³⁰.

En ce sens, l'article 1451 alinéa 3 du même code, confère au juge d'appui le pouvoir de compléter un tribunal arbitral qui serait composé en nombre pair¹⁵³¹.

Du surcroît, au sens de l'article 1452 du CPCF et sauf en cas de convention contraire des parties, le juge peut désigner un arbitre unique s'il existe un conflit entre les volontés des parties sur le choix du ou des arbitres¹⁵³². Par exemple, il peut arriver que les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le choix du troisième arbitre désigné par les deux arbitres initiaux. Dans ce type de cas, l'intervention du juge d'appui sera considérée comme légitime.

Par ailleurs, l'article 1453 du CPCF, permet au juge d'appui d'intervenir dans les procédures arbitrales concernant l'arbitrage multipartite et de régler les difficultés de la constitution complexe du tribunal arbitral dans cette hypothèse¹⁵³³.

À cet égard, selon la jurisprudence française, il a été jugé qu'un juge d'appui peut imposer un délai à une partie « têtue » qui n'accepte pas le choix des arbitres afin de l'obliger à choisir¹⁵³⁴. Selon la doctrine française, dans cette hypothèse le juge d'appui peut également proposer un ou des noms d'arbitres aux parties pour les aider à résoudre leur difficulté¹⁵³⁵. A défaut de désignation de l'arbitre par les parties dans le délai conféré par le juge d'appui, celui-ci peut alors imposer impérativement le nom d'un arbitre. En général, la doctrine affirme que le juge concerné peut toujours intervenir pour résoudre les difficultés relatives à la mise en œuvre d'une convention d'arbitrage¹⁵³⁶, comme par exemple en cas de clause « blanche »¹⁵³⁷.

¹⁵³⁰ En ce sens : G. NOTTÉ, « Réforme de l'arbitrage », *JCP E*, 2011, n° 3, 20, act. 26.

¹⁵³¹ En ce sens : P. LEVEL, « ARBITRAGE. — Arbitrage international. Notion. Arbitres. Récusation. Chambre de commerce internationale. Règlement d'arbitrage. Décisions d'un organisme d'arbitrage. Recours. Demande en nullité. Irrecevabilité. Responsabilité civile. Irrecevabilité », *JCP G*, 1987, n° 12, II 20755.

¹⁵³² *Ibidem*.

¹⁵³³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.314.

¹⁵³⁴ TGI Paris 13 juillet 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.625, obs. D. BUREAU. ; TGI Paris, 11 août 1983, *Rev. arb.*, 1985, p.86.

¹⁵³⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.314.

¹⁵³⁶ Th. CLAY, « L'appui du juge... », préc., n° 2, p.331.

¹⁵³⁷ Selon la doctrine en France et au Koweït cette intervention est légitimée, comme cela a déjà été démontré : en ce sens v. *supra* : n° 243.

691. Koweït. En droit koweïtien, le législateur englobe théoriquement presque toutes les difficultés prévues par le CPCF dans un seul article. En l'espèce, l'article 175 du CPCF prévoit que « si le litige est né mais que les parties ne s'accordent pas sur le choix des arbitres, ou que l'un des arbitres refuse d'arbitrer, ou s'il s'abstient, ou lorsque l'arbitre est récusé ou révoqué par l'une des parties, ou lorsqu'il existe quelque empêchement qui l'empêche d'arbitrer, et qu'il n'existe pas de convention entre les parties concernant ces difficultés, le tribunal compétent désigne les arbitres à la demande des parties et par les procédures normales permettant de saisir le juge »¹⁵³⁸. En effet, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes affirment comme en France que, selon le litige, le juge compétent a constamment le pouvoir de résoudre toutes les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral si et seulement si cela a été demandé par les parties. La doctrine considère donc que le législateur utilise l'expression « quelque empêchement » dans l'article 175 pour légitimer toute intervention du juge étatique liée à une difficulté dans la constitution de tribunal arbitral¹⁵³⁹. En ce sens, il faut noter que les clauses « blanches » sont interdites au Koweït, contrairement à la solution adoptée en droit français, puisqu'elles aboutissent à la nullité de la convention d'arbitrage¹⁵⁴⁰.

692. De manière générale, en droits français et koweïtien, s'il existe un obstacle lié à structure de l'arbitrage ou lié à la personnalité de l'arbitre, le juge étatique sera donc toujours amené à intervenir pour régler ce problème. Il n'existe qu'un seul cas où l'arbitrage se heurte à un obstacle qui ne peut être résolu ce qui a nécessairement des conséquences sur le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires. Il s'agira, tel que nous l'avons expliqué, du cas de la démission de l'arbitre. Or, si le juge étatique des deux États intervient généralement dans la mission arbitrale pour accélérer les procédures arbitrales et résoudre ses difficultés, cette intervention est conditionnée par des limites et des procédures propres.

تنص المادة ١٧٥ من قانون المرافعات الكويتي على انه " إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمون، او امتنع واحد أو أكثر من ١٥٣٨ الحكيم المتفق عليهم عن العمل او اعتزل او عُزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له، ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم، عينت المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع من يلزم من الحكيم وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى".

¹⁵³⁹ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.252. ; T. DOÉDAT, *Les garanties des justiciables dans le contentieux arbitral*, Dar Alfeker Aljadid, 2009, p.32. ; A. ABOALWABA, *Le contrat...op. cit.*, p.276 s. ; Z. ESKANDER, *L'arbitrage et la justice de l'État, étude comparative*, L'institution ALjamyah, 2008, p.230 s. ; A. ALFYSYARIY, *Le rôle de la justice de l'État pour l'efficacité de l'arbitrage, étude comparative*, Monshaat Almaaref, 1998, p.106 s.

¹⁵⁴⁰ *Supra* : n° 245.

B : Les limites de l'intervention du juge étatique et les procédures de la saisine

693. En droits français et koweïtien, lorsque le juge compétent, c'est-à-dire celui qui dispose du pouvoir juridictionnel, intervient dans les procédures arbitrales il est confronté à des limites en France et au Koweït (1). Toutefois, il est nécessaire de préciser que ce juge ne peut pas intervenir indépendamment d'une saisine des parties. Ainsi, le juge compétent ne sera amené à intervenir qu'en cas de demande présentée par les parties selon des procédures spécifiques (2).

1 : Les limites de l'intervention du juge étatique

694. En droits français et koweïtien, l'intervention du juge étatique qui a vocation à permettre de résoudre les problèmes de la procédure arbitrale liés à des obstacles conjoncturels ou structurels est confrontée à certaines limites.

695. Le cas des obstacles conjoncturels. Dans le cadre des obstacles conjoncturels, l'intervention du juge étatique en France et au Koweït est logiquement impossible du fait de la nature de ces obstacles, tel qu'il a déjà été expliqué¹⁵⁴¹. En effet, dans le domaine de l'obstacle psychologique le juge ne peut pas intervenir pour assister l'arbitre puisque ce dernier est un vrai juge indépendant. Quant à l'obstacle psychiatrique, le juge étatique français ou koweïtien ne peut également pas intervenir pour « remédier » à la démence de l'arbitre. Toutefois, concernant cette dernière hypothèse où la pathologie de l'arbitre est apparue avant ou après la constitution du tribunal arbitral, la doctrine en France comme au Koweït affirme que la seule limite imposée à l'intervention du juge étatique, est la nature de cette intervention¹⁵⁴². Ainsi, une intervention qui aurait pour but d'ordonner des mesures provisoires et/ou conservatoires à la place de l'arbitre serait interdite car contraire aux règles de compétence applicables à la procédure d'arbitrage. Au contraire, si son intervention vise plutôt à récuser ou révoquer l'arbitre, cette intervention sera considérée comme légitime.

¹⁵⁴¹ *Supra* : n° 695.

¹⁵⁴² En ce sens : Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p.385. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.318. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.252.

696. Le cas des obstacles structurels. La limite imposée aux juges étatiques concernant les obstacles conjoncturels n'est pas la seule. Il existe aussi dans les deux États des limites plus larges concernant les obstacles structurels.

697. Délai d'un mois. En droit français et au sens de l'article 1452 alinéa 2 du CPCF, « si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie », le juge d'appui est susceptible d'être saisi dans le cas de cette difficulté relative à la constitution du tribunal arbitral. Sur ce point, la doctrine en France pense que le non-respect de cette limite en termes de délai peut aboutir à l'irrecevabilité de la demande de saisine¹⁵⁴³. En effet, la doctrine française justifie cette limite en considérant que le délai d'un mois est de nature à permettre la constitution rapide du tribunal arbitral¹⁵⁴⁴, ainsi « on notera [que] le délai d'un mois expressément prévu par le nouveau texte, [...] illustre le souci d'assurer la célérité des procédures arbitrales irriguant l'ensemble du décret »¹⁵⁴⁵. Selon nous, ce délai est trop long dans le cadre des mesures provisoires et/ou conservatoires puisque le prononcé de ces mesures par l'arbitre doit être rapide. Or, une partie résistante pourra en effet profiter du délai d'un mois pour ralentir les procédures arbitrales par le biais de manœuvres dilatoires.

En droit koweïtien, il n'existe pas de délai laissé aux parties pour choisir un arbitre contrairement au droit français. Ainsi, la limite du délai d'un mois existant en France empêchant l'intervention du juge d'appui avant l'expiration du délai n'existe pas au Koweït pour retarder l'intervention du juge étatique compétent koweïtien. Selon la doctrine koweïtienne, le juge étatique peut intervenir immédiatement en cas d'apparition d'une difficulté liée à la constitution du tribunal arbitral¹⁵⁴⁶.

698. Difficulté déjà née. En droits français et koweïtien, il existe également des limites à l'intervention du juge d'appui liées à la nature de la difficulté rencontrée par les parties. Selon la jurisprudence française, le juge d'appui ne peut pas intervenir lorsque la difficulté relative à la constitution du tribunal arbitral survient dans le cas d'un arbitrage forcé¹⁵⁴⁷, le principe étant qu'il peut être amené à intervenir lorsqu'il s'agit d'un arbitrage conventionnel. De plus, la doctrine française affirme que la difficulté relative à la constitution du tribunal arbitral doit déjà

¹⁵⁴³ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et...op. cit.*, p.19.

¹⁵⁴⁴ Voir en ce sens G. NOTTÉ, préc.

¹⁵⁴⁵ J. BÉGUIN, J. ORTSCHIEDT, Ch. SERAGLINI, « Arbitrage - Un second souffle... », préc.

¹⁵⁴⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.211.

¹⁵⁴⁷ TGI Paris, (ord. réf.), 5 mars 1984, *Rev. arb.*, 1984, p.379.

être née pour que le juge d'appui puisse intervenir¹⁵⁴⁸. L'intervention du juge d'appui ne sera donc pas légitimée s'il s'agit d'une difficulté future.

En droit koweïtien, même si la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes sont silencieuses concernant ce sujet, nous pensons comme en France que la logique juridique impose que l'intervention du juge étatique soit conditionnée à l'existence d'une convention d'arbitrage et au caractère présent de la difficulté. D'une part, cette intervention doit avoir lieu seulement s'il existe une convention d'arbitrage puisque l'arbitrage forcé est déjà organisé par la juridiction de l'État¹⁵⁴⁹. D'autre part, l'intervention du juge doit également être liée à l'existence d'une difficulté déjà née conformément aux conditions relatives à l'intérêt et à la qualité à agir¹⁵⁵⁰.

699. Convention d'arbitrage validée. Une autre limite logique existe en droit français empêchant l'intervention du juge d'appui. En effet, l'article 1455 du CPCF prévoit expressément que « si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation ». Selon la doctrine en France, le juge d'appui « n'est pas un distributeur automatique de désignation d'arbitre »¹⁵⁵¹. Ainsi, il est nécessaire de ne laisser aucun doute concernant la validité de la convention.

En droit koweïtien, il n'existe pas dans le CPCF d'article similaire à l'article 1455 du CPCF. Toutefois la doctrine pense que si la convention d'arbitrage est manifestement nulle comme par exemple lorsqu'elle déroge à l'ordre public, le juge déclare qu'il n'y a pas lieu à désignation car la condition d'intérêt n'existe plus¹⁵⁵².

700. En droits français et koweïtien, le juge étatique ne peut pas intervenir en vue de résoudre les difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral sauf en cas de demande présentée par les parties et selon des procédures spécifiques.

¹⁵⁴⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.316. ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et...op. cit.*, p.261.

¹⁵⁴⁹ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.595 s. ; Cass. Com. K., 28 juin 1998, n° 446/1998.

¹⁵⁵⁰ En ce sens : W. RAGEB, S. MAHMOUD, *Les procédures civile...op. cit.*, p.61.

¹⁵⁵¹ TGI Paris, (ord. réf.), 10 avril 1990, *Rev. arb.*, 1994, p.545, obs. PH. FOUCHARD.

¹⁵⁵² A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.253 et 254. ; du même auteur, *Les procédures civiles...t. I, op cit.*, p.46.

2 : Les procédures de saisine du juge étatique

701. En général et peu importe les types d'obstacles, si le juge étatique français ou koweïtien intervient avant ou après la constitution du tribunal arbitral, son intervention devra être conforme à des modalités spécifiques dans les deux États.

702. En droit français, l'article 1460 alinéas 1 et 2 du CPCF prévoit que « le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. Le juge statue selon la procédure accélérée au fond ». Il est logique que l'une des parties soit à l'origine de la saisine du juge d'appui pour régler les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral. En revanche, et comme le considère la doctrine française, il peut apparaître étrange et inopportun que « le tribunal arbitral » saisisse lui-même « le tribunal étatique » concernant des difficultés liées à sa propre constitution¹⁵⁵³. Toutefois, cette dernière modalité originale de saisine du juge d'appui trouve sa « justification pratique » dans les demandes présentées par les arbitres de prorogation du délai de l'arbitrage pour éviter l'engagement de leur responsabilité civile¹⁵⁵⁴.

Par ailleurs, selon l'article 1460 alinéa 2 concernant la demande portée et jugée comme en matière de référé, il ne s'agit pas d'une procédure de référé mais d'une procédure accélérée au fond¹⁵⁵⁵. Ainsi, il est dans ce cas nécessaire de saisir le président du tribunal judiciaire non pas en tant que juge de référé mais en tant que juge d'appui¹⁵⁵⁶. Dans cette hypothèse, le juge d'appui sera saisi par voie d'assignation et les procédures portées devant lui seront contradictoires et formées par une requête conjointe¹⁵⁵⁷.

703. En droit koweïtien, l'article 175 du CPOK prévoit que « si le litige est né mais que les parties ne s'accordent pas sur le choix des arbitres, ou si l'un des arbitres refuse d'arbitrer, ou s'il s'abstient, ou s'il est récusé ou révoqué par l'une des parties, ou en état d'empêchement qui l'empêche d'arbitrer, et qu'il n'existe pas de convention entre les parties concernant ces difficultés, le tribunal compétent désigne les arbitres par la demande des parties et par les procédures habituelles ». Il est à noter que ledit article ne fait ni référence au juge compétent, ni aux procédures de sa saisine. La possibilité de saisir le juge étatique koweïtien par les parties

¹⁵⁵³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.316.

¹⁵⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁵ En ce sens : C. BLÉRY, « Référés - Le référé procédural entre au Code de procédure civile Un texte bienvenu... mais encore insuffisant ! », *JCP G*, 2011, n° 39, 1006.

¹⁵⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.319.

ou le tribunal arbitral, la saisine par une requête conjointe ou unilatérale et le type des procédures à mettre en œuvre devant le juge compétent, ne sont pas des éléments prévus par le CPCK, mais ce sont la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes qui éclairent ces points.

En ce sens, la doctrine koweïtienne affirme que les modalités de saisine du juge compétent sont semblables aux modalités ordinaires pour ester en justice (devant les juridictions du fond)¹⁵⁵⁸. De plus, elle affirme que la saisine du juge compétent n'est possible que par une demande conjointe présentée par les parties et non pas par les arbitres¹⁵⁵⁹. Par ailleurs, les procédures devant le juge étatique ne sont ni des procédures de référé, ni des procédures « accélérées au fond », mais des procédures ordinaires et contradictoires. En l'espèce, il a été jugé par la Cour de cassation koweïtienne que la désignation d'un arbitre sera effectuée par un jugement contradictoire et non pas par une ordonnance sur requête¹⁵⁶⁰. Nous pensons donc que les modalités de saisine du juge étatique koweïtien sont en apparence similaires à celles du juge d'appui français, sauf en ce qui concerne la célérité de la saisine. En France, il s'agit d'une procédure accélérée au fond alors qu'au Koweït il est question d'une procédure ordinaire.

704. Voie de recours. En droits français et koweïtien, la décision du juge étatique concernant la désignation d'un arbitre n'est pas susceptible de recours. En droit français, l'article 1460 alinéa 3 prévoit que « le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455 ». Ici, la règle est qu'aucun recours contre l'ordonnance du juge d'appui n'est possible, sauf si cette ordonnance porte sur un refus de désignation¹⁵⁶¹. En droit koweïtien, il n'existe pas encore de disposition telle qu'il en existe en France. Or, selon la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes, le jugement du juge compétent n'est jamais susceptible de recours s'il concerne uniquement la désignation d'un arbitre¹⁵⁶². Il en résulte donc que le recours est possible au Koweït, si le juge déclare qu'il n'y a pas lieu à désignation comme en France.

¹⁵⁵⁸ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.213. ; En ce sens v. aussi : A. MILIGIE, *op. cit.*, p.176 s.

¹⁵⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁰ Cass. Com. K., 10 juin 1995, n° 223/1995. ; Cass. Civ. K., 10 mais 1992, n° 135/1990.

¹⁵⁶¹ L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, TH. CLAY, E. JEULAND, Y-M. SERINET, « Procédure civile - Droit judiciaire privé », *JCP G*, 2011, n° 50, doct. 1397. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.320. ; C. BLÉRY, préc..

¹⁵⁶² Cass. Com. K., 27 février 1984, n° 171/1985. ; Cass. Com. K., 7 mais 2001, n° 733/2001. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.214.

705. Conclusion du Chapitre I. Concernant la célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, nous avons pu affirmer dans ce chapitre que l'arbitre français ou koweïtien peut *a priori* remplacer les fonctions du juge des référés. La célérité de prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires est donc similaire à celle qui existe dans les procédures ayant lieu devant juge des référés. Par exemple, les délais de comparution sont libres, la relation entre les parties et les arbitres est cordiale, et il existe des modalités modernes pour garantir la célérité, la sécurité et l'efficacité du procès. Toutes ces protections permettent à l'arbitre de se positionner comme un vrai juge des référés dans les deux États. En effet, même s'il existe plusieurs obstacles devant les arbitres, le juge d'appui français ou le juge compétent koweïtien s'avère être une institution efficace pour soutenir le système arbitral concernant les procédures au fond, de même que les procédures concernant l'octroi de mesures provisoires et/ou conservatoires. Si les lois permettent au juge étatique d'intervenir dans les procédures arbitrales, le juge étatique procède aux interventions nécessaires de manière rapide et efficace. Le juge étatique n'est donc pas l'ennemi de l'arbitre, mais un réel partenaire qui le soutient tout au long de l'instance arbitrale.

Chapitre II : La célérité confrontée au principe du contradictoire et à la nature des mesures provisoires

706. En droits français et koweïtien, les obstacles qui perturbent la célérité et l'efficacité de l'arbitrage ne s'arrêtent pas à l'étendu de la personnalité de l'arbitre et à la constitution du tribunal arbitral. Dans les deux États, il existe encore d'autres obstacles. D'une part, des obstacles peuvent émerger face à l'exigence du principe du contradictoire, que la procédure soit contradictoire ou non (mesures provisoires et/ou conservatoires ordinaires et ordonnances sur requêtes). D'autre part, des obstacles peuvent également apparaître concernant la nature de la mesure provisoire demandée en elle-même (comme sa forme ambiguë). Ces deux types d'obstacles ralentissent effectivement le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires, voire en empêchent le prononcé.

707. Ainsi, il conviendra en premier lieu d'étudier l'obstacle tenant aux difficultés dans le respect du principe du contradictoire dans le cadre des ordonnances sur requêtes, mais également des mesures provisoires et/ou conservatoires qui sont quant à elle rendues d'une manière contradictoire (**Section 1**). Nous analyserons en second lieu l'obstacle de la nature des mesures provisoires et leur forme ambiguë (**Section 2**).

Section 1 : Le principe du contradictoire et les mesures non-contradictaires, des obstacles souples et stricts sur la célérité et la possibilité de prononcer des mesures provisoires.

708. En droits communs français et koweïtien, le principe de la contradiction en général, que la procédure soit contradictoire ou non, est une question fondamentale dans le système de référé judiciaire. Sur ce point, le cas des mesures non-contradictaires, c'est-à-dire les ordonnances sur requêtes ou les mesures *ex parte*, peut poser spécifiquement difficulté. De manière générale, le principe de contradiction doit strictement être respecté par toutes les juridictions étatiques, y compris la juridiction de référé. Cependant, il existe des cas où le juge étatique est fondé « à ne pas appeler de partie adverse » dans le cadre spécifique du prononcé d'une mesure provisoire. C'est le cas dans lequel le juge étatique prononce les ordonnances sur requêtes. Dans cette hypothèse, il est possible de dire que dans un sens, les juges étatiques

français et koweïtiens ont vocation à ne pas respecter le principe du contradictoire mais de manière tout à fait légale.

709. Dans le système des référés arbitraux français et koweïtiens, l'arbitre, comme le juge étatique, doit respecter le principe de la contradiction lorsqu'il prononce des mesures provisoires et/ou conservatoires. Toutefois, le respect d'un tel principe bénéficie en matière d'arbitrage d'une certaine souplesse contrairement aux procédures ayant lieu devant le juge étatique. Cependant, lorsque l'une des parties veut obtenir une mesure *ex parte* en cours de procédure arbitrale, l'arbitre ne peut pas les ordonner. Ainsi, c'est la raison pour laquelle deux degrés d'obstacles concernant la célérité et la possibilité de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires existent : d'une part le principe du contradictoire est un obstacle souple que l'arbitre devra surmonter dans le cadre de toutes les mesures provisoires et/ou conservatoires qui doivent être rendues d'une manière contradictoire. D'autre part, le cas des mesures non-contradictaires de l'ordonnance sur requête est un obstacle plus important et strict pour l'arbitre qui ne pourra pas prononcer de mesures provisoires car il sera complètement bloqué face au principe de la contradiction.

710. Concernant le premier obstacle, il s'agit donc du respect en règle générale et dans toutes les procédures du principe de contradiction. Nous considérons que le degré de cet obstacle est souple puisque même si le principe de la contradiction ralentit la célérité de le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires, les arbitres peuvent le respecter avec une certaine souplesse et marge de manœuvre en ordonnant rapidement lesdites mesures (§ 1). S'agissant du second obstacle, il s'agit de prononcer des mesures provisoires non-contradictaires dans le cas de l'ordonnance sur requête. Nous considérons que cet obstacle est strict car l'arbitre est alors complètement privé de la capacité d'ordonner les mesures provisoires demandées dans le cadre des mesures *ex parte* (§ 2).

§ 1 : Le principe du contradictoire, un obstacle souple face à l'exigence de célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales

711. En droits français et koweïtien, le principe du contradictoire n'est généralement un obstacle ni devant les parties d'un litige ni devant les juges étatiques ou les arbitres. Au contraire, ce principe garantit un procès équitable pour les parties d'un litige lorsqu'il est

correctement appliqué dans les tribunaux des deux États, qu'ils soient judiciaires ou arbitraux. De manière générale, le principe de la contradiction alourdit les procédures judiciaires et arbitrales en termes de temps. En effet, la plupart du temps, lorsque les litigants sont appelés devant le juge, ils doivent présenter leurs moyens afin de respecter le principe du contradictoire¹⁵⁶³. Le temps passé au respect de la contradiction par les parties n'est pas une difficulté dans le cas des procédures portant sur le fond de l'affaire. Toutefois, « l'importance de ce temps utile est exacerbée dans les procédures rapides »¹⁵⁶⁴. Dans le cadre des référés, le juge et l'arbitre français ou koweïtien doivent ainsi constamment respecter le contenu du principe de contradiction en évitant la perte de temps utile pour les parties (A). Néanmoins, la souplesse du principe du contradictoire dans l'instance arbitrale confère aux arbitres un avantage par rapport au juge étatique sur l'application de ce principe (B).

A : La notion de principe du contradictoire

712. Au Koweït comme en France, le principe de la contradiction est une règle « fondamentale » dans l'action judiciaire et arbitrale, au fond et en référé (1). Ainsi, son contenu doit être strictement appliqué dans les deux États et devant toutes les juridictions étatiques et arbitrales, y compris les juridictions des référés (2).

1 : Une notion fondamentale dans l'action judiciaire et arbitrale

713. En droits français et koweïtien, l'idée de la fundamentalité du principe du contradictoire existe devant toutes les juridictions étatiques et arbitrales. Cependant, plusieurs questions se posent ici : la fundamentalité de ce principe, le lien entre ce principe et la notion des droits de la défense, ou encore le lien entre ce principe et l'ordre public.

714. La définition du principe de la contradiction et son existence en droits français et koweïtien. En droits français et koweïtien, le principe du contradictoire est « aussi dénommé principe de la contradiction, en vertu duquel les parties doivent avoir la possibilité de discuter

¹⁵⁶³ En ce sens : M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse, Paris II, 1988.

¹⁵⁶⁴ Y. STRICKLER, Fasc. 500-40, « Principe de... », préc., n° 27.

dans le cadre d'un débat loyal les prétentions et les moyens développés par les autres parties ou envisagés par le juge »¹⁵⁶⁵. En droit français, le législateur rappelle aux articles 14 à 17, et à l'article 1464 alinéa 2 du CPCF la nécessité de respecter le principe de la contradiction par le juge étatique et l'arbitre¹⁵⁶⁶. S'agissant du droit koweïtien, le législateur ne prévoit pas le respect de ce principe dans des articles spécifiques du CPCK, à la différence des articles 14, 15, 16, 17 et 1464 du CPCF. En effet, le législateur koweïtien rappelle tout au long du Code de procédure civile et notamment aux articles 6, 45, 58 alinéa 2, et 143 du CPCK, l'obligation par le juge de respecter le principe du contradictoire¹⁵⁶⁷. Ainsi, si ce principe ou son esprit existe dans le CPCF et le CPCK en matières judiciaire et arbitrale, nous pouvons poser la question suivante : pourquoi ce principe est-il fondamental ?

715. La fondamentalité du principe. La réponse à la question de la fondamentalité du principe du contradictoire est bien détaillée par les doctrines française et koweïtienne. Selon la doctrine des deux États, le principe de la contradiction est le cœur d'un procès, qu'il soit judiciaire ou arbitral¹⁵⁶⁸. En l'espèce, le professeur Jean-Baptiste RACINE estime qu'il existe des situations où le juge et l'arbitre sont confrontés aux aléas des décisions concernant le litige. Ces aléas concernent par exemple la nature des moyens invoqués, la personnalité du juge étatique et de l'arbitre ou la manière selon laquelle le litige est traité. Selon le professeur Jean-Baptiste RACINE, la fondamentalité du principe du contradictoire ne réside pas dans la solution qui sera rendue par le juge ou l'arbitre mais bel et bien dans « la manière dont elle a été prise »¹⁵⁶⁹. À cet égard, la professeure Catherine KESSEDJIAN affirme également que le principe de la contradiction sera respecté conformément à la manière selon laquelle la décision est rendue, en affirmant qu'« on pourrait même aller jusqu'à soutenir que, dans un litige, le fond importe moins que la procédure »¹⁵⁷⁰. Par conséquent, la doctrine française et koweïtienne

¹⁵⁶⁵ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.140.

¹⁵⁶⁶ Les arts. 14 à 17 du CPCF obligent le juge étatique à respecter le principe du contradictoire et l'art. 1464 al. 2 du même code oblige l'arbitre en matière d'arbitrage interne à le respecter.

¹⁵⁶⁷ Le CPCK ne prévoit aucune disposition pour que l'arbitre respecte le principe du contradictoire, contrairement au droit français qui l'impose à l'article 1464 du CPCF. Cependant, selon la doctrine, étant donné que l'arbitrage est une exception de compétence du juge étatique, l'exception doit suivre le principe général. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op. cit.*, p.358.

¹⁵⁶⁸ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, p.427 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures... t. II, op. cit.*, p.357 s.

¹⁵⁶⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.394.

¹⁵⁷⁰ Ch. KESSEDJIAN, *préc.*

affirme que la condition *sine qua non* d'un procès équitable devant le juge et l'arbitre est le principe de la contradiction, et sans lui, la vérité dans un procès n'existera jamais¹⁵⁷¹.

716. Le principe du contradictoire et la notion de droits de la défense. Si l'on considère que le principe du contradictoire est fondamental, il apparaît que ce principe est lié à l'exigence d'un procès équitable, c'est-à-dire qu'on peut l'envisager dans le cadre des droits de la défense. En effet, contrairement à la doctrine koweïtienne, la doctrine française est divisée en plusieurs courants concernant le lien entre ledit principe et les droits de la défense. La doctrine au Koweït et une partie de la doctrine française pensent que le principe de la contradiction est en fait l'unique aspect contenu dans le principe général des droits de la défense lorsque les parties présentent leurs prétentions en exerçant leurs droits devant le juge¹⁵⁷². En revanche, une autre partie de la doctrine française pense que ce principe est autonome¹⁵⁷³, c'est-à-dire qu'il est un résultat naturel du respect des droits de la défense¹⁵⁷⁴. Ainsi, il existait une division de la doctrine française jusqu'à la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour européenne a finalement fait le lien entre le principe du contradictoire et les droits de la défense eu égard à l'article 6 de la Convention de sauvegarde, en prévoyant que ledit principe est l'un des aspects d'un « procès équitable »¹⁵⁷⁵.

717. Le principe du contradictoire et l'ordre public. En droits français et koweïtien, si le principe de la contradiction est fondamental pour garantir aux parties un procès judiciaire ou arbitral équitable, il est nécessaire d'éclaircir par ailleurs la question du lien entre ce principe et l'ordre public. En ce sens, selon la jurisprudence et la doctrine en France et au Koweït, l'exigence du principe de la contradiction est considérée d'ordre public et ce, dans n'importe quel procès devant le juge ou l'arbitre¹⁵⁷⁶. Plus précisément, ce principe doit être strictement appliqué en matière d'arbitrage, dans n'importe quel type d'arbitrage, que ce soit un arbitrage

¹⁵⁷¹ *Ibidem.* ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.395. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures.... t. II, op. cit.*, p.357 s. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.120.

¹⁵⁷² H. MOTULSKY, « le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle... », préc., n° 12. ; T. DOUIDRAN, *Les garanties des justiciables dans...op. cit.*, p.249 s. ; W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de...op. cit.*, p.128 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures.... t. II, op. cit.*, p.357 s.

¹⁵⁷³ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n° 516.

¹⁵⁷⁴ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bière, 1956, p.447.

¹⁵⁷⁵ À cet égard, la Cour de cassation française soutient le procès équitable à la lumière de principe de loyauté. En ce sens : Cass. Civ. 2^{ème}., 2 décembre 2004, n° 02-20.194, Bull, II, n° 514 p.440. ; Cass. Civ. 2^{ème}., 23 octobre 2003, n° 01-00.242, Bull, II, n° 326 p.265. ; Cass. Civ. 2^{ème}., 4 mars 2004, n° 02-15.270, Bull, II, n° 91 p.78.

¹⁵⁷⁶ Cass. Civ. F. 2^{ème}., 30 novembre 1978, n° 77-13.901, Bull, II, n° 259 p.198. ; Cass. Com. K. 17 novembre 1982, n° 48/1982. ; Y. STRICKLER, Fasc. 500-40, « Principe... », préc., n° 9 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures.... t. II, op. cit.*, p.358 s.

de droit ou une amiable composition¹⁵⁷⁷. Ainsi, en droits français et koweïtien, si le juge des référés ou l'arbitre en matière de référé violent ledit principe, leur décision sera susceptible d'être annulée¹⁵⁷⁸.

718. En droits français et koweïtien, après avoir étudié la fundamentalité du principe du contradictoire, il convient d'aborder son contenu et son implication en matière de référés judiciaire et arbitral.

2 : Le contenu strict de la contradiction dans l'action judiciaire et arbitrale

719. L'application du principe de la contradiction est en France et au Koweït obligatoire du début à la fin de l'instance, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale. Dans les deux États, ledit principe est composé de deux éléments substantiels : le fait pour les parties d'être appelées et entendues d'une part et la communication des pièces d'autre part. En général, le juge étatique et l'arbitre sont simultanément sommés de respecter ces deux éléments, au fond comme en référé. Toutefois, en matière de référés judiciaire et arbitral, le temps est nécessairement réduit et la forme des procédures n'est pas similaire à celle des procédures au fond ce qui implique une adaptation du principe du contradictoire. Ainsi, nous pouvons poser la question générale suivante : quel sera l'effet spécifique du principe de la contradiction en matière de référé arbitral ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'expliquer les deux composantes d'un tel principe.

720. Composantes du principe de la contradiction. En droits français et koweïtien, le principe de la contradiction est composé de deux éléments substantiels pour atteindre l'objectif d'un procès équitable comme nous l'avons expliqué : que les parties soient appelées et entendues d'une part et que les pièces soient communiquées d'autre part.

¹⁵⁷⁷ CA Paris, 24 février 1984, *Rev. arb.*, 1985, p.175, obs. T. BERNARD. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.341 s.

¹⁵⁷⁸ Cass. Civ. F. 2^{ème}, 14 décembre 1992, n° 91-12.438, n° 308 p.152. ; Cass. Com. K. 22 février 1984, n° 46/1983. ; Cass. Com. K. 27 mars 1985, n° 188/1984.

721. La nécessité que les parties soient appelées et entendues. S'agissant de cette première exigence, les parties doivent être notifiées et donc appelées à la procédure¹⁵⁷⁹. En matière judiciaire en France comme au Koweït, le juge étatique est soumis à la règle obligatoire selon laquelle il est impératif de notifier et d'appeler les parties à chaque procédure en cause. À cet égard, il est estimé que « seul un échange entre les parties permettra de placer le juge en position d'approcher la vérité à l'issue d'une discussion contradictoire »¹⁵⁸⁰. Par ailleurs, le juge étatique doit notifier et appeler les parties selon certaines modalités qui ont déjà été expliquées¹⁵⁸¹. Par conséquent, s'il s'agit d'une règle obligatoire considérée d'ordre public, les juges étatiques français et koweïtiens sont obligés de relever d'office l'éventuelle inobservation et donc violation de cette règle¹⁵⁸². Si l'une des parties ne comparait pas après avoir été notifiée, et donc qu'elle n'a pas été entendue, un jugement par défaut pourra tout de même être prononcé et ce prononcé ne violera pas le principe de la contradiction considéré comme d'ordre public en France et au Koweït¹⁵⁸³.

722. En matière d'arbitrages français et koweïtien, l'arbitre en tant que juge privé est concerné par ce principe. Il doit notifier et appeler les parties à chaque procédure en cause¹⁵⁸⁴. De la même manière que dans les procédures judiciaires, si l'une des parties fait défaut malgré sa notification, la procédure arbitrale ne sera pas bloquée pour autant car une « sentence par défaut » peut être prononcée¹⁵⁸⁵. En effet, dans cette hypothèse, l'arbitre ne choisit pas de violer ce principe mais c'est la partie qui a volontairement choisi de ne pas comparaître devant lui dès lors que la notification a été faite à personne dans le respect de la procédure de notification telle qu'elle est prévue en droit de l'arbitrage. Toutefois, si l'arbitre français ou koweïtien viole son

¹⁵⁷⁹ V. l'art. 14 du CPCF, et l'art. 22 du Code de la preuve koweïtien.

¹⁵⁸⁰ Y. STRICKLER, Fasc. 500-40, « Principe... », préc., n° 16.

¹⁵⁸¹ *Supra* : n° 583.

¹⁵⁸² Cass. Civ. F. 2^{ème}, 11 mars 1993, n° 93-60.084, Bull. civ. II, n° 101. ; Cass. Soc. F., 22 juin 2011, n° 10-10.563, inédit. ; Cass. Civ. F. 2^{ème}, 10 mai 1989, n° 88-11.941, Bull. Civ. II, n° 105 p. 53. ; Cass. Civ. F. 2^{ème}, 10 mars 1982, n° 81-10.023, Bull. Civ. II, n° 38. ; Cass. Civ. F. 2^{ème}, 23 juin 2011, n° 09-15.572, Bull. Civ. II, n° 139. ; Cass. Com. K., 8 juin 1981 n° 45/1981. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.361. ; M. DANIS, « Nécessité du respect du principe du contradictoire par les arbitres », JCP E, 2006, n° 47, 2660.

¹⁵⁸³ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 513. ; Y. STRICKLER, Fasc. 500-40, « Principe... », préc., n° 24. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...t. I, op. cit.*, p.362.

¹⁵⁸⁴ Cass. Civ. F. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 96-15.732, Bull. Civ. I, n° 188. ; Ch. KESSEDJIAN, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.346 s.

¹⁵⁸⁵ CA Paris, 25 mars 1983, *Rev. arb.*, 1984, p.363, note J, ROBERT. ; Cass. Com. K., 10 janvier 1993, n° 9/1991. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.520. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.346 s. ; L'art. 179 du CPCF qui prévoit que « prévoit expressément qu' « [...] il est possible que l'arbitre prononce un "jugement" conformément à ce qui a été présenté par la partie et même si l'adversaire était absent ».

devoir de notification et d'appel des parties à chaque procédure, la sentence sera annulée puisqu'elle déroge à l'ordre public¹⁵⁸⁶.

723. Communiquer les pièces dans un temps utile. Quant au second élément du principe du contradictoire, il existe en France et au Koweït un devoir auquel sont soumis l'arbitre et le juge étatique. Celui-ci concerne la communication des pièces entre les parties, et ce, dans un temps raisonnable. Comme le disait le professeur Jean-Baptiste RACINE, la communication est au cœur du principe de la contradiction puisqu'elle permet à une partie de négocier les prétentions de son adversaire¹⁵⁸⁷. A partir de là, si l'une des parties n'a pas pu négocier les prétentions de son adversaire dans un délai raisonnable ou n'a pas eu les moyens pour mettre œuvre efficacement cette négociation, la jurisprudence française et la doctrine koweïtienne admettent qu'il existe une violation du principe du contradictoire¹⁵⁸⁸. Par ailleurs, dans les deux États, si les parties ont communiqué tardivement leurs pièces (par exemple quelques heures avant l'audience), les prétentions ou conclusions qui ont fait l'objet de cette communication tardive seront probablement écartées devant le juge des référés ou devant l'arbitre¹⁵⁸⁹. Il faut noter que les parties doivent impérativement respecter le devoir de loyauté puisqu'à défaut d'observer cette règle, toutes les prétentions produites seront écartées¹⁵⁹⁰.

724. Questions liées au référé arbitral et au principe du contradictoire. Il apparaît en France et au Koweït que le juge étatique, l'arbitre, mais aussi les parties doivent tous respecter ce principe tout au long de l'instance. Toutefois, nous pouvons poser deux questions fondamentales en France et au Koweït concernant le lien entre le principe du contradictoire et la procédure de référé pour affirmer que ledit principe est un obstacle pour la mise en œuvre d'un référé arbitral : la question de la notification des prétentions d'une part et la question de la forme des mesures provisoires d'autre part.

¹⁵⁸⁶ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil.*, Fasc. 1800-72, « ARBITRAGE – La décision arbitrale – Voies de recours », 2020, n° 42. ; A. ABDULFATTAH, « le devoir de juge dans le respect du principe de la contradiction », *Le revue d'avocat koweïtien*, 1987, année 10, p.7 s.

¹⁵⁸⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.396.

¹⁵⁸⁸ La jurisprudence fonctionne sur le fondement de l'article 1492 du CPCF. En ce sens : Cass F., Civ 2^{ème}, 29 janvier 2004, n° 02-15.774, inédit. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.157 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...op. cit.*, p.375 s.

¹⁵⁸⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.396.

¹⁵⁹⁰ L'article 15 du CPCF dispose que « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». ; Le CPCF n'organise quant à lui pas ces obligations. Cependant, cette contrainte a été affirmée par la doctrine. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.351 et 352.

725. S'agissant de la première question, si le temps est foncièrement amoindri en matière de référés judiciaire et arbitral, comment le juge et l'arbitre peuvent-ils notifier et communiquer les prétentions à l'adversaire dans un temps utile ? En effet, concernant les délais de comparution, nous avons déjà expliqué que devant le juge des référés, le temps « suffisant » sera librement apprécié par le juge, et la Cour de cassation exercera son contrôle sur cette appréciation¹⁵⁹¹. Ainsi, implicitement, l'application du principe du contradictoire est écarté devant le juge ordinaire puisqu'il est constamment soumis au contrôle de la Cour de cassation dans les deux États concernant le respect des droits de la défense.

En matière d'arbitrage français, l'article 15 du CPCF applicable devant l'arbitre interne, oblige ce dernier à communiquer les prétentions des parties entre elles dans un temps utile¹⁵⁹². La doctrine koweïtienne estime qu'il est nécessaire d'appliquer cet article 15 du CPCF en droit koweïtien, ainsi, son application est obligatoire devant l'arbitre koweïtien comme devant le juge des référés¹⁵⁹³. Cependant, nous pouvons relever un certain manque de logique dans le droit applicable en France et au Koweït en matière de référé arbitral car la question du temps « utile » dans le cas d'un tel référé semble peu pertinente compte-tenu de l'exigence de célérité qui oblige l'arbitre à agir très vite. Selon nous, la référence à un « temps court » semble plus logique que la référence au « temps utile » dès lors qu'il s'agit d'une procédure en référé que l'on soit en matière arbitrale ou judiciaire. Comme le dit le professeur Yves STRICKLER, « l'importance de ce temps utile est exacerbée dans les procédures rapides, où le juge doit vérifier "qu'il s'est écoulé un temps suffisant [pour que le défendeur] ait pu préparer sa défense" »¹⁵⁹⁴. En l'absence de règles organisant le temps « utile » devant les arbitres français et koweïtiens, nous pouvons nous demander si l'arbitre est véritablement confronté à un obstacle pour ordonner, le cas échéant, des mesures provisoires et/ou conservatoires. Sur ce point, il nous apparaît que l'existence d'une liberté procédurale devant lui contrebalance cette difficulté en matière de contradictoire. La flexibilité et la souplesse que permet la liberté procédurale permettra en effet d'éviter une éventuelle atteinte à l'ordre public et à la bonne justice.

¹⁵⁹¹ *Supra* : n° 583.

¹⁵⁹² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.396.

¹⁵⁹³ Il n'existe pas dans le CPCF un article similaire à l'article 15 du CPCF. Ainsi, la communication des pièces dans un temps utile est affirmée par la doctrine koweïtienne par référence directe à l'article 15 du CPCF. En ce sens : S. MAHMUD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.48 s. ; A. ABDULFATTAH, « le devoir de juge dans le respect... », préc., p.7 s.

¹⁵⁹⁴ Y. STRICKLER, Fasc. 500-40, « Principe... », préc., n° 27.

726. Concernant la seconde question, en France comme au Koweït et de manière générale, la forme de la mesure provisoire est en matière de référé judiciaire et arbitral l'ordonnance. En revanche, les décisions qui tranchent définitivement le fond de l'affaire prennent la forme d'un jugement définitif en matière judiciaire ou d'une sentence en matière arbitrale. En l'espèce, la question de la forme de la décision au regard du respect du principe du contradictoire n'a pas besoin d'être approfondie en matière de référé judiciaire puisque le juge étatique, qu'il soit français ou koweïtien, « statuera en référé soit par une ordonnance par défaut, soit par une ordonnance réputée contradictoire selon les conditions de signification de l'assignation »¹⁵⁹⁵. Ainsi, le principe de la contradiction ne constitue pas un obstacle dans le référé judiciaire. Cependant, en matière de référé arbitral, la question qui se pose est celle de savoir si l'arbitre des deux États peut prononcer « une ordonnance par défaut » comme le juge des référés. En effet, nous avons déjà vu que dans les deux États et toujours avec le respect du principe de la contradiction, l'arbitre peut parfaitement statuer et prononcer une sentence par défaut, au même titre que le juge étatique¹⁵⁹⁶. Toutefois, il existe une exception en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires. Dans ce cas, la doctrine en France et au Koweït affirme que l'arbitre ne peut pas prononcer une « ordonnance par défaut »¹⁵⁹⁷. En ce sens, le professeur Jean-Baptiste RACINE affirme qu' « en droit français, celles-ci [les mesures provisoires et conservatoires] sont rationnellement à exclure dans la mesure où, dans tous les cas, le principe de la contradiction s'impose à l'arbitre (même si l'on pourrait envisager une restauration *a posteriori* du contradictoire). Pour tout dire, le non contradictoire est du ressort du juge étatique, aux conditions posées par les textes. L'arbitre est un juge du contradictoire, de bout en bout (c'est une question de confiance) »¹⁵⁹⁸.

727. Par conséquent, il apparaît que le principe du contradictoire peut constituer un obstacle devant les arbitres français et koweïtiens en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires du fait de l'absence de temps suffisant en la matière causé par la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires. Ainsi, dès lors que la décision prend la forme d'une sentence, elle peut être prononcée par défaut.

¹⁵⁹⁵ N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 513. ; En ce sens v. aussi : S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.88.

¹⁵⁹⁶ *Supra* : Questions liés au référé arbitral et au principe du contradictoire

¹⁵⁹⁷ À cet égard : É. LOQUIN, Fasc. 1800-72, « ARBITRAGE – La décision arbitrale... », préc., n° 71. ; Du même auteur, *J. Cl. International*, Fasc. 725, « Arbitrage commercial... », 2015, préc., n° 46. ; A. ABDULFATTAH, « le devoir de juge dans le respect... », préc., p.7 s. ; Du même auteur, *Le droit...op. cit.*, p.364. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.40 s.

¹⁵⁹⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.397.

728. Si le principe de la contradiction est un principe fondamental qui doit être respecté strictement devant le juge étatique et l'arbitre, il constitue un obstacle uniquement devant l'arbitre. Néanmoins, ce dernier bénéficie d'une certaine souplesse, puisque cet obstacle n'est pas absolu.

B - La souplesse du principe du contradictoire dans l'instance arbitrale

729. En droits français et koweïtien, peut-on dire pour autant que l'existence du principe de la contradiction perturbe « nécessairement » la célérité de prononcé ou de l'obtention de mesures provisoires et/ou conservatoires par les arbitres ?

730. En réalité, la réponse à cette question est négative dans les deux États. Heureusement, les mesures provisoires et/ou conservatoires françaises et koweïtiennes bénéficient de la souplesse de la procédure arbitrale tant d'un point de vue théorique (1) que pratique (2). Ainsi, en matière d'arbitrage, les ordonnances des arbitres prononçant des mesures provisoires et/ou conservatoires ne sont que très rarement remises en question.

1 : La souplesse du principe de la contradiction mis en théorie

731. Théoriquement, le principe du contradictoire peut être considéré par l'une des parties comme une « brèche »¹⁵⁹⁹, pouvant permettre d'annuler l'exécution des décisions arbitrales (sentence ou ordonnance) rendues par l'arbitre. Toutefois, il est important que les parties en droits français et koweïtien ne soient pas dans le besoin de se prémunir de cette brèche puisqu'une telle situation risquerait d'affaiblir la célérité et l'efficacité des procédures arbitrales. Ainsi, il existe dans les deux États une certaine marge de manœuvre au profit des arbitres qui empêche que les parties se retrouvent dans la nécessité de se prémunir systématiquement d'une violation du principe du contradictoire ce qui perturberait ladite célérité et, *a fortiori*, l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires.

¹⁵⁹⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.401.

732. Souplesse en matière d'arbitrage français. En droit français, l'article 1466 du CPCF prévoit que « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». En ce sens, le professeur Jean-Baptiste RACINE affirme que cet article s'applique naturellement au principe de la contradiction devant l'arbitre¹⁶⁰⁰. Si nous appliquons à la lettre cet article impactant le principe de la contradiction en matière d'arbitrage, il apparaît que les parties ne peuvent invoquer la violation de ce principe que tant que le tribunal arbitral est toujours en cours d'exercice de sa mission, la souplesse existant en matière arbitrale permettant de garantir la célérité et l'efficacité de la procédure. Cependant, il existe des solutions jurisprudentielles françaises variées concernant l'application de l'article précité puisque certaines décisions apportent des solutions différentes concernant le moment auquel les parties pourront invoquer la violation du principe de la contradiction. En effet, des décisions rendues sur cette question par les juges d'annulation permettent aux parties d'invoquer ce moyen devant le juge d'annulation, et donc postérieurement à la mission arbitrale. Au contraire, d'autres décisions interdisent aux parties de soulever ce moyen.

En l'espèce, il a été jugé plusieurs fois en France que les parties doivent dénoncer tout grief qui concerne les procédures arbitrales, et notamment le grief en violation du principe de la contradiction et ce, devant le tribunal arbitral lui-même¹⁶⁰¹. À défaut, le silence des parties sera considéré comme une renonciation à ce droit¹⁶⁰².

En revanche, l'arrêt *Golshani* rendu par la Cour de cassation française le 6 juillet 2005, retient qu'il est possible de soulever devant le juge étatique le vice d'une procédure lié au principe de la contradiction, même après le prononcé de la sentence arbitrale¹⁶⁰³.

Néanmoins, la doctrine française affirme unanimement que la partie qui soulève l'existence d'un vice de procédure doit l'invoquer uniquement devant le tribunal arbitral¹⁶⁰⁴. En ce sens, le professeur Éric LOQUIN pense que « cette obligation de comportement impose aux parties de dénoncer devant le tribunal arbitral les griefs qui pourraient justifier l'annulation de la sentence. À défaut, cette partie ne pourra plus invoquer le grief devant le juge de l'annulation de la sentence »¹⁶⁰⁵. De même, le professeur Jean-Baptiste RACINE affirme que

¹⁶⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁰¹ CA Paris, 2 avril 1998, *Rev. arb.* 1999, p.821, note B. LEURENT. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 20 novembre 2003, *Rev. arb.* 2004, p.283, note M. BANDRAC. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 04-13.999, Inédit.

¹⁶⁰² L. CADIET, « La renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1996, p.4.

¹⁶⁰³ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, n° 01-15.912, Bull. Civ. I, n° 302 p.252. ; En ce sens v. aussi : É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 124.

¹⁶⁰⁴ L. CADIET, « La renonciation... », *op. cit.*, p.4 ; É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 1222 s. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.401.

¹⁶⁰⁵ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 124.

« dès lors qu'une violation de la contradiction apparaît durant la procédure, la partie qui s'en estime victime doit l'invoquer devant le tribunal arbitral. À défaut, il ne sera plus possible de l'invoquer à l'appui d'une demande de contestation *a posteriori* de la sentence »¹⁶⁰⁶.

Par conséquent, nous pensons que l'obligation qui est faite aux parties d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est nécessaire pour poser une limite aux parties et donc assurer la souplesse théorique de la procédure arbitrale. Les parties ne peuvent perturber la célérité de la procédure arbitrale, notamment en soulevant la « quasi-violation » de la contradiction, et donc s'opposer au prononcé des ordonnances requises, que devant le tribunal arbitral lui-même. Si les parties gardent le silence, les arbitres doivent simplement continuer leur mission au fond ou en référé.

733. Souplesse en matière d'arbitrage koweïtien. En droit koweïtien, il n'existe malheureusement pas de texte similaire à l'article 1466 du CPCF dans le CPCR. Par ailleurs, la doctrine koweïtienne affirme que les ordonnances, c'est-à-dire les mesures provisoires et/ou conservatoires, ne seront prononcées que dans le cadre d'une procédure contradictoire. Toutefois, il existe en droit koweïtien comme en droit français une certaine souplesse en matière de référé arbitral. Or, au Koweït cette souplesse ne réside pas, comme en France, dans le moment où la partie invoque la violation du principe du contradictoire, c'est-à-dire devant le tribunal arbitral et non devant le juge étatique dans le cas d'une demande éventuelle d'annulation. Au Koweït, la souplesse réside plutôt en réalité dans les modalités qui permettent de recourir au juge d'annulation concernant la violation de la contradiction.

734. À cet égard, l'article 186 alinéa 3 du CPCR prévoit qu' « il est possible que les parties concernées demandent l'annulation d'une décision arbitrale **définitive** dans les cas suivants : [...], C – En cas de caducité d'une sentence, ou de caducité des procédures arbitrales qui affecte nécessairement et négativement la décision finale »¹⁶⁰⁷. Conformément à cet article, si la demande de recours en annulation est portée devant le juge étatique concernant une violation de la contradiction dans le cadre de prononcé d'une mesure provisoire et/ou conservatoire, elle ne sera pas acceptée par le juge d'annulation, car les mesures provisoires ne sont pas définitives¹⁶⁰⁸. Un tel recours doit donc être effectué devant le tribunal étatique

¹⁶⁰⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.401.

¹⁶⁰⁷ تنص المادة ١٨٦ فقرة ٣ من قانون المرافعات على انه " يجوز لكل ذي شأن ان يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية: (...) ج – إذا وقع بطلان في الحكم او بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

¹⁶⁰⁸ En ce sens : A. ABDULFATTAH, « le devoir de juge dans le respect... », préc., p.7 s.

compétent une fois la sentence définitive rendue¹⁶⁰⁹. De plus, si la mesure provisoire n'affecte pas négativement la sentence définitive, l'ordonnance ayant prononcé la mesure provisoire litigieuse ne pourra pas être annulée et ce, nonobstant le recours en annulation¹⁶¹⁰.

Par ailleurs, selon l'article 187 du CPOK, le recours en annulation de la sentence de l'arbitre sera prescrit après 30 jours à compter de la déclaration de la sentence¹⁶¹¹. Ainsi, en cas de dépassement de la limite de temps, à savoir la prescription de 30 jours, il sera dans tous les cas impossible d'intenter un recours contre une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre.

En sus, les ordonnances (les mesures provisoires et/ou conservatoires en droit koweïtien) sont susceptibles de recevoir l'*exequatur*¹⁶¹², c'est-à-dire qu'elles peuvent immédiatement être exécutées contrairement au droit français. Par conséquent, si une partie estimant qu'elle est victime de la violation de la contradiction devant l'arbitre garde son silence pendant l'instance, ou même si elle invoque cette violation devant le juge étatique, l'ordonnance ne sera annulée qu'après le prononcé de la sentence finale¹⁶¹³. L'objectif de ce maintien de l'ordonnance rendue par l'arbitre, même entachée d'une violation de la contradiction, est de garantir la célérité et l'efficacité de la procédure arbitrale et d'empêcher sa paralysie.

735. Selon nous, l'absence d'impact de l'ordonnance sur la sentence finale¹⁶¹⁴ de même que le recours tardif et donc après la prescription de 30 jours devant le juge compétent contre la mesure provisoire, confèrent clairement une souplesse théorique au référé arbitral dans la mesure où les mesures provisoires et/ou conservatoires prononcées par les arbitres pourront être exécutées immédiatement.

736. En droits français et koweïtien, si le principe de la contradiction est d'application souple en matière de référé arbitral d'un point de vue théorique, cette souplesse existe également d'un point de vue pratique.

¹⁶⁰⁹ F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.304. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.550.

¹⁶¹⁰ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.558.

¹⁶¹¹ من قانون المرافعات على انه " ترفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع بالأوضاع المعتادة لرفع ١٨٧ تنص المادة "الدعوى وذلك خلال ثلاثين يوم من اعلان الحكم".

¹⁶¹² *Infra* : n° 995.

¹⁶¹³ Cass. Com., 25 mai 2005, n° 1008/2004.

¹⁶¹⁴ Si l'ordonnance n'affecte négativement pas la sentence finale, elle ne sera pas annulée du fait d'une quasi-violation du principe de la contradiction.

2 : La souplesse du principe de la contradiction mis en pratique

737. En matière d'arbitrages français et koweïtien, il existe deux règles générales justifiant la souplesse du principe du contradictoire lorsqu'il est mis en pratique, et plus spécifiquement lorsque les arbitres prononcent des mesures provisoires et/ou conservatoires. D'une part, les arbitres des deux États ne sont pas obligés de motiver leurs décisions arbitrales en ce qui concerne le respect d'un tel principe. D'autre part, ils ne sont également pas dans l'obligation d'apporter la preuve du respect de la contradiction. Ainsi, ces deux règles permettent au principe de la contradiction de démontrer sa souplesse d'application, ce qui au final a pour effet de ne pas perturber la célérité et l'efficacité de l'arbitrage.

738. L'absence de motivation et le respect du principe du contradictoire. En droits français et koweïtien, la règle générale à la fois dans le CPCF et le CPCK est que les sentences arbitrales doivent impérativement être motivées par le tribunal arbitral¹⁶¹⁵. L'absence de motivation des décisions arbitrales (sentences ou ordonnance) françaises ou koweïtiennes peut ainsi entraîner l'annulation de décisions¹⁶¹⁶. Toutefois, en ce qui concerne le principe de la contradiction, il a simultanément été jugé en France comme au Koweït que l'absence de motivation des décisions de l'arbitre concernant le respect d'un tel principe n'aboutit pas nécessairement à l'annulation de la décision dont la motivation serait absente¹⁶¹⁷. Comme l'affirme expressément la cour d'appel de Paris, « les arbitres n'ont pas l'obligation de soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire »¹⁶¹⁸. Ainsi, le résultat est semblé aller de soi : la confiance dans les systèmes arbitraux renforce la célérité des décisions des arbitres des deux États, puisque ces derniers prononceront librement les mesures provisoires et/ou conservatoires sans avoir peur de la mauvaise intention d'une partie qui voudrait perturber l'efficacité de ces décisions. À cet égard, il a été considéré par les doctrines française et koweïtienne que « dans tous les cas, le contrôle du respect du principe de la contradiction ne saurait entraîner un examen du bien-fondé de la motivation »¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁵ L'art. 1482 al. 2 du CPCF et 183 al. 1 du CPCK.

¹⁶¹⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 16 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989, p.491, note R. RIVIER. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.451.

¹⁶¹⁷ Cass. Civ. F. 1^{re}, 19 décembre 2012, n° 11-10.973, *Bull. Civ. I.*, n° 262. ; CA Paris, 23 mai 2002, *Rev. arb.*, 2002, p.971, 1^{re}, esp., note J.-B. RACINE. ; CA Paris, 25 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004, p.671, note J. ORTSCHIEDT. ; Cass. Com. K. 7 mai 2001, n° 683/2000. ; Cass. Com. K. 7 mai 2001, n° 740/2000. ; Cass. Com. K. 10 janvier 1993, n° 9/1991. ; Cass. Com. K. 18 février 2004, n° 222/2003. En ce sens v. également : A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.452.

¹⁶¹⁸ CA Paris, 12 février 2004, *Rev. arb.* 2004, p.665. ; CA Paris, 19 septembre 2002, *Rev. arb.* 2004, p.619.

¹⁶¹⁹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.402.

739. La charge de la preuve de la violation par l'arbitre du principe du contradictoire. La motivation des décisions arbitrales nous conduit à étudier aussi la question de la charge de la preuve de la violation du principe de la contradiction dans lesdites décisions. À cet égard, les jurisprudences française et koweïtienne donnent une solution similaire, qui favorise la confiance dans les systèmes arbitraux. En effet, il incombe à la partie qui estime qu'elle est victime de la violation du principe de la contradiction de rapporter la preuve d'une telle violation¹⁶²⁰. En l'espèce, la Cour de cassation française a permis un assouplissement concernant le principe de contradiction et la preuve à apporter en cas de violation. En ce sens, les juges ont soulevé que l'annulation d'une sentence arbitrale sur le fondement de la violation du principe de la contradiction implique qu'il soit démontré que les éléments d'information utilisés par les arbitres n'ont pas été soumis de manière effective au débat contradictoire entre les parties à l'arbitrage¹⁶²¹.

De la même manière, la Cour de cassation koweïtienne affirme que le principe de la contradiction est respecté lorsque le juge ou l'arbitre notifie verbalement les parties de la date d'audience et communique les pièces dans le cadre d'un débat contradictoire. La partie victime doit ainsi apporter la preuve de cette violation¹⁶²².

Par conséquent, cette présomption de régularité de la décision arbitrale et du respect du principe de la contradiction par l'arbitre renforce en pratique en France et au Koweït la célérité et l'efficacité des décisions arbitrales. En effet, selon nous, la présomption établie par les jurisprudences française et koweïtienne élargit les pouvoirs des arbitres en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires. Le principe de la contradiction dans l'arbitrage n'est ainsi qu'une limite garantissant que les droits des parties à l'arbitrage sont respectés, il ne constitue en ce sens pas un véritable obstacle à la continuité de la procédure arbitrale. Comme l'écrit le professeur Jean-Baptiste RACINE, « si le principe de la contradiction est en lui-même un carcan, il préserve une certaine souplesse. Toute violation de la contradiction n'est en effet pas nécessairement sanctionnée »¹⁶²³.

¹⁶²⁰ Cass. Civ. F. 1^{re}, 5 novembre 2014, n° 13-11.745, Bull. Civ. I., n° 181. ; Cass. Com. K. 22 février 1984, n° 46/1983. ; En ce sens v. aussi : L. WEILLER, « Arbitrage - Charge de la preuve du non-respect de la contradiction par l'arbitre », *Procédures*, 2015, n° 2, comm. 44. ; J.-R. COSTARGENT, L.-Ch. DELANOY, « Le pouvoir de relever des moyens d'office au regard des principes directeurs de la procédure en arbitrage international », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, n° 1, 2010, étude 1. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.454.

¹⁶²¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 30 septembre 1999, *Rev. Arb.*, 2000, p.267, note J.-G. BETTO.

¹⁶²² Cass. Soc., 8 juin 1981, n° 44/1981.

¹⁶²³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.401.

740. En France et au Koweït, si le principe de la contradiction constitue un obstacle seulement relatif au bon fonctionnement de la procédure arbitrale en ce qu'il ne peut, en règle générale, qu'avoir pour effet de ralentir l'obtention des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, les mesures non-contradictaires, c'est-à-dire les ordonnances sur requêtes, constituent un obstacle plus strict pour les arbitres, et également quant à leur possibilité de prononcer de telles mesures.

§ 2 : Les mesures non-contradictaires, un obstacle strict empêchant de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires

741. En général, il existe dans n'importe quel système de référé judiciaire des situations qui vont amener le juge à agir de manières différentes en termes de respect du principe du contradictoire mais l'objectif est dans tous les cas le même : garantir la mise en œuvre d'une bonne justice, efficace et rapide. Le juge sera amené par principe à respecter dans la majorité des hypothèses le principe du contradictoire sauf dans le cas des mesures non-contradictaires, c'est-à-dire les ordonnances sur requêtes ou les mesures *ex parte* dans le cadre desquelles le principe du contradictoire sera amené, dans un cadre légal, à ne pas être respecté¹⁶²⁴. Ainsi, dans la première hypothèse, celle du respect du principe de la contradiction, la bonne justice ne sera garantie qu'avec un débat contradictoire, alors que dans la seconde hypothèse, la justice idéale ne sera garantie qu'avec un débat non-contradictaire. Néanmoins, nous pouvons poser la question suivante : en matière d'arbitrages français et koweïtien : pourquoi les ordonnances sur requêtes constituent-elles un obstacle important pour les arbitres exerçant leur mission dans les deux États ? Par exemple, l'arbitre peut tantôt ordonner un référé-provision qui permet d'obtenir la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, mais il est tantôt interdit de prononcer une ordonnance sur requête qui permet, en cas d'urgence, la conservation de preuves. En effet, l'arbitre rend dans les deux cas une mesure ayant la même nature provisoire¹⁶²⁵. Or, l'obstacle constitué par les ordonnances sur requêtes, c'est-à-dire la conservation de preuves rend impossible le prononcé de cette mesure provisoire par l'arbitre, écartant ainsi de fait les questions relatives à l'efficacité et à la célérité de la procédure arbitrale.

¹⁶²⁴ Y. DERAIS, « L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte », *Gaz. pal.*, 2003, n° 310, p.14. ; S. MAHMUD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.46.

¹⁶²⁵ « Par nature, l'ordonnance sur requête est une décision provisoire, rendue non contradictoirement ». En ce sens : H. CROZE, Ch. LAPORTE, *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, « SAISIE IMMOBILIÈRE. – Procédure jusqu'à l'audience d'orientation », 2012, n° 154.

742. La réponse à ces questions est à la fois simple et complexe. En effet, il semble évident que l'arbitre n'a pas vocation à intervenir en matière de mesures provisoires dans le cadre des ordonnances sur requêtes car dans ce cas c'est le juge étatique, qu'il soit français et koweïtien, qui a compétence exclusive. Mais alors nous pouvons nous interroger sur la raison d'être de cette compétence exclusive au profit des juges étatiques. Pourquoi les arbitres ne peuvent-ils pas également exercer leur mission en matière de mesures provisoires dans le cadre des ordonnances sur requêtes dans le souci d'une bonne justice ?

743. Pour répondre à cette dernière interrogation, il est nécessaire d'expliquer d'abord les contours des mesures *ex parte* et leurs conditions (A), puis l'exclusivité des mesures *ex parte* et la raison pour laquelle celles-ci relèvent exclusivement de la compétence du juge étatique (B).

A : Le contour des mesures *ex parte* et leurs conditions

744. Selon les professeurs Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, si le principe de la contradiction est l'essence même du procès, en cas d'urgence, l'essence du procès est cette fois l'absence du principe du contradictoire¹⁶²⁶. Toutefois, en droits français et koweïtien, même si les arbitres peuvent d'une certaine manière « contourner » le principe de la contradiction concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires, ils ne sont pas autorisés à prononcer des ordonnances sur requêtes, c'est-à-dire des mesures *ex parte*. Ainsi, il apparaît que ces mesures jouent un rôle fondamental en matière de référé judiciaire mais sont exclues en matière arbitrale ce qui nous invite à, dans un premier temps, expliquer la définition et la nature des mesures *ex parte* dans le cadre du référé judiciaire (1) puis, dans un second temps, à revenir sur leurs conditions de prononcé par le juge (2).

1 : La définition et la nature des mesures *ex parte*

¹⁶²⁶L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...op. cit.*, 9^{ème} éd, p.557.

745. Concernant la question de la définition des mesures *ex parte*, ces mesures sont clairement définies par le législateur français. Au contraire, le législateur koweïtien ne fait malheureusement pas comme son homologue français et ne propose pas de définition spécifique de ces mesures. Par ailleurs, s'agissant de la question de la nature de ces mesures, il existe une controverse en France comme au Koweït.

746. La définition des procédures sur requêtes. En droit français, l'article 493 du CPCF définit l'ordonnance sur requête comme « une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse ». À cet égard, il résulte de cet article plusieurs types d'ordonnances sur requêtes. Une première série d'ordonnances sur requêtes découle de l'article 17 du CPCF alors qu'une autre série relève par ailleurs de certaines dispositions conférant la compétence concernant ces ordonnances aux présidents de diverses juridictions, notamment les articles 812, 851, 875, 897, 958 et 959 du même code. Concernant les premières sortes d'ordonnances sur requêtes, l'article 17 du CPCF prévoit que « lorsque la loi permet ou que la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ». Commentant cet article, certains auteurs estiment que « la loi et l'urgence apparaissent ainsi comme deux fondements autorisant le juge à ordonner une mesure en l'absence de partie adverse, sauf à signaler que l'utilisation d'une requête n'ouvre pas nécessairement une procédure sur requête »¹⁶²⁷.

747. En droit koweïtien, le législateur ne définit pas comme en France l'ordonnance sur requête dans le CPCK. Toutefois, la doctrine koweïtienne définit l'ordonnance sur requête comme étant une ordonnance provisoire, rendue par le juge compétent sur requête, sans débat contradictoire¹⁶²⁸. En effet, si nous voulons comparer les procédures d'ordonnances sur requêtes au Koweït par rapport aux règles relatives à ces procédures en France, les deux fondements des procédures sur requêtes sont en réalité les mêmes qu'en France, c'est-à-dire la loi et l'urgence, car l'article 163 du CPCK confère au juge étatique le pouvoir d'ordonner ce type de mesures sous la nécessité de la demande des parties¹⁶²⁹. Ainsi, les fondements de la loi

¹⁶²⁷ *Ibidem*.

¹⁶²⁸ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.270.

¹⁶²⁹ L'art. 163 du CPCK prévoit que « dans les cas où la loi permet au juge ou au tribunal compétent de prononcer une ordonnance sur requête par une demande de l'une des parties, et l'ordonnance doit être imprimée de deux exemplaire [...] ».

et de l'urgence apparaissent bien évidemment en droit koweïtien de la même manière qu'en France tel que mentionnés à l'article 17 du CPCF.

748. La nature des procédures sur requêtes : gracieuses ou contentieuses ? En droits français et koweïtien, la question de la définition des ordonnances sur requêtes ne soulève pas spécifiquement de problème. La difficulté réside cependant dans la question de la nature de ces ordonnances puisqu'il existe sur ce point une controverse. En effet, la question de la nature des procédures sur requêtes a été soulevée dans les deux États, à savoir si ces procédures, qui ont essentiellement pour objet d'écarter la contradiction, sont de nature gracieuse ou contentieuse. À cet égard, cette hésitation entre nature gracieuse ou contentieuse est la raison pour laquelle un débat doctrinal a existé en France et existe toujours au Koweït car, que l'on soit dans un cadre contentieux ou gracieux, la procédure est introduite par simple requête sans l'existence d'un litige ou d'un adversaire¹⁶³⁰.

749. En droit français, une hésitation existait avant la loi du 15 juillet 1944¹⁶³¹. En effet, avant cette loi, les voies de recours contre les décisions gracieuses étaient exclues afin de « permettre malgré tout aux tiers, à qui une décision rendue en leur absence pouvait faire grief, d'exercer les voies de recours normales »¹⁶³². Ainsi, pour cela, la doctrine était divisée en France : une partie de la doctrine qualifiait à l'époque les ordonnances sur requêtes de procédures gracieuses alors qu'une autre partie de la doctrine considérait que ces procédures étaient contentieuses¹⁶³³.

Cependant, depuis ladite loi jusqu'à nos jours, le débat est tranché puisque les voies de recours contre les décisions gracieuses sont totalement admises¹⁶³⁴. Partant de là, la doctrine française affirme aujourd'hui que la procédure sur requêtes est de nature contentieuse,

¹⁶³⁰ S. PIERRE-MAURICE, « Ordonnance sur requête et matière gracieuse », *Dalloz*, 2003.

¹⁶³¹ D. Le NINIVIN, « La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile », *RJO*, 1982, p. 154 et 155. ; Ch. LESBATS, « L'évolution du contrôle du juge en matière gracieuse », *RJO*, 2001, p.3.

¹⁶³² J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunaux du commerce... », préc., n° 3.

¹⁶³³ À cet égard, M. Xavier VUITTON pense que « la question de la nature juridique de l'ordonnance sur requête a été âprement discutée en doctrine. Il s'agissait de savoir si elle était de nature gracieuse ou de nature contentieuse, ce dont dépendait tant l'autorité de la décision que la question de savoir de quels recours elle était susceptible. Depuis la réforme de la procédure civile, ces problèmes ont été, pour la plupart, résolus par les textes, de sorte que le débat doctrinal, qui mettait en jeu la notion d'acte juridictionnel, s'il subsiste, ne présente plus guère d'intérêt pratique ». En ce sens v. : X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES SUR REQUÊTE », 2019, n°37.

¹⁶³⁴ S. PIERRE-MAURICE, préc.

puisqu'elle est susceptible d'un recours¹⁶³⁵. En effet, pour éviter toute confusion sur le sujet, Roger PERROT expliquait avec ses beaux mots la nature contentieuse de l'ordonnance sur requête. Selon lui, « la procédure gracieuse a pour objet d'obtenir du tribunal lui-même une décision définitive soumise aux voies de recours habituelles, alors que la procédure des requêtes est une procédure présidentielle qui a pour trait caractéristique d'inverser le contentieux afin d'obtenir immédiatement une mesure provisoire, sous réserve d'une éventuelle contestation de la part de celui qui devra la subir. Aussi bien, l'ordonnance sur requête est-elle régie par un système de recours très particulier¹⁶³⁶, qui n'a plus rien à voir avec la procédure gracieuse »¹⁶³⁷. Il est donc aujourd'hui admis en France que les procédures sur requêtes ont une nature contentieuse.

750. Le débat n'est au contraire toujours pas tranché en droit koweïtien, car au Koweït le législateur ne permet toujours pas aux parties de contester les ordonnances sur requêtes devant une juridiction supérieure. En effet, le législateur koweïtien organise les voies de recours contre les ordonnances sur requêtes dans les articles 164 et 165 du CPCCK. Toutefois, il ne permet pas aux parties d'interjeter appel contre ces ordonnances devant la Cour d'appel. En l'espèce, la réclamation administrative¹⁶³⁸ est la seule manière autorisée pour contester les ordonnances sur requêtes¹⁶³⁹. Cette réclamation administrative doit donc être présentée devant le juge qui a déjà prononcé l'ordonnance ou devant le tribunal compétent¹⁶⁴⁰. Cela revient à aboutir à la même solution que celle qui existait en France avant la loi du 15 juillet 1944, c'est-à-dire qu'il existe toujours une confusion entre la nature gracieuse ou contentieuse des procédures sur requêtes¹⁶⁴¹. Par conséquent, il nous apparaît qu'au Koweït il serait nécessaire de mettre en place un système de recours plus clair contre les ordonnances sur requêtes pour

¹⁶³⁵ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd, *op. cit.*, p.561. ; J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunaux du commerce... », préc., n° 3. ; En ce sens v. aussi : A. HENRY, *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, Thèse, Nancy, 1913, p.38.

¹⁶³⁶ V. les arts. 496 et 497 du CPCF.

¹⁶³⁷ R. PERROT, « Demande en rétractation - Nature contentieuse de la procédure ultérieure », *Procédures*, 2003, n° 4, comm. 86. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 30 janvier 2003, n° 01-01.128, Bull. Civ. II, n° 25 p.20.

¹⁶³⁸ Le terme de « réclamation » n'est plus employé en France depuis la loi du 15 juillet 1944. Toutefois, elle reste utilisée et appliquée au Koweït. La réclamation peut être définie comme la possibilité pour une partie de saisir le même juge ayant prononcé l'ordonnance sans pour autant que cette saisine ne déclenche de procédure judiciaire. La réclamation se rapprocherait donc davantage d'une procédure à l'amiable.

¹⁶³⁹ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.279. ; W. RAGEB, S. MAHMOD, *Le Code de...op. cit.*, p.449.

¹⁶⁴⁰ L'art 165 du CPCF prévoit que « la réclamation de l'ordonnance ne perturbe pas sa force exécutoire. Toutefois, cela est possible par le tribunal compétent ou par le juge qui a déjà prononcé l'ordonnance ».

¹⁶⁴¹ T. RESQ, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.272. ; W. RAGEB, *Les principes de la juridiction...* *op. cit.*, p. 703 s. En ce sens v. aussi : M.-A. RATEB, M. KAMEL, M.-F. RATEB, *La juridiction...*t. I, *op. cit.*, p.55.

permettre, comme en France, d'éviter les confusions et, *a fortiori* il nous semble qu'il serait opportun d'adopter la même solution qu'en France en émettant une loi similaire à la loi française de 1944 pour écarter tout débat. De plus, cette confusion pose également problème concernant la nature provisoire des mesures prononcées dans le cadre des ordonnances sur requêtes puisque alors que les mesures provisoires sont considérées par certains auteurs de la doctrine koweïtienne comme des mesures contentieuses, affirmer la nature gracieuse de ces mesures apparaît comme une contradiction¹⁶⁴².

751. En général et peu importe la nature des procédures sur requêtes dans les deux États, elles ont en France et au Koweït pour objet d'obtenir immédiatement une mesure provisoire. Ainsi, ces ordonnances sont soumises à certaines conditions pour pouvoir être rendues par le juge étatique.

2 : Les conditions requises pour le prononcé d'une mesure *ex parte*

752. En droits français et koweïtien, il existe trois conditions à remplir pour que le juge étatique prononce une ordonnance sur requête. Tout d'abord, l'ordonnance sur requête doit être prononcée dans les cas expressément spécifiés par la loi. Ensuite, l'ordonnance doit être prononcée dans le cadre d'une circonstance qui impose la violation du principe du contradictoire. Enfin, la condition d'urgence doit également et toujours être remplie. À cet égard, il convient de se demander si l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, est soumis à ces trois conditions importantes. Si tel n'est pas le cas, quels sont les liens entre ordonnances sur requêtes et arbitrage ?

753. La nécessité de l'existence d'un texte. En droits français et koweïtien, la première condition pour le prononcé d'une ordonnance sur requête est la nécessité de l'existence d'un texte prévoyant la possibilité de saisir le juge des requêtes pour obtenir l'ordonnance en question.

754. En droit français, les textes prévoyant la possibilité de l'intervention du juge des requêtes sont extrêmement nombreux dans le CPCF. Comme le dit Pierre HÉBRAUD, « le

¹⁶⁴² A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.272.

domaine des ordonnances sur requête est fait d'une accumulation énorme et hétéroclite, rebelle à toute mise en ordre et même à tout recensement systématique »¹⁶⁴³. En effet, comme il a déjà été expliqué, il existe en droit français deux séries d'ordonnances sur requêtes. Dans le livre I du CPCF, les dispositions 493 à 498 définissent les ordonnances sur requêtes en prévoyant les procédures afférentes et les voies de recours ouvertes¹⁶⁴⁴. Dans le livre II du même code, les dispositions particulières à chaque juridiction sont prévues. Ainsi, pour l'intervention du juge des requêtes dans n'importe quelle juridiction, il est nécessaire qu'un texte législatif existe et prévoit ce pouvoir juridictionnel¹⁶⁴⁵. De nombreux exemples de cette nécessité d'un pouvoir conféré par les textes existent dans le CPCF, notamment l'article 145 du code qui confère au juge étatique le pouvoir d'ordonner sur requête ou en référé les mesures d'instruction nécessaire¹⁶⁴⁶. Partant de ce constat, en dehors de ces cas spécifiques qui sont déterminés par le législateur français, le juge étatique n'a pas le pouvoir d'intervenir en prononçant les ordonnances en question.

755. En droit koweïtien, le législateur organise les ordonnances sur requêtes dans les articles 22, 163, 164 et 165 du CPCK. En effet, avant le décret numéro 36 de 2002, le juge étatique était libre d'ordonner les ordonnances sur requêtes, même s'il n'existait pas de disposition lui conférant ce pouvoir juridictionnel¹⁶⁴⁷. Après ledit décret, l'article 163 du CPCK a été modifié pour prévoir au profit du juge étatique un pouvoir spécifique de prononcer les ordonnances sur requêtes dans les cas déterminés par le CPCK. En l'espèce, la doctrine koweïtienne a confirmé que les juges étatiques ne pouvaient intervenir que dans les cas autorisés par la loi pour prononcer des ordonnances sur requêtes, contredisant la solution antérieure selon laquelle les juges avaient un pouvoir plus large d'intervention en la matière¹⁶⁴⁸. Ainsi, le droit koweïtien admet désormais, à l'instar du droit français, la condition de la nécessité de l'existence d'un texte prévoyant la possibilité de saisir le juge des requêtes pour obtenir l'ordonnance en question. Ainsi, il convient d'appliquer cette même logique en matière d'arbitrage. Puisque le juge étatique ne peut intervenir en matière d'ordonnances sur requêtes que lorsqu'il existe un texte lui conférant ce pouvoir de manière exprès, et qu'il n'existe aucun

¹⁶⁴³ P. HÉBRAUD, *Rapport au colloque des Instituts d'études judiciaires*, Lille 1964, p.9 s.

¹⁶⁴⁴ L. CADJET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd, *op. cit.*, p.561.

¹⁶⁴⁵ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES... », préc., n° 12 s. ; N. LESOURD, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « ORDONNANCE SUR REQUÊTE. – Présentation », 2019, n° 14 s.

¹⁶⁴⁶ V. également les autres exemples comme en matière saisie-contrefaçon, (art. L. 332-1 et L. 332-2 du Code de la propriété intellectuelle), en matière d'exécution, (art. R. 121-23 du CPC), ou aussi en matière de copropriété (art. 17 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965).

¹⁶⁴⁷ Le décret numéro 36 du 2002 relatif à la modification de CPCK du 1980.

¹⁶⁴⁸ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.274.

texte donnant ce pouvoir spécifique à l'arbitre, il est logique, *a fortiori*, que cette condition de l'existence d'un texte prive totalement les arbitres français et koweïtiens du pouvoir de prononcer une ordonnance sur requête.

756. L'urgence. En droits français et koweïtien, cette première condition relative à l'existence d'une disposition autorisant le juge à ordonner l'ordonnance en question n'est pas la seule. Il est également nécessaire que la condition d'urgence soit remplie. Les juridictions des deux États ont été amenées sur ce point à expliquer plusieurs fois la notion d'urgence¹⁶⁴⁹. Ainsi, en France, l'article 812 alinéa 2 du CPCF exprime la nécessité que la condition de l'urgence soit remplie en ce qu'il prévoit que le Président du Tribunal « peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes [...] ». En ce sens, la jurisprudence et la doctrine françaises affirment également l'importance de cette condition pour conférer la protection provisoire par ordonnance sur requête¹⁶⁵⁰. Ainsi, la condition d'urgence est posée de manière expresse par le CPCF, la jurisprudence et la doctrine français.

En revanche, le CPCF ne mentionne aucune condition d'urgence pour que le juge étatique puisse prononcer une ordonnance sur requête. Ce dernier code prévoit les cas précis dans lesquels les ordonnances sur requêtes seront prononcées¹⁶⁵¹. Par ailleurs, la jurisprudence koweïtienne n'exige également pas, à notre connaissance, que la condition d'urgence soit remplie. Toutefois, la doctrine koweïtienne affirme que le juge étatique doit vérifier l'existence de l'urgence avant de prononcer une ordonnance sur requête¹⁶⁵².

757. Les circonstances nécessitant la violation du principe du contradictoire. Il reste à expliquer la dernière condition pour le prononcé des ordonnances sur requêtes dans les deux États. Cette dernière condition vise la circonstance selon laquelle la violation du principe du contradictoire devient une nécessité procédurale. Rappelons qu'en France comme au Koweït la règle principale en matière de référé est que les mesures provisoires et/ou conservatoires doivent par principe être rendues de manière contradictoire. Par exception, les ordonnances sur requêtes, même si elles sont considérées comme des mesures provisoires, devront être

¹⁶⁴⁹ *Supra* : n° 370.

¹⁶⁵⁰ Cass. Com., 4 mai 2010, n° 09-66.513, Inédit. ; Cass. Civ., 2^{ème}, 3 mai 2006, n° 04-11.121, Inédit. ; J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunaux du commerce... », préc., n° 11 et 53. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES... », préc., n° 27.

¹⁶⁵¹ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.274.

¹⁶⁵² *Ibidem.* ; En ce sens v. aussi : M. ALENZI, préc., T. RESQ, préc.

prononcées non-contradictoirement par les juges compétents¹⁶⁵³. En ce sens, il faut noter que « la procédure sur requête n'exclut pas la contradiction puisqu'un recours existe et est contradictoire, mais elle réalise une **inversion du contentieux** qui lui est propre, en plaçant le débat judiciaire après la décision, alors qu'il en est, en principe, le préalable »¹⁶⁵⁴.

758. En droit français, les articles 812 et 493 insistent simultanément sur le fait que le juge compétent doit impérativement respecter les circonstances qui exigent que les ordonnances sur requêtes ne soient pas prises contradictoirement. Cela a été également affirmé par la jurisprudence française¹⁶⁵⁵. Cette dernière a cependant complété le raisonnement en précisant que la requête prononcée par le juge « doit donc faire état de circonstances justifiant qu'il procède hors de toute contradiction »¹⁶⁵⁶. À cet égard, la doctrine française estime quant à elle que le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner l'ordonnance non-contradictoire s'il estime seulement que son intervention est nécessaire. Le juge doit obligatoirement rechercher et être sûr de l'existence des circonstances qui rendent nécessaire et utile le prononcé de l'ordonnance sans informer l'adversaire concerné qu'elle est demandée¹⁶⁵⁷. Par conséquent, si la condition de l'existence de circonstances exigeant la violation du contradictoire n'est pas remplie, le juge étatique doit impérativement déclarer que la requête est irrecevable et que les mesures demandées ne peuvent être rendues que par voie de référé ordinaire et contradictoire¹⁶⁵⁸.

759. En droit koweïtien, ni le législateur ni la jurisprudence n'exigent que l'ordonnance sur requête doive être prononcée conformément à une circonstance qui oblige à ne pas informer la partie adverse. Toutefois, au même titre que la doctrine française, la doctrine koweïtienne estime que si cette mesure est rendue de manière contradictoire, son utilité sera alors perdue¹⁶⁵⁹. Ainsi, comme en France, la circonstance qui oblige le juge à ne pas informer la partie adverse et de cette manière, à inverser le contentieux, est une condition fondamentale pour rendre une

¹⁶⁵³ Lart. 493 du CPCF prévoit que « l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement ».

¹⁶⁵⁴ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES... », préc., n° 24.

¹⁶⁵⁵ Cass. Soc., 10 juillet 2013, n° 12-12.181, Inédit. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 13 mai 1987, Bull. civ. II, n° 112, *RTD civ.*, 1988, p.181, obs. R. PERROT. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 8 janvier 2015, n° 13-27.740, Inédit.

¹⁶⁵⁶ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES... », préc., n° 24. En ce sens : Cass. Civ. 2^{ème}, 16 mars 2017, n° 16-13.064, Inédit.

¹⁶⁵⁷ J.-D. BRETZNER, E. DUMINY, « Les variétés - Les tribulations du principe de la contradiction en matière d'ordonnance sur requête fondée sur l'article 145 du CPC », *RJDA*, 2018, n° 15, 18. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES... », préc., n° 24.

¹⁶⁵⁸ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, n° 1373. ; À cet égard : Y. STRICKLER, M. FOULON, « L'envoi en possession par voie de requête de l'article 1008 du Code civil », *JCP G*, 2015, n° 15, 435.

¹⁶⁵⁹ A. ABDULFATTAH, *Les procédures... t. I, op. cit.*, p.274.

ordonnance sur requête. Par ailleurs et contrairement au droit français, à cause de la nature gracieuse des procédures sur requêtes en droit koweïtien, le juge compétent est en droit de prononcer l'ordonnance en question sans la motiver et sans mentionner les circonstances qui justifient le prononcé d'une telle ordonnance, que ce soit en raison de l'urgence ou de la nécessité de violer le contradictoire pour des raisons procédurales¹⁶⁶⁰. Toutefois, en pratique, si les circonstances ne justifient pas que le principe du contradictoire soit violé, et même s'il y a urgence, le juge se déclarera irrecevable¹⁶⁶¹. Sur ce point, nous considérons qu'il s'agit ici d'un bon exemple de l'influence du droit français sur le droit koweïtien, tel qu'expliqué dans l'introduction¹⁶⁶². Le législateur koweïtien a bien établi le système des ordonnances sur requêtes dans les articles 163, 164 et 165 du CPCK, mais il a omis de l'organiser rigoureusement comme le législateur français. C'est pourquoi en pratique le juge s'inspire ici des solutions retenues en France en matière d'ordonnances sur requêtes pour pallier les lacunes du droit koweïtien.

760. En droits français et koweïtien, après avoir expliqué la procédure de l'ordonnance sur requête, sa nature et ses conditions, il reste à s'interroger sur les liens entre ordonnances sur requêtes et arbitrage. En effet, puisque l'arbitre n'a pas le pouvoir d'intervenir en la matière, le bénéfice de l'arbitrage, qui permet aux parties de bénéficier du principe de célérité arbitrale, n'a pas vocation à exister en l'espèce. Ainsi, nous pouvons raisonner en deux temps. D'une part, les juges étatiques des deux États ont compétence exclusive pour prononcer les ordonnances sur requêtes. Ainsi, il n'existe pas d'ordonnance sur requête en matière d'arbitrage et donc la question de la célérité arbitrale ne se pose même pas. Pourquoi alors écarter les arbitres français et koweïtiens en matière d'ordonnances sur requêtes et ne pas faire bénéficier aux parties de la rapidité des procédures arbitrales ? Nous pouvons alors, d'autre part, répondre à cette question par le fait que les arbitres ne disposent pas de l'*imperium*.

B : L'exclusivité des mesures *ex parte* du fait de l'absence d'*imperium* des arbitres

761. A titre liminaire, il convient de préciser qu'en droits français et koweïtien il n'existe pas de texte permettant aux arbitres d'intervenir en matière d'ordonnances sur requêtes.

¹⁶⁶⁰ W. RAGEB, S. MAHMOUD, *Les procédures civile...op. cit.*, p.66 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures... t. I, op. cit.*, p.274 et 275.

¹⁶⁶¹ T. RESQ, préc.

¹⁶⁶² *Supra* : n° 39.

Pourquoi ainsi considérer par principe que les arbitres n'ont pas vocation à intervenir en la matière ce qui permettrait de faire bénéficier les parties de la rapidité et de l'efficacité des procédures arbitrales ?

762. La réponse à cette question est similaire dans les deux États. Pour l'expliquer, il convient de préciser que l'exigence de célérité arbitrale n'a pas vocation à être invoquée en matière d'ordonnances sur requêtes puisque les législateurs n'autorisent que les juges des requêtes à être compétents en la matière (1). Toutefois, même si les arbitres pouvaient *a priori* être considérés comme compétents pour prononcer ces mesures, ces derniers ne pourraient pas faire bénéficier les parties de leur rapidité et de leur efficacité à cause de leur absence d'*imperium* (2). Par conséquent, la compétence exclusive des juges étatiques en matière d'ordonnances sur requêtes peut être considérée, d'une part, comme un obstacle théorique à la compétence des arbitres en la matière, alors que l'absence d'*imperium de ces derniers* constitue, d'autre part, un obstacle pratique à cette compétence écartant de fait le bénéfice de la rapidité de l'arbitrage pour les mesures *ex parte*.

1 : La compétence exclusive du juge des requêtes, un obstacle théorique opposé à la compétence arbitrale

763. Le législateur français, comme le législateur koweïtien, confère une compétence exclusive aux juges étatiques pour prononcer les ordonnances sur requêtes. Ainsi, cela permet à ces juges d'intervenir dans les processus arbitraux avant ou même après la constitution du tribunal arbitral.

764. La compétence des juges français. En droit français, les règles de compétences du juge des requêtes sont divisées en règles matérielle et territoriale.

S'agissant de la compétence matérielle, la compétence du juge des requêtes est celle de la juridiction dont il émane¹⁶⁶³. Par exemple, l'article 874 du CPCF donne au président du tribunal de commerce la compétence de prononcer les ordonnances en question¹⁶⁶⁴. Par ailleurs, en droit commun, l'article 812 du même code donne au président du tribunal judiciaire une

¹⁶⁶³ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd, *op. cit.*, p.557.

¹⁶⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 19 février 2014, n° 13-14.672, Inédit.

compétence « selon laquelle le président ne peut statuer que dans les limites de la compétence de son propre tribunal »¹⁶⁶⁵. En effet, en ce qui concerne ce dernier article, il prévoit que si la requête est afférente à une instance en cours, elle doit être présentée au président de la chambre à laquelle l'affaire a été traitée ou au juge qui a déjà été saisi¹⁶⁶⁶. Cela a donc un intérêt procédural que de regrouper toutes les procédures devant un seul juge¹⁶⁶⁷. Ainsi, selon ces exemples, chaque juge a une compétence attribuée. Toutefois, en droit commun, l'article 812 du CPCF a fait l'objet d'un débat puisque selon certains auteurs, il ne constituait pas une règle de compétence matérielle, mais une règle d'administration judiciaire¹⁶⁶⁸. Sur ce point, la Cour de cassation a clôturé ce débat en jugeant qu'il est nécessaire que le juge des requêtes, en matière judiciaire, soit compétent si le litige fait partie de la compétence judiciaire au fond¹⁶⁶⁹.

Concernant la compétence territoriale du juge des requêtes, la règle est plus simple. Ce juge sera territorialement compétent dans deux hypothèses : soit le président de la juridiction compétente pour connaître le fond de l'affaire¹⁶⁷⁰, soit le président du tribunal du lieu dans lequel la mesure demandée doit être exécutée¹⁶⁷¹.

765. En droit koweïtien, l'article 22 du CPCK prévoit que « le juge des requêtes dans le tribunal de Grande Instance est le président de ce tribunal, ou quiconque prend sa place, ou qui est délégué pour cette mission, et dans le tribunal d'instance le juge des requêtes est le juge d'instance »¹⁶⁷². En effet, concernant cet article, la doctrine affirme que le juge compétent pour prononcer les ordonnances en question sera déterminé selon le type de litige et le montant du procès¹⁶⁷³. Toutefois, nous voyons que ledit article est lacunaire. En effet, le législateur koweïtien attribue seulement la compétence au tribunal de Grande Instance et au tribunal d'Instance. Il ne fait donc pas comme le législateur français lorsqu'il confère une compétence à chaque type de tribunal, comme par exemple devant le tribunal de commerce ou civil, en vertu des articles 812 et 874 du CPCF. Ainsi, selon l'article 22 du CPCK, s'il n'y a pas de conflit de compétence entre le tribunal de Grande Instance et le tribunal d'Instance, il y aura certainement

¹⁶⁶⁵ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES... », préc., n° 7.

¹⁶⁶⁶ L'art. 812 al. 3 du CPCF. ; En ce sens v. aussi : Cass. Com., 14 février 2012, 11-12.619, Inédit. ; Ph. BERTIN, « Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires », *Gaz. Pal.* 1979, 1, doct. p.294, n° 8, 9.

¹⁶⁶⁷ X. VUITTON, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES... », préc., n° 7.

¹⁶⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁶⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 19 février 1991, Bull. Civ. I, n° 70. ; En ce sens : Cass. Civ. 1^{re}, 1 octobre 2014, n° 13-22.853, Bull. Civ. I, n° 159.

¹⁶⁷⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 15 octobre 2015, n° 14-17.564, Bull. Civ. I, n° 311.

¹⁶⁷¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 18 novembre 1992, *JCP G*, 1993, I, 3678, n° 10, obs. L. CADIET.

¹⁶⁷² تنص المادة ٢٢ من قانون المرافعات على انه " قاضي الأمور الوقتية في المحكمة الكلية هو رئيس المحكمة او من يقوم مقامه او من ينتدب لذلك، وفي المحكمة الجزئية هو قاضيها".

¹⁶⁷³ A. ABDULFATTAH, *Les procédures... t. I, op. cit.*, p.275.

un conflit de compétence entre les chambres civiles et commerciales. Par conséquent, la problématique est la même qu'en France avant l'intervention de la Cour de cassation puisque l'article 22 du CPC est considéré non pas comme une règle de compétence matérielle mais comme une règle d'administration judiciaire¹⁶⁷⁴.

Par ailleurs, il faut noter que la question de la compétence territoriale ne se pose pas ici du fait de la surface géographique de l'État du Koweït tel que déjà été étudié¹⁶⁷⁵.

766. La compétence exclusive des juges étatiques écartant celle des arbitres. En général et peu importe les inconvénients liés aux règles de compétence des juges des requêtes, cette compétence exclusive des juges étatiques constitue un véritable obstacle théorique au bénéfice pour les parties de la rapidité des procédures arbitrales. Ainsi, l'impossibilité pour les arbitres d'intervenir en matière d'ordonnances sur requêtes ne découle pas d'une faille dans le système arbitral en lui-même puisque l'arbitre pourrait très bien prononcer les mesures demandées dans le cadre d'une telle procédure sans que cela ne se traduise par un ralentissement de la procédure arbitrale. Toutefois, il s'agit d'une compétence exclusive qui prive totalement les arbitres des deux États de prononcer ce type de mesures urgentes, qui remplace donc la célérité arbitrale.

767. En droits français et koweïtien, les ordonnances sur requêtes sont considérées comme des mesures provisoires qui aident à surmonter des situations urgentes. Ainsi, ce type de mesures est particulièrement nécessaire en matière de référé judiciaire ou même arbitral. Toutefois, le juge des requêtes est le seul juge habilité à prononcer lesdites ordonnances dans les deux États. Par conséquent, lorsqu'une partie à l'arbitrage a besoin d'une ordonnance sur requête pendant l'instance arbitrale, le juge étatique interviendra au cours de la procédure arbitrale dans cet objectif. Le juge pourra intervenir avant et après la constitution du tribunal arbitral, ou même à la fin de l'instance arbitrale¹⁶⁷⁶. En l'espèce, il faut noter que l'intervention du juge ne ralentit pas dans cette hypothèse les procédures arbitrales, mais elle les accélère. Cependant, cette intervention du juge étatique prive totalement les arbitres du pouvoir d'octroyer ce type de mesures (les ordonnances sur requêtes) fondamentales en matière de référés. C'est donc la raison pour laquelle la compétence exclusive du juge des requêtes français

¹⁶⁷⁴ En ce sens : T. RESQ, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.276.

¹⁶⁷⁵ *Supra* : n° 115.

¹⁶⁷⁶ Il s'agit de l'exécution des décisions arbitrales par l'obtention de l'*exequatur*. En ce sens : *Infra* :

et koweïtien constitue un obstacle important empêchant l'intervention des arbitres en matière d'ordonnances sur requêtes.

768. En droits français et koweïtien, pourquoi les juges des requêtes ont-ils une compétence exclusive excluant l'intervention des arbitres ?

2 : L'absence d'*imperium*, un obstacle pratique devant les arbitres

769. En droits français et koweïtien, *a priori*, même s'il existait un texte législatif permettant aux arbitres d'octroyer des ordonnances sur requêtes non-contradictoires, les arbitres ne disposeraient pas en tout état de cause d'un pouvoir coercitif, c'est-à-dire de l'*imperium*, pour pouvoir mettre en application les éventuelles mesures urgentes qui auraient été prononcées. Cependant, le juge étatique est le seul autorisé à prononcer les ordonnances sur requêtes : en bénéficiant de l'*imperium* il dispose du pouvoir de surmonter l'obstacle lié au principe du contradictoire lorsqu'il y a nécessité de créer un effet de surprise. Cet effet de surprise constitue en effet l'intérêt des ordonnances sur requête car il va permettre d'éviter notamment la dissimulation de preuve par la partie adverse.

770. Notion d'*imperium*¹⁶⁷⁷. En droits français et koweïtien, l'*imperium* ou le pouvoir coercitif peut se définir comme « le pouvoir de contrainte qu'exerce le juge par délégation de l'État »¹⁶⁷⁸. À cet égard, il faut noter que seule la doctrine française dissèque la notion d'*imperium*, la doctrine koweïtienne n'évoque jamais la question. Ainsi, en France, certains auteurs considèrent que l'*imperium* est constitué de trois composantes essentielles : L'*imperium merum* – le pouvoir de contrainte à l'état pur – la *jurisdictio* – le pouvoir de dire le droit –, et l'*imperium mixtum*¹⁶⁷⁹. Au croisement de l'*imperium merum* et de la *jurisdictio*, on trouve l'*imperium mixtum* qui est indissociable de la *jurisdictio* et qui constitue en général le pouvoir de prononcer des astreintes¹⁶⁸⁰. En effet, le plus important pour l'efficacité de la justice est ici l'*imperium merum*. Ce dernier *imperium* se compose également d'une part d'un pouvoir de

¹⁶⁷⁷ *Infra* : n° 836.

¹⁶⁷⁸ Il convient de souligner que la doctrine koweïtienne reprend la définition française. En ce sens : Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit* p.245. ; En ce sens : É. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne... », préc., n° 2. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.502.

¹⁶⁷⁹ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit* p.245.

¹⁶⁸⁰ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.95 s.

contrainte qui est l'« *imperium dicere* »¹⁶⁸¹, c'est-à-dire l'astreinte orale, et d'autre part d'un pouvoir d'exécution de cette astreinte qui est l'« *imperium facere* »¹⁶⁸², à savoir la force matérielle. Ainsi, en matière judiciaire, les juges étatiques français ou koweïtiens ont l'*imperium merum* qui se compose non seulement d'un pouvoir de contrainte mais également du pouvoir d'exercer cette contrainte. En revanche, en matière arbitrale, si les arbitres des deux États disposent *a priori* de l'*imperium dicere*, c'est-à-dire de l'astreinte orale, ils ne possèdent toutefois pas de l'*imperium facere*, à savoir du pouvoir d'exécution forcée de leurs décisions. En l'espèce, selon certains auteurs en France, l'arbitre ne dispose que de l'*imperium mixtum* et de la *jurisdictio*, comme il sera développé ultérieurement¹⁶⁸³.

771. L'*imperium* du juge en matière d'ordonnances sur requêtes. En droits français et koweïtien, l'idée d'*imperium* est substantielle dans le cadre des ordonnances sur requêtes, notamment l'*imperium merum*. Ce dernier *imperium* joue un rôle très important entre la contrainte orale et matérielle, dès le début de l'instance et jusqu'à l'exécution forcée de l'ordonnance. C'est la raison pour laquelle la doctrine des deux États estime en réalité que les ordonnances sur requêtes relèvent de l'*imperium* du juge de l'État¹⁶⁸⁴. C'est la raison pour laquelle la doctrine française pense, concernant la décision rendue par la Cour de cassation française le 15 mai 2008, qu'elle est une décision « fâcheuse »¹⁶⁸⁵, car elle interdit au juge étatique d'intervenir dans la mission arbitrale pour ordonner une mesure non-contradictoire après la constitution du tribunal arbitral¹⁶⁸⁶. Or, en réalité, l'intervention du juge des requêtes est souvent nécessaire avant mais aussi après la saisine des arbitres français et koweïtiens¹⁶⁸⁷.

772. L'absence d'*imperium* de l'arbitre. En matière d'arbitrages français et koweïtien, l'arbitre ne peut pas atteindre l'objectif d'une ordonnance sur requête qui est ici l'effet de

¹⁶⁸¹ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Thèse, Mare et martin, 2016, p.108. ; En ce sens : V. HECKETSWEILER, *La fonction du peuple dans l'Empire romain, Réponse du droit de Justinien*, L'Harmattan, 2009, p.149 s.

¹⁶⁸² R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.109.

¹⁶⁸³ *Infra* : n° 871.

¹⁶⁸⁴ É. LOQUIN, *J. Cl. Fasc. 1034*, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 31. ; X. VUITTON, *J. Cl. Civil, Fasc. 1300-20*, « ORDONNANCES... », préc., n° 38 et 39. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.498. ; En ce sens : A. ABDULFATTAH, M. ALENZI, *Les règles de l'exécution... op. cit.*, t. II, p.324 s. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.46 et 47.

¹⁶⁸⁵ É. LOQUIN, *Fasc. 1034*, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 31.

¹⁶⁸⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2008, *Gaz. pal.* 2008, p.37.

¹⁶⁸⁷ É. LOQUIN, *Fasc. 1034*, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 31. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.23 s.

surprise¹⁶⁸⁸ et ce, à cause de la nature de son pouvoir propre qui peut être qualifié de « quasi-*imperium* »¹⁶⁸⁹. Par conséquent, même s'il existait en droits français et koweïtien un texte permettant aux arbitres de prononcer lesdites ordonnances, les arbitres ne pourraient pas compléter leur mission. En effet, ils ne disposent pas de l'*imperium facere*, à savoir du pouvoir d'exécution forcée de leurs décisions, et donc ils ne peuvent pas, par leur décision, causer un effet de surprise à l'adversaire qui se refuse à exécuter les mesures de l'arbitrage. En effet, les arbitres ne sont pas autorisés à échapper au débat contradictoire, même avec la liberté procédurale dont ils bénéficient¹⁶⁹⁰. Si la compétence exclusive du juge étatique est un obstacle théorique à l'égard des arbitres puisqu'elle permet uniquement au juge de prononcer les ordonnances sur requêtes, l'absence d'*imperium* est un obstacle pratique car les arbitres ne peuvent pas atteindre l'objectif exigé par les mesures issues des procédures d'ordonnances sur requêtes.

773. Selon nous, la compétence exclusive des juges étatiques français et koweïtiens ainsi que l'absence d'*imperium* des arbitres des deux États rendent impossible le prononcé d'une ordonnance sur requête par l'arbitre. Même si une loi existait pour conférer une telle compétence aux arbitres, ceux-ci ne pourraient pas, en tout état de cause, faire appliquer les mesures prononcées en l'absence d'*imperium* adéquat. Même si l'ordonnance sur requête est de nature provisoire ou conservatoire et que les parties bénéficient tout de même d'une certaine rapidité dans la procédure, ce type d'ordonnance ne pourra être obtenue que devant le juge de l'État. Ainsi, même si l'objectif de célérité de la procédure n'est pas rempli en l'espèce par l'arbitre du fait de son incompétence en la matière, il est rempli de fait par le juge qui lui, a la compétence pour intervenir.

774. En droits français et koweïtien, le principe du contradictoire et les mesures *ex parte* ne sont pas les seuls obstacles auxquels se confronte l'exigence de célérité arbitrale. Par ailleurs, un autre obstacle existe : celui de la nature des mesures provisoires et conservatoires, qui n'est

¹⁶⁸⁸ La doctrine en France estime qu' « à chaque fois que l'information de la partie adverse risquerait de rendre vaine la mesure sollicitée, celle-ci ne présentant d'intérêt que si un effet de surprise est ménagé, le recours à la procédure sur requête doit être admis ». En ce sens : S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2009-2010, n° 324. V. à cet égard aussi : J. BILLEMONT, *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunaux du commerce... », préc., n° 56. ; N. CONTIS, D. BREVOT, « Le procès civil et les mesures avant dire droit », JCP G, 2010, n° 45-46, 1132. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.48.

¹⁶⁸⁹ *Infra* : n° 896.

¹⁶⁹⁰ Y. DERAÏNS, « L'arbitre et l'octroi... », préc., n° 310. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.46.

pas très claire en apparence, et qui peut éventuellement constituer un obstacle perturbant la célérité et l'efficacité du référé arbitral.

Section 2 : La nature des mesures provisoires et conservatoires, un obstacle éventuel à la célérité et l'efficacité du référé arbitral

775. En droits français et koweïtien, les obstacles liés à l'arbitrage ne se limitent ni à la difficulté de l'obstacle structurel du tribunal arbitral, ni à l'obstacle conjoncturel lié à l'arbitre, ni au principe de la contradiction ou encore aux difficultés relatives aux mesures non-contradictaires. En effet, les obstacles de l'arbitrage peuvent parfois résider dans la nature des mesures provisoires. Dans cette hypothèse, l'obstacle résultera alors de l'autorité de la chose jugée relative à ces mesures, de la forme de ces dernières, mais aussi des voies de recours possibles en la matière. À première vue, on pourrait penser que la nature des mesures provisoires et conservatoires n'est *a priori* pas un obstacle perturbant la célérité et l'efficacité de l'arbitrage dans les deux États. Or, en réalité, si on recroise la question de la nature des mesures provisoires avec la question relative à la personnalité de l'arbitre, ces mesures peuvent éventuellement constituer un véritable obstacle perturbant lesdites célérité et efficacité. À cet égard, il faut noter que cette problématique ne se pose pas en matière judiciaire et ce, pour plusieurs raisons qui seront successivement et ultérieurement démontrées. Ainsi, il existe trois points essentiels à étudier concernant la nature des mesures provisoires en matière arbitrale en France et au Koweït : leur autorité de la chose jugée, leur forme et les voies de recours possibles en la matière. Sur chacun de ces points, la question de la personnalité de l'arbitre peut avoir une répercussion sur la célérité de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires ordonnées ainsi que sur leur efficacité.

776. Partant de là, nous étudierons dans un premier temps la répercussion de la question de la personnalité de l'arbitre sur l'autorité de la chose jugée des mesures provisoires arbitrales (§ 1). Dans un second temps, nous aborderons la question de la répercussion de la personnalité de l'arbitre sur la forme des mesures provisoires et sur les voies de recours possibles en la matière (§ 2).

§ 1 : L'autorité de la chose jugée des mesures provisoires et la personnalité de l'arbitre : des composantes infirmant l'efficacité du référé arbitral en cas d'alliance

777. En général, l'autorité de la chose jugée de la mesure provisoire n'est pas en droits français et koweïtien similaire à l'autorité des décisions définitives. Dans les deux États et en matières judiciaire et arbitrale, les décisions tranchant définitivement le fond de l'affaire ont clairement l'autorité de la chose jugée¹⁶⁹¹. A l'inverse, les mesures provisoires et/ou conservatoires prononcées par le juge ou l'arbitre n'ont en principe pas cette autorité¹⁶⁹². Elles peuvent donc être modifiées sous certaines circonstances dans les deux États tant par le juge que par l'arbitre. Toutefois, nonobstant l'existence de circonstances obligeant le juge ou l'arbitre à modifier les mesures prononcées, ces mesures ne pourront cependant parfois pas être modifiées par l'arbitre à cause des obstacles conjoncturels qui peuvent éventuellement intervenir en matière arbitrale. En ce sens, normalement, cette problématique ne se pose pas dans le cadre des décisions provisoires ordonnées par le juge de l'État, ou dans le cadre des décisions arbitrales ou judiciaire définitives. Elle se pose uniquement en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires « arbitrales ».

778. Ainsi, afin de comprendre la répercussion de la question de la personnalité de l'arbitre sur l'autorité de la chose jugée des mesures provisoires, et la raison pour laquelle cette répercussion peut éventuellement constituer un obstacle en matière de référé arbitral (**B**), il est nécessaire d'expliquer d'abord le contenu ainsi que les contours des mesures provisoires et conservatoires **devant le juge des référés (A)**.

A : Le contenu des mesures provisoires et conservatoires devant le juge des référés

779. En droits français et koweïtien, la notion de mesure provisoire est liée à celle de mesure conservatoire. Sont-elles un seul type de mesures ? Quelle est la signification de l'expression « mesures provisoires et conservatoires » puisque les deux termes sont généralement utilisés ensemble ? Quelle est l'autorité de la mesure provisoire prononcée par

¹⁶⁹¹ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd, *op. cit.*, p.90. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.670 s.

¹⁶⁹² L'art. 488 du CCPF. ; Cass. Com. F., 18 septembre 2012, n° 11-18.315, Inédit. ; Cass. Soc. F., 15 janv. 2014, n° 12-25.468, Inédit. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.671 s.

les juges français et koweïtiens ? Si les mesures provisoires disposent d'une autorité provisoire, peuvent-elles être modifiées en l'absence de circonstances nouvelles ? Toutes ces questions constituent le point de départ de notre réflexion. En ce sens, il a été considéré par la doctrine française que « le concept de mesures provisoires ne se laisse pas enfermer dans une définition précise »¹⁶⁹³. Ainsi, il s'agit de ne pas laisser d'ambiguïté autour des mesures provisoires et conservatoires en l'absence de définition précise et de distinction entre ces deux notions. Aussi, il est nécessaire de s'arrêter sur le concept des mesures provisoires ou conservatoires et leur « autorité provisoire ».

780. La notion de mesures provisoires et conservatoires. En droits français et koweïtien, les CPC ne donnent pas de définition des mesures provisoires et/ou conservatoires¹⁶⁹⁴. En effet, en matières judiciaire et arbitrale dans les deux États, il n'y a pas de *numerus clausus* concernant les mesures qui peuvent être prononcées par le juge des référés et l'arbitre. Or, certains auteurs en France et au Koweït considèrent que la distinction entre les notions de mesure provisoire, d'une part, et de mesure conservatoire, d'autre part, ne pose aucune difficulté, ces deux types de mesure étant bien distinctes¹⁶⁹⁵.

781. En France, une partie de la doctrine considère pourtant qu'il est nécessaire d'approfondir la définition des mesures provisoires et conservatoires qui sont prises soit par le juge, soit par l'arbitre. À cet égard, certains distinguent lesdites mesures en considérant que « la mesure provisoire est la mesure prise soit par le juge soit par l'arbitre pour la durée d'un procès, afin de régler momentanément une situation urgente, en attendant la sentence définitive : elle ne lie pas l'arbitre appelé à statuer au fond alors que la mesure conservatoire est une mesure d'urgence prise pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose, dont la reconnaissance est, par ailleurs, demandée au juge du fond »¹⁶⁹⁶. Or, d'autres pensent que cette distinction entre les deux mesures est inopérante puisqu'elle se focalise sur un seul aspect « : un critère formel pour les mesures provisoires et un critère fonctionnel pour les mesures conservatoires »¹⁶⁹⁷. Ainsi, par exemple, la mesure conservatoire signifie en matière d'exécution le cas où le créancier « est

¹⁶⁹³ N. RACHDI, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in S. BOSTANJI, F. HORCGANI, S. MANCIAUX, *op. cit.*

¹⁶⁹⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.469.

¹⁶⁹⁵ M. CROCE, « Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international », *Gaz. pal.*, 2000, n° 062, p.3. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.672.

¹⁶⁹⁶ N. RACHDI, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in S. BOSTANJI, F. HORCGANI, S. MANCIAUX, *op. cit.*

¹⁶⁹⁷ C. KESSEDIAN, « Définition et conditions de l'octroi de mesures provisoires », in J.-M. JACQUET, E. JOLIVET, *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, Litec, 2007, p.73.

judiciairement autorisé à prendre sur les biens de son débiteur désigné afin que celui-ci ne les dissipe ou ne les dissimule, et compromette ainsi toute possibilité future d'exécution. La mesure conservatoire a donc un caractère préventif »¹⁶⁹⁸.

782. Dans le même sens, la doctrine koweïtienne considère classiquement que les mesures provisoires sont des mesures visant à préserver l'équilibre des rapports légaux entre les parties¹⁶⁹⁹. Les mesures conservatoires, quant à elles, peuvent se définir comme les mesures qui visent à créer un cas factuel ou juridique pour garantir l'exécution d'une décision qui sera rendue sur le fond par le juge ou l'arbitre¹⁷⁰⁰.

783. Partant de ce constat, il ressort de ces critères de distinction posés par les doctrines française et koweïtienne que ces mesures sont des mesures « urgentes, accessoires et temporaires, et ne doivent pas porter préjudice au principal »¹⁷⁰¹. Selon nous, la distinction entre les mesures provisoires et les mesures conservatoires n'est pas aussi utile que la distinction entre ces dernières et les décisions définitives. Le plus important est que la mesure, qu'elle soit provisoire ou conservatoire, ne tranche « tout ou partie du principal »¹⁷⁰².

784. Autorité de la chose jugée. En droits français et koweïtien, les mesures provisoires comme les mesures conservatoires qui sont octroyées par le juge ou l'arbitre, sont – principalement – dépourvues de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, il est nécessaire d'expliquer cette autorité existant dans les deux États devant le juge et l'arbitre.

785. En droit commun français, l'article 488 alinéa 1 du CPCF prévoit expressément que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ». Cependant, cet article prévoit dans son second alinéa que la mesure provisoire ou conservatoire « ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ». À cet égard, il résulte de cet article trois points essentiels à étudier : l'absence de l'autorité de la chose jugée sur la compétence du juge du fond, l'existence de cette autorité devant le juge des référés qui ordonne

¹⁶⁹⁸ C. TIRVAUDEY, *J. Cl. Civile*, Synt., « Mesures conservatoires », 2000, n° 1.

¹⁶⁹⁹ S. MAHMUD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.24. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.672.

¹⁷⁰⁰ S. MAHMUD, « Le pouvoir... », préc.

¹⁷⁰¹ N. RACHDI, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in S. BOSTANJI, F. HORCGANI, S. MANCIAUX, *op. cit.* ; En ce sens : S. MAHMUD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.12 s.

¹⁷⁰² L'art. 480 al. 1 du CPCF. En ce sens v. aussi : L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd, *op. cit.*, p.90. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.670 s .

la mesure concernée, et la disparation de l'autorité de la chose jugée devant le juge des référés lorsqu'il y a de nouvelles circonstances.

S'agissant de l'absence de l'autorité de la chose jugée devant le juge du fond après l'obtention d'une mesure provisoire et/ou conservatoire du juge des référés, les parties à un litige sont en droit de saisir le juge du fond par une demande identique à celle présentée en référé. En effet, le principe, comme nous l'avons déjà expliqué, est que la décision du juge des référés ne lie jamais le juge du fond¹⁷⁰³. Selon la jurisprudence et la doctrine françaises, le juge du principal n'est donc pas tenu par les motifs ou les appréciations de la mesure déjà émise par le juge des référés¹⁷⁰⁴. Ainsi, c'est la raison pour laquelle les mesures provisoires et/ou conservatoires ont une autorité « provisoire » et non pas « temporaire » car « provisoire veut dire que la décision ne vaut que tant qu'un juge du fond n'aura pas statué, mais pas que ses effets sont limités dans le temps »¹⁷⁰⁵.

Quant à l'existence de l'autorité de la chose jugée de la mesure provisoire devant le juge des référés et l'existence de nouvelles circonstances, selon la jurisprudence et la doctrine françaises, le principe est que le juge des référés ne peut pas modifier la mesure déjà prononcée¹⁷⁰⁶, une exception réside cependant dans le cas où des circonstances nouvelles sont apparues, obligeant ainsi le juge à modifier une mesure déjà prononcée¹⁷⁰⁷. L'apparition de nouvelles circonstances peut donc avoir un effet sur la situation du défendeur ou du demandeur. Par conséquent, il a été jugé par la Cour de cassation qu'en cas d'absence de circonstances nouvelles, le juge des référés qui a déjà prononcé la mesure provisoire ne peut jamais ignorer l'autorité de la mesure déjà rendue¹⁷⁰⁸. Dans cette hypothèse, il faut également noter que cette mesure n'a pas l'autorité de la chose jugée sur la compétence des autres juridictions, si elles ont été saisies de la même question litigieuse¹⁷⁰⁹.

786. En droit koweïtien, il n'existe malheureusement pas de disposition dans le CPCK qui se rapproche de l'article 488 du CPCF. Cependant, malgré ce vide juridique, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes affirment qu'il résulte de prononcé d'une mesure

¹⁷⁰³ *Supra* : n° 170.

¹⁷⁰⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 2 mars 2017, n° 15-29.022, Inédit. ; Y. STRICKLER, « Autorité de la chose jugée du jugement au principal sur une ordonnance de référé - Mise en œuvre d'une clause résolutoire insérée à un contrat de bail », *Procédures*, 2017, n° 6, comm. 120.

¹⁷⁰⁵ X. VUITTON, « Référé civils », préc., n° 33.

¹⁷⁰⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 septembre 2012, n° 10-20.125, Inédit. ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd., *op. cit.*, p.90.

¹⁷⁰⁷ Cass. Com., 8 janvier 2008, n° 06-13.746, Bull. Com., n° 2.

¹⁷⁰⁸ Cass. Civ. 2^{ème}, 10 avril 2014, n° 13-14.051, Inédit.

¹⁷⁰⁹ En ce sens : Y. STRICKLER, « Autorité de la chose jugée du jugement... », préc. ; A. AENEZI, préc.

provisoire ou conservatoire trois conséquences importantes¹⁷¹⁰, comme en droit français. Tout d'abord, ladite mesure est dépourvue de l'autorité de la chose jugée et elle ne lie pas le juge du principal. Ensuite, la mesure provisoire ne peut pas être modifiée par le juge des référés après qu'il l'a prononcée. Enfin, en cas d'apparition de circonstances nouvelles changeant la situation de l'une des parties, le juge est dans l'obligation de modifier la mesure déjà ordonnée.

787. En général, l'autorité de la chose jugée ne pose pas, selon nous, de problème spécifique devant les juges d'État français et koweïtien. En effet, il existe en matière arbitrale une souplesse qui n'existe pas en matière judiciaire car les juridictions étatiques sont déjà organisées par les législateurs de manière stricte. Ainsi, il convient à présent de présenter la raison pour laquelle la nature de la mesure provisoire ou conservatoire peut constituer un obstacle perturbant l'efficacité de l'arbitrage.

B : La répercussion de la personnalité de l'arbitre sur l'autorité de la chose jugée des mesures provisoires

788. En matière d'arbitrages français et koweïtien, si l'on associe l'idée d'autorité de la chose jugée des mesures provisoires rendues par l'arbitre avec l'idée de la personnalité de ce dernier, un obstacle à la célérité des procédures arbitrales et à leur efficacité peut intervenir. En effet, l'arbitre, du fait qu'il concentre les pouvoirs de juger en référé et au fond, contrairement au juge des référés, peut être amené à conférer indirectement l'autorité de la chose jugée à une mesure prononcée. C'est par exemple le cas lorsqu'il a une forme de réserve en envisageant la décision qu'il va rendre au fond à chaque fois qu'il rend ou modifie une mesure provisoire et/ou conservatoire. Cette confusion des pouvoirs aux mains de l'arbitre peut en effet engendrer une hésitation de celui-ci à contrarier ses propres décisions. Ainsi, une mesure provisoire peut lier au principal du fait des hésitations psychologiques de l'arbitre. De même, du fait de ces mêmes hésitations, l'arbitre peut également être amené à se refuser, même inconsciemment, à modifier une mesure qu'il a déjà prise même en l'apparition de circonstances nouvelles.

¹⁷¹⁰ Cass. Civ. K., 24 février 1972, n° 23/1973. ; M. SHAABAN, F. ALMERSHED, *Le procès de référé...op. cit.*, p.120 s. ; W. RAGEB, *Les principes de la juridiction... op. cit.*, p. 688 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures... t. II, op. cit.*, p.670 s. ; du même auteur, *Les procédures... t. I, op. cit.*, p.428 s.

789. L'autorité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales. En matière judiciaire en France et au Koweït, d'une part les mesures provisoires et/ou conservatoires sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée au principal et, d'autre part, le juge qui les rend ne peut les modifier que lorsque surviennent des circonstances nouvelles.

En matière d'arbitrage en France et au Koweït, la solution est en apparence similaire à la solution devant le juge d'État, c'est-à-dire que la mesure n'a pas autorité au principal, et l'arbitre qui la rend peut la modifier si des circonstances nouvelles apparaissent.

790. En France, l'article 1468 du CPCF prévoit que « le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée ». Sur ce point, ni le législateur ni la jurisprudence française ne précisent si les mesures provisoires et/ou conservatoires disposent de l'autorité de la chose jugée au principal devant l'arbitre, ne faisant que prévoir la possibilité générale de modifier ou compléter sa mesure peu important l'existence de circonstances nouvelles¹⁷¹¹. En effet, en France, ce vide juridique est lié à l'absence de détermination de la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires, comme il sera expliqué ultérieurement¹⁷¹². Ce vide juridique pose plus particulièrement question du fait de la concentration des pouvoirs de juger au provisoire et au principal aux mains de l'arbitre. Toutefois, la doctrine française affirme que la solution devant l'arbitre doit être la même que devant le juge des référés. En ce sens, le professeur RACINE retient que la règle qui existe dans l'article 1468 du CPCF doit être interprétée de manière souple. En l'espèce, il considère que « le tribunal ne peut logiquement modifier ou compléter la mesure que si des circonstances nouvelles sont apparues après son prononcé. Cette condition n'est certes pas exigée par le texte, mais elle est naturelle en la matière (sans avoir d'ailleurs besoin de solliciter une quelconque autorité de la chose jugée au provisoire) »¹⁷¹³. Selon nous, cette interprétation est logique concernant les mesures provisoires puisque ces mesures bénéficient naturellement du caractère provisoire. Ainsi, les mesures provisoires et/ou conservatoires disposent provisoirement de l'autorité de la chose jugée devant l'arbitre qui les prononce jusqu'à l'apparition de circonstances nouvelles.

¹⁷¹¹ L'art. 480 al. 1 du CPCF. En ce sens v. aussi : L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd, *op. cit.*, p.90. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.670 s. ; M. ALENZI, *préc.*

¹⁷¹² *Infra* : n° 800.

¹⁷¹³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468.

791. Contrairement à la France, le législateur koweïtien n'organise pas dans le CPCK l'autorité des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre. Il n'existe pas dans le CPCK un article tel que l'article 1468 du CPCF qui prévoit que le tribunal arbitral a le pouvoir de modifier ou de compléter les mesures provisoires et/ou conservatoires déjà rendues. Cependant, selon la jurisprudence koweïtienne, il a été jugé que les décisions arbitrales définitives ont elles seules l'autorité de la chose jugée¹⁷¹⁴. Ainsi, *a contrario*, les décisions provisoires, telles que les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre, n'auront pas cette autorité. En effet, la doctrine koweïtienne, allant dans le même sens que le droit français, affirme que la décision définitive est celle qui tranche tout ou partie du principal¹⁷¹⁵. Par conséquent, les mesures provisoires et/ou conservatoires prononcées par l'arbitre koweïtien disposent comme en France d'une autorité provisoire, dès lors, l'arbitre ne pourra modifier sa mesure qu'en cas d'apparition de circonstances nouvelles¹⁷¹⁶.

792. L'effet de la psychologie de l'arbitre sur l'autorité de la mesure provisoire. Il apparaît dans le deux États que les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre n'ont pas d'autorité au principal. Cependant, elles disposent d'une autorité provisoire, elles ne peuvent donc être modifiées qu'avec l'apparition de circonstances nouvelles, au même titre que devant les juges d'État. Or, en pratique, en matière d'arbitrage français ou koweïtien, il faut prendre en compte la question de la psychologie de l'arbitre, qui constitue « un obstacle substantiel », et qui peut amener à remettre en question ces solutions. En effet, en raison de la concentration des pouvoirs de juger au provisoire et au principal aux mains de l'arbitre et des effets psychologiques que peuvent générer cette concentration, la mesure provisoire pourra indirectement lier au principal d'une part, et pourra ne pas être modifiée nonobstant l'apparition de circonstances nouvelles d'autre part. Cette question n'est pas traitée en droit koweïtien, ni le législateur ni la jurisprudence ou la doctrine koweïtiennes n'invoque ce problème. Ainsi, nous pouvons nous inspirer des solutions et de l'analyse proposées en France et pour appliquer au droit koweïtien.

793. En droits français et koweïtien et tel qu'il a déjà été démontré¹⁷¹⁷, il n'existe pas de séparation des pouvoirs de l'arbitre entre le fond de l'affaire et le référé. L'arbitre qui statue en

¹⁷¹⁴ Cass. Civ. K., 7 mai 2001, n° 683 et 740/ 2000.

¹⁷¹⁵ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.478.

¹⁷¹⁶ *Ibidem.* ; F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.460.

¹⁷¹⁷ *Supra* : n° 548.

référé, qu'il soit français ou koweïtien, sera celui qui statuera sur le fond. Cette absence de séparation des pouvoirs peut négativement se refléter d'une part sur le fond de l'affaire, et d'autre part sur l'autorité provisoire de la mesure déjà prononcée par l'arbitre.

794. S'agissant de l'autorité de la mesure provisoire « au principal », si l'arbitre est censé rendre des mesures n'ayant pas autorité de la chose jugée au principal, il aura nécessairement une forme de partialité naturelle telle qu'elle découle de tout esprit humain ce qui va logiquement avoir un impact sur la décision qu'il va rendre au fond. En effet, il apparaît peu probable que l'arbitre qui a déjà jugé en référé change son appréciation lorsqu'il statuera sur le fond. Ainsi, si en théorie les mesures provisoires et conservatoires prononcées par l'arbitre n'ont pas autorité de la chose jugée au principal, il semblerait qu'en pratique, elles puissent l'avoir. À cet égard, certains auteurs de la doctrine française affirment que cette atteinte au principal est souvent caractérisée en matière d'arbitrage à cause de l'absence de séparation des pouvoirs de l'arbitre entre le fond et le référé¹⁷¹⁸, contrairement à la solution retenue en matière judiciaire. Par ailleurs, l'arbitre peut craindre d'engager sa responsabilité civile et ainsi être réticent à modifier une décision déjà rendue¹⁷¹⁹. Par conséquent, conformément à cette analyse, il peut arriver que l'arbitre déroge, même malgré lui, à la règle fondamentale selon laquelle la mesure provisoire n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée.

795. Cette problématique existant en matière d'arbitrages français et koweïtien nous conduit à réfléchir sur la question de l'autorité provisoire des mesures provisoires et/ou conservatoires. Comme nous l'avons déjà expliqué, les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre ont un caractère provisoire, comme celles rendues par les juges étatiques. Toutefois, à cause de l'absence de séparation des pouvoirs en matière d'arbitrage français ou koweïtien, l'arbitre peut avoir une forme de réserve en envisageant la décision qu'il va rendre au fond à chaque fois qu'il **rend ou modifie** une mesure provisoire et/ou conservatoire. En d'autres termes, si des circonstances nouvelles apparaissent, alors que l'arbitre devrait en théorie modifier la mesure provisoire déjà rendue, il pourra en pratique être réticent. Il pourra en effet être *a fortiori* en partie partial du fait de la concentration des pouvoirs et donc se refuser, même non consciemment, à modifier les mesure provisoires déjà rendues

¹⁷¹⁸ *Supra* : n° 552.

¹⁷¹⁹ L'arbitre hésitera entre le fond et le référé puisqu'il existe une possibilité que sa partialité ou sa responsabilité soient mises en jeu. À cet égard : T. CLAY, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in J.-M. JACQUET, E. JOLIVET, *op. cit.*, p.24.

malgré lesdites circonstances nouvelles et en raison des risques qu'il pourrait redouter notamment en matière d'engagement de sa responsabilité civile.

796. Réévaluation et modification du référé-provision. En droits français et koweïtien, l'exemple du référé-provision permet d'éclairer cette question des hésitations psychologiques de l'arbitre liées à sa concentration des pouvoirs de juger au fond et en référé. En matière judiciaire, la question apparaît lorsqu'un jugement attribuant une provision vient à reconnaître le *quantum* de l'indemnisation en matière de responsabilité civile et que le préjudice de la partie indemnisée vient à s'accroître avant le jugement au fond¹⁷²⁰. Dans cette situation, il est en théorie nécessaire de modifier le jugement rendu dans le cadre du référé-provision initial pour permettre une réévaluation du préjudice du fait de l'apparition de la circonstance nouvelle constituée par son aggravation. Dans cette hypothèse, le juge des référés français ou koweïtien n'est pas confronté aux mêmes obstacles psychologiques que l'arbitre, aucune question concernant son impartialité n'intervient donc ici. D'une part, le juge du fond n'est pas tenu par les appréciations déjà faites au provisoire par le juge des référés¹⁷²¹. Ainsi, le jugement ordonnant la nouvelle mesure provisoire, c'est-à-dire la révision du *quantum* de l'indemnisation engendré par l'aggravation du préjudice, n'a pas « au principal » l'autorité de la chose jugée. D'autre part, en vertu de l'article 488 du CPCF en France, et selon la jurisprudence au Koweït, le juge des référés doit en tout état de cause modifier la mesure provisoire déjà ordonnée suite à l'apparition de circonstances nouvelles¹⁷²².

En revanche, dans le cas d'un référé-provision arbitral, les arbitres français et koweïtiens sont simplement autorisés à modifier leurs mesures provisoires, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une simple faculté et non d'une obligation contrairement à la solution existant en matière judiciaire. De plus, la révision de la réparation dans le cas de l'apparition de circonstances nouvelles se fait en matière d'arbitrage **sans qu'il n'existe de séparation des pouvoirs au fond et en référés**. Selon la doctrine française, lorsqu'il existe une aggravation du préjudice de la partie

¹⁷²⁰ En ce sens : F. LEDUC, *J. Cl. Code Civil*, Fasc. 201, « RÉGIME DE LA RÉPARATION. – Modalités de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – Principes fondamentaux », 2016, n° 67 s. ; Cass. Crim., 10 décembre 1958, *D.* 1959, p.170, note R. MEURISSE. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 12 oct. 1972, *D.* 1974, p.536, note Ph. MALAURIE. ; J.-P. BRUNET, « Les difficultés relatives au montant du recours de la victime contre le tiers responsable en cas de modification des prestations de la sécurité sociale », *Gaz. pal.* 1974, 1, p.1. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.670 s. ; du même auteur, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.428 s.

¹⁷²¹ Y. STRICKLER, « Autorité de la chose jugée du jugement », préc. ; DEHARO, « Référé commercial », préc., n°17. ; A. ALKHUDHAIR, *Les conditions...op. cit.*, p.9.

¹⁷²² L'art. 844 du CPCF prévoit que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ». ; Cass. Civ. K., 24 février 1972, n° 23/1973.

victime, l'arbitre risque donc de ne pas modifier la somme d'argent allouée initialement dans le cadre du référé-provision parce que sa partialité, même inconsciente, va avoir un impact sur la décision qu'il va rendre au fond. Dans cette hypothèse et si cette partialité produit son effet, même sans volonté active de l'arbitre, le premier référé-provision a de fait « au principal » l'autorité de la chose jugée, l'arbitre étant réticent à modifier l'indemnité initiale malgré l'aggravation du préjudice, contrairement à ce que les droits français et koweïtien exigent en théorie.

797. En droits français et koweïtien, il apparaît donc de la comparaison faite entre le juge et l'arbitre que la psychologie de ce dernier qui se trouve dans « l'hésitation »¹⁷²³ entre le fond et le référé, associée à la nature provisoire de la mesure, perturbe ainsi l'efficacité des procédures arbitrales. D'une part, l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires risque d'être diminuée lorsque l'arbitre « hésite » entre le fond de l'affaire et la mesure concernée, en violant la règle tenant à son impartialité. D'autre part, elle sera également diminuée lorsque l'arbitre « hésite » à modifier une mesure provisoire du fait de l'absence de séparation entre ses pouvoirs juridictionnels.

798. À travers le sujet de la nature des mesures provisoires et/ou conservatoires, la personnalité de l'arbitre a une répercussion non seulement sur l'autorité de la chose jugée des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais également sur leur forme et leur voie de recours.

§ 2 : La forme des décisions, les voies de recours en découlant et la personnalité de l'arbitre : des composantes infirmant la célérité et l'efficacité du référé arbitral en cas d'alliance

799. La nature des mesures provisoires et/ou conservatoires impose en France comme au Koweït qu'elles prennent une forme et une voie de recours spécifiques. En effet, ce sujet ne pose pas de problème particulier dans les tribunaux étatiques car les procédures existant dans ces tribunaux sont strictement organisées dans les deux États.

Cependant, devant l'arbitre, la forme des mesures provisoires et leur voie de recours soulèvent des problématiques du fait du fondement conventionnel de la compétence arbitrale et

¹⁷²³ T. CLAY, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in J.-M. JACQUET, E. JOLIVET, *op. cit.*, p.24.

de la souplesse des procédures arbitrales. De surcroît, lorsque le sujet de la personnalité de l'arbitre s'ajoute à ces problématiques précitées, cela affecte inéluctablement la célérité et l'efficacité des mesures provisoires et conservatoires.

Ainsi, conformément à la nature de telles mesures, qui peut tantôt être claire devant le juge des référés français et koweïtien, tantôt être souple devant l'arbitre, nous étudierons d'abord la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et leur voie de recours devant le juge étatique (A), puis devant l'arbitre (B).

A : La forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et les voies de recours devant le juge des référés, une célérité et une efficacité judiciaire déterminées par les lois

800. En droits français et koweïtien, ni la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires ni leur voie de recours ne sont un obstacle à la célérité et à l'efficacité des procédures de référé judiciaire. En ce sens, la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par le juge des référés est claire car déterminée par la loi : il s'agit d'une ordonnance (1). De plus, une voie de recours concernant ces mesures est en principe possible (2).

1 : Les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues sous la forme d'ordonnance : la seule forme obligatoire

801. En droits français et koweïtien, la différence cardinale entre les jugements définitifs et les jugements provisoires apparaît dans le fait que ces premiers tranchent le fond de l'affaire contrairement aux seconds. Dans les deux États, les jugements provisoires rendus par les juges des référés doivent obligatoirement prendre la forme d'une ordonnance qui sera exécutée sans difficulté particulière en matière de référé judiciaire.

802. Le jugement sur le fond. En droits français et koweïtien, le jugement sur le fond est le jugement qui tranche tout ou partie du principal ou qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident.

En France, l'article 480 du CPCF prévoit que le jugement sur le fond est « le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4 »¹⁷²⁴.

Au Koweït, le CPCF ne comporte pas de disposition similaire à l'article 480 du CPCF. Cependant, la Cour de cassation koweïtienne soulève le même principe que celui existant dans l'article 480 du CPCF, c'est-à-dire que le jugement sur le fond est celui-ci qui tranche tout ou partie du principal ou qui « statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident »¹⁷²⁵.

803. Toutefois, certains auteurs français et koweïtiens critiquent la notion de « jugement sur le fond », en considérant que les jugements qui statuent par exemple sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir ne concernent pas le fond de l'affaire¹⁷²⁶. Ainsi, selon eux, il est préférable de remplacer la notion de jugement sur le fond par la notion de jugement définitif. Cependant, d'autres auteurs français et koweïtiens critiquent cette qualification proposée de jugement définitif puisque l'introduction de cette notion conduirait à produire une confusion avec une autre catégorie de jugements, les jugements « irrévocables » qui ne sont jamais susceptibles de recours¹⁷²⁷. En l'espèce, la Cour de cassation française estime que le jugement définitif est le jugement contre lequel « aucune voie de recours ordinaire ne peut plus être exercée »¹⁷²⁸. Ainsi, que ce soit un jugement sur le fond ou un jugement définitif, il faut noter que les juges étatiques français ou koweïtiens épuisent, dans les deux types de jugements, leur pouvoir juridictionnel, ainsi ces jugements mettent fin à l'instance judiciaire. C'est la raison pour laquelle ils ont l'autorité de la chose jugée.

¹⁷²⁴ L'art. 4 du CPCF prévoit que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

¹⁷²⁵ En ce sens : Cass. Civ., 5 février 2000, n° 13/1999. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.670 s.

¹⁷²⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, 33^{ème} éd., p.804 s. ; W. RAGEB, *Les principes de la juridiction... op. cit.*, p.688 s.

¹⁷²⁷ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire...* 9^{ème} éd, *op. cit.*, p.92. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.674 s.

¹⁷²⁸ Cass. Civ. 3^{ème}., 4 mai 2016, n° 15-14.892, Bull. Civ. III.

804. L'ordonnance. En droits français et koweïtien, les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par les juges des référés ou par le juge des requêtes, prennent la forme d'une simple ordonnance.

En droit français, l'article 484 du CPCF prévoit expressément que « l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires »¹⁷²⁹. Conformément à l'ensemble des dispositions contenues dans les articles 484 à 492 du même code, les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par le juge des référés prennent obligatoirement la forme de l'ordonnance. En effet, la doctrine française affirme que lesdites mesures prennent la forme d'une simple ordonnance puisque celle-ci est un jugement qui ne traite pas du fond de l'affaire et qui statue « sur un chef urgent de demande »¹⁷³⁰. En outre, l'ordonnance est modifiable dans le temps¹⁷³¹. En clair, afin d'éviter toute confusion avec les décisions provisoires et les autres types de jugements tels que les jugements avant-dire droit, les professeurs Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND affirment que « la qualification de décision provisoire doit être réservée aux seules décisions provisoires par nature, c'est-à-dire l'ordonnance de référé et l'ordonnance sur requête », telles qu'elles ont été organisées avec un objectif de simplification par le CPCF¹⁷³².

En droit koweïtien, au sens de l'article 31 du CPCK, le juge des référés koweïtien rend une décision provisoire qui ne porte pas atteinte au principal. Ainsi, si le législateur est muet concernant la forme de la décision rendue par ce juge, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence et la doctrine considèrent, sans détailler le sujet comme en France, que les mesures provisoires et conservatoires rendues par le juge des référés prennent la forme d'une ordonnance¹⁷³³.

805. Célérité et efficacité de l'ordonnance. En matière judiciaire en France et au Koweït, l'ordonnance de référé rendue par le juge des référés ou par le juge des requêtes bénéficie d'un régime de célérité et d'efficacité qui permet de sécuriser les parties. Selon les

¹⁷²⁹ À l'égard de l'art. 484 du CPCF v. : Cass. Civ. 3^{ème}., 10 janv. 2012, n° 10-28.271, Inédit.

¹⁷³⁰ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, 33^{ème} éd., p.804 s. ; X. VUITTON, « Référés civils », préc., n° 33 s.

¹⁷³¹ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire... op. cit.*, t. III, p.631.

¹⁷³² L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire... 9^{ème} éd, op. cit.*, p.92.

¹⁷³³ Cass. Civ. 4 mars 2000, n° 41/1999. ; Cass. Com., 25 septembre 1991, n° 341/1989. ; Cass. Com., 22 Avril 2006, n° 412/2004. ; W. RAGEB, *Les principes de la juridiction... op. cit.*, p. 689 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures... t. II, op. cit.*, p.671 s. ; H. SALEH, *Le jugement provisoire ...op. cit.*, p.112 s. ; M. ALENZI, préc.

articles 484 à 492 du CPCF, et selon l'article 31 du CPCK, l'ordonnance sera généralement rendue de manière plus rapide que le jugement définitif. De plus, tant que l'ordonnance sera considérée *stricto sensu* comme un jugement en France et au Koweït, elle aura la force exécutoire¹⁷³⁴. Par conséquent, nous pouvons voir que deux éléments substantiels résident dans ladite ordonnance : une célérité de ce type de jugement et une efficacité dans son exécution. Par ailleurs, il est nécessaire de préciser que l'ordonnance de référé est susceptible de recours en France et au Koweït. Ainsi, nous pouvons nous demander si le recours contre ce jugement provisoire peut perturber l'objectif de célérité et d'efficacité de la procédure de référé.

2 : L'ordonnance des mesures provisoires et/ou conservatoires susceptible d'être annulée

806. « La raison d'être même du référé suppose que les ordonnances rendues soient immédiatement exécutoires : lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage imminent, de mettre fin à une manifeste illicéité, de préserver des preuves ou d'ordonner une mesure urgente, il ne saurait être question d'attendre l'expiration du délai de recours »¹⁷³⁵.

807. À partir de cette logique exprimée par le professeur Xavier VUITTON, il apparaît que la célérité et l'efficacité de l'ordonnance ne peuvent pas être affectées par les voies de recours, que ce soit en France ou au Koweït.

808. La voie de recours ouverte contre l'ordonnance judiciaire. En droit français, l'article 490 du CPCF prévoit que « l'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande. L'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition. Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours ». Ainsi, selon cet article, il existe une règle générale assortie d'une exception. La règle générale est que l'ordonnance de référé est susceptible d'appel. En revanche, cette ordonnance ne sera pas, par exception, susceptible d'appel lorsqu'elle émane du premier président de la cour d'appel ou lorsqu'elle a été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la

¹⁷³⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, F., 8 déc. 2010, n° 09-71.124, Bull. Civ. III, n° 216. ; Cass. Com. K., 14 novembre 1994, n° 133/ 1993.

¹⁷³⁵ X. VUITTON, Fasc. 1300-10, « Référés, Ordonnance... », préc., n° 18.

demande, « c'est-à-dire si elle statue sur un litige inférieur au taux de ressort »¹⁷³⁶. En ce sens, il faut noter également que si l'ordonnance est rendue par défaut et en dernier ressort, elle sera uniquement susceptible d'opposition.

809. En droit koweïtien, l'article 139 du CPCK prévoit que « toutes les décisions qui sont rendues en matière de référé sont susceptibles d'un recours, et peu importe le tribunal qui les a prononcées »¹⁷³⁷. À cet égard, l'analyse au Koweït n'est pas la même qu'en France même si la pratique en matière de voie de recours pour les référés est au final similaire à la solution retenue en France. En effet, au sens de l'article 31 du CPCK, le juge des référés n'est pas le président tribunal de grande instance (c'est-à-dire le président du tribunal judiciaire au sens de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice) comme c'est le cas en France, il est au Koweït un juge au niveau du tribunal d'Instance délégué au siège du tribunal de Grande d'Instance. Le recours contre l'ordonnance ne se fait donc pas nécessairement devant la cour d'appel¹⁷³⁸ puisque ce qui détermine le tribunal compétent est la nature du litige et le montant du procès¹⁷³⁹. Ainsi, le recours peut parfois être formé, contrairement à la solution française, devant le tribunal de Grande Instance en tant que tribunal de second degré. Selon la doctrine koweïtienne, comme en droit français et conformément à l'article 29 du CPCK, si l'ordonnance est rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande, elle ne sera pas susceptible de recours, c'est par exemple le cas lorsqu'il s'agit d'une affaire dont le préjudice représente un montant inférieur à 1000 Dinars, soit 2699 Euros¹⁷⁴⁰. À ce titre, il faut noter qu'il n'existe pas au Koweït de système d'opposition contre l'ordonnance de référé. Finalement, l'ordonnance rendue par le juge des référés koweïtien peut toujours faire l'objet d'un recours dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'ordonnance, conformément à l'article 141 du CPCK¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ X. VUITTON, « Référé civils », préc., n° 37.

¹⁷³⁷ تنص المادة ١٣٩ من قانون المرافعات الكويتي على انه " يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها".

¹⁷³⁸ A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.668. ; du même auteur, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.429.

¹⁷³⁹ En ce sens : W. RAGEB, *Les principes de la juridiction...* *op. cit.*, p. 689 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.672. ; H. SALEH, *Le jugement provisoire ...op. cit.*, p.113.

¹⁷⁴⁰ S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.132 s.

¹⁷⁴¹ L'art. 141 du CPCK prévoit que « le délai de recours est 30 jours, [...], et 15 jours en matière de référé peu importe la juridiction qui a prononcé la décision ».

من قانون المرافعات الكويتي على انه "ميعاد الاستئناف ثلاثون يوماً، (...)، ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً في المسائل المستعجلة ١٤١ تنص المادة "أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم".

810. Célérité et efficacité de l'ordonnance malgré le recours. En droits français et koweïtien, il ne faut pas imaginer que la possibilité d'un recours contre l'ordonnance perturbe la célérité et l'efficacité de ce type de jugement. Eu égard à ce qu'il sera détaillé ultérieurement, les législateurs, les jurisprudences et les doctrines des deux États affirment que les ordonnances rendues par les juges des référés sont exécutoires de droit à titre provisoire et elles constituent un titre exécutoire qui autorise l'exécution forcée¹⁷⁴². Par conséquent, l'efficacité et la célérité des mesures provisoires est garantie en matière de référé judiciaire.

811. Si la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et leur voie de recours ne constituent pas un obstacle devant les juges des référés français et koweïtien, la question de la forme des mesures provisoires présente davantage de difficultés devant les arbitres des deux États du fait qu'elle peut constituer un obstacle perturbant la célérité et l'efficacité de l'arbitrage.

B : La forme des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales et les voies de recours en découlant, une célérité et une efficacité remises en question du fait de la souplesse conventionnelle de l'arbitrage

812. En général, il est nécessaire de distinguer le droit français et koweïtien lorsqu'il s'agit de la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales et leur voie de recours dite « conventionnelle ». En effet, même s'il existe en droit koweïtien certaines souplesses concernant les mesures provisoires, il existe également plusieurs raisons rendant ces mesures plus rapides et efficaces qu'en matière d'arbitrage français, étant précisé que la question de la personnalité de l'arbitre n'intervient pas sur ce point au Koweït.

813. Ainsi, la question des obstacles affectant l'efficacité de l'arbitrage concernant la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, leur voie conventionnelle de recours et la personnalité de l'arbitre, ne se pose qu'en droit français. Pour démontrer cette analyse, il sera question d'expliquer dans un premier temps la souplesse de la forme des mesures

¹⁷⁴² À cet égard v. : les arts. 541 du CPCF et 190 du CPCK. ; Cass. Civ. 3^{ème}, F., 8 déc. 2010, n° 09-71.124, Bull. Civ. III, n° 216. ; Cass. Com. F., 21 janvier 2004, n° 01-10.918, Inédit. ; Cass. Civ. 2^{ème}, 24 juin 1998, Bull. civ. II, n° 222, *Procédures*, 1998, comm. 191, note R. PERROT. ; Cass. Com. K., 30 janvier 1988, n° 140/1988. ; X. VUITTON, Fasc. 1300-10, « Référés, Ordonnance... », préc., n° 18. ; A. ABDULFATTAH, M. ALENZI, *Les règles de l'exécution...op. cit.*, t. II, p.215 s. ; S. MAHMOD, *Le procès en...op. cit.*, p.160 s.

provisaires et/ou conservatoires arbitrales et leur voie conventionnelle de recours en France comme au Koweït (1). Il conviendra dans un second temps d'aborder la répercussion de la question de la personnalité de l'arbitre français sur la forme des décisions arbitrales et leur voie de recours qui constituent un obstacle à la célérité et à l'efficacité de l'arbitrage (2).

1 : La souplesse de la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales et leur voie conventionnelle de recours

814. En droits français et koweïtien, la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par les arbitres et leurs voies de recours n'est pas claire. En effet, elle est ambiguë et fait l'objet d'une grande souplesse. Leur forme n'est ainsi déterminée ni en France ni au Koweït. Cette imprécision peut donc conduire à avoir des hésitations sur les voies de recours éventuellement ouvertes. Ainsi, pour analyser la question de la forme de ces mesures et des voies de recours en découlant, il est nécessaire de définir ce qu'est la sentence arbitrale. Or, ni le législateur français, ni le législateur koweïtien ne définissent malheureusement la sentence arbitrale¹⁷⁴³. Toutefois, elle est définie par la jurisprudence et la doctrine des deux États.

815. La sentence arbitrale. En France, le législateur a organisé la sentence arbitrale aux articles 1478 à 1486 du CPCF mais de manière imprécise. Une tentative de définition de la sentence apparaît officieusement dans l'article 1484 alinéa 1 du même code qui prévoit que « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ». Selon la doctrine française, ces dispositions ne sont pas suffisantes et peuvent être sujettes à controverse¹⁷⁴⁴, car elles ne distinguent pas bien la sentence des autres types des décisions telle que l'ordonnance. En effet, il existe plusieurs définitions qui sont établies pas la doctrine française pour la sentence arbitrale. Par exemple, le professeur Éric LOQUIN la définit comme un « acte par lequel, en vertu des pouvoirs dont la convention d'arbitrage les investit, les arbitres tranchent les questions litigieuses qui leur ont été soumises par les parties. Elle s'analyse en un acte de juridiction contentieuse »¹⁷⁴⁵. De même, selon les

¹⁷⁴³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.515.

¹⁷⁴⁴ En ce sens : Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 98 s. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.515.

¹⁷⁴⁵ É. LOQUIN, *Synt.*, « Arbitrage en droit interne... », 2021, préc., n° 73.

professeurs Charles JARROSSON et Benoit Le BARS, la sentence est un « jugement rendu par le juge privé qu'est l'arbitre, [qui] est un acte juridictionnel, [...], de nature contentieuse »¹⁷⁴⁶. À cet égard, la définition de la sentence arbitrale est également bien établie par la jurisprudence française. Selon celle-ci, les sentences arbitrales sont « les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »¹⁷⁴⁷. Ainsi, la doctrine française affirme que toutes les décisions rendues dans une ordonnance de procédure ne sont pas des sentences¹⁷⁴⁸ si les décisions écartent des arguments de procédure sans mettre fin à l'arbitrage ou rejettent une demande avant tout examen au fond, de condamnation provisoire au paiement des sommes en litige. De même, la doctrine estime que la jurisprudence affirme qu'« était une sentence, quoique les arbitres l'aient intitulée "ordonnance de procédure", la décision par laquelle ils tranchaient de manière définitive une question de procédure litigieuse. La jurisprudence ne requiert donc plus que la décision mette fin à l'instance pour qu'elle puisse être qualifiée de sentence, il suffit qu'elle tranche de manière définitive une contestation, initiale ou qui a pu se greffer sur l'instance »¹⁷⁴⁹.

À cet égard, il faut noter que les articles 1484 et 1489 du CPCF prévoient expressément que seules les sentences ont l'autorité de la chose jugée et sont susceptibles d'appel sauf volonté contraire des parties.

816. En droit koweïtien, le législateur, la jurisprudence et la majorité de la doctrine koweïtienne sont, à notre connaissance, silencieux concernant la définition des sentences rendues par l'arbitre. Toutefois, selon nous, le CPCF et la jurisprudence comportent plusieurs indices conduisant à distinguer la sentence des autres décisions. Par exemple, l'article 186 du CPCF prévoit implicitement que les recours sont possibles « uniquement contre les décisions arbitrales qui tranchent définitivement tout ou partie d'un litige »¹⁷⁵⁰. De plus, la Cour de cassation koweïtienne a jugé que les décisions tranchant le litige ont l'autorité de la chose

¹⁷⁴⁶ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 98.

¹⁷⁴⁷ Cass. Civ. 1^{re}., 12 octobre 2011, n° 09-72.439, Bull. I, n° 164. ; CA Paris, 1 juillet 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.834, note Ch. JARROSSON. ; CA Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p.391, note Ch. JARROSSON. ; CA Paris, 10 novembre 1995, *Rev. arb.* 1997, p.596, obs. J. PELLERIN. ; CA Paris 4 et 11 avr. 2002, n° 2001/02540 et n° 2001/06533, *Rev. arb.* 2003, p.143, note D. BENSUAUDE.

¹⁷⁴⁸ CA Paris, 1^{re} chambre 4 avril 2002, *Rev. arb.*, 2003, p.143, 1^{re} esp., note D. BENSUAUDE.

¹⁷⁴⁹ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 99.

¹⁷⁵⁰ À cet égard, et contrairement au droit français : au Koweït les sentences arbitrales ne font pas l'objet d'un recours sauf convention contraire des parties. Ainsi, en cas de convention contraire, l'appel et le recours en annulation sont possibles dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la sentence. : L'art. 186 du CPCF. ; Cass. Com K., 4 juin 2000, n° 563/1999. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.526 et 528.

jugée¹⁷⁵¹. Ainsi, si l'on associe ces précisions du droit koweïtien à la définition retenue par la jurisprudence française, nous pouvons dire que la décision de l'arbitre sera considérée comme une sentence si et seulement si elle tranche définitivement tout ou partie d'un litige, ou si elle met fin à l'instance.

817. Les tentatives de définition et les précisions faites sur la sentence arbitrale par le droit des deux États permettent d'apporter un éclairage sur la nature de cette sentence, notamment sur le fait qu'elle intervient dans le cas du traitement d'une contestation ou d'un litige, sur son autorité ainsi que sur la possibilité d'un recours¹⁷⁵². Alors que la question de la nature de la sentence est réglée, il reste à s'interroger sur la question de la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et les voies de recours qui en découlent puisqu'il s'agit, en matière d'arbitrages français et koweïtien d'« une question délicate »¹⁷⁵³. En droits français et koweïtien, la question de la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et leur voie de recours n'est « théoriquement » pas complexe. Cependant, comme il sera étudié ultérieurement¹⁷⁵⁴, les effets qui seront *en pratique* issus de cette question sont importants, en particulier en France.

818. La forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et leur voie de recours « au regard de la sentence définitive ». En droit français, la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires n'est pas déterminée par le CPCF¹⁷⁵⁵. Depuis le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011¹⁷⁵⁶, l'article 1468 prévoit uniquement que les arbitres ont la faculté de prononcer « toute mesure conservatoire ou provisoire »¹⁷⁵⁷. En effet, alors que la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires reste imprécise, la question des voies de recours ouvertes en la matière reste donc également en suspens. En ce sens, si les mesures provisoires prennent la forme d'une sentence, elles peuvent théoriquement, en cas d'absence d'une convention contraire, faire l'objet d'un recours dans le mois de la notification de la sentence¹⁷⁵⁸. En revanche, si elles prennent la forme d'une simple ordonnance, elles ne seront susceptibles

¹⁷⁵¹ Cass. Com. K., 8 janvier 2005, n° 277/2004.

¹⁷⁵² En ce sens v. les arts. 1484 et 1489 du CPCF.

¹⁷⁵³ H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, *Règles et pratiques du...op. cit.*, p.264.

¹⁷⁵⁴ *Infra* : n° 821.

¹⁷⁵⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.468.

¹⁷⁵⁶ En ce sens : C. NOURISSAT, « Le nouveau droit français de l'arbitrage », préc.

¹⁷⁵⁷ Il n'existe pas de réponse en droit français qui explique que la mesure « conservatoire » soit écrite avant la mesure « provisoire ».

¹⁷⁵⁸ L'art. 1494 du CPCF.

d'un recours qu'après le rendu de ladite sentence qui aura tranché le litige au principal¹⁷⁵⁹. Or, il faut noter que si la jurisprudence française affirme que toutes les décisions arbitrales qui tranchent de manière définitive le litige, que ce soit en totalité ou en partie, sont des sentences¹⁷⁶⁰, les autres décisions arbitrales, qui ne tranchent pas définitivement le litige, que ce soit en totalité ou en partie, seront logiquement rendues sous la forme d'une ordonnance. Par conséquent, la doctrine française affirme par exemple que les mesures provisoires et/ou conservatoires, la désignation d'un expert, l'établissement d'un calendrier de procédure, l'injonction de produire une pièce ou la détermination de la langue de l'arbitrage doivent théoriquement être rendues sous la forme d'une simple ordonnance¹⁷⁶¹. De la même manière, les professeurs Charles JARROSSON et Benoit Le BARS affirment qu' « une simple ordonnance, ou une décision entrant dans le cadre de la police de l'instance (modifier le lieu d'une audience, accorder un délai supplémentaire à une partie pour déposer son mémoire) ne peut être qualifiée de sentence. L'ordonnance se caractérise par le fait que les arbitres peuvent, au cours de l'instance, revenir sur ce qu'ils ont décidé, pour modifier ou rétracter, par une nouvelle ordonnance celle qu'ils ont prise. L'ordonnance n'est pas susceptible de recours distinct des recours ouverts contre la sentence »¹⁷⁶². Ainsi, si l'on suit cette prescription, les mesures provisoires et/ou conservatoires, rendues ainsi sous la forme d'une ordonnance, ne seront susceptibles d'appel ou de recours en annulation qu'au moment du rendu de la sentence finale, dès lors que cela est possible en vertu de la convention arbitrale¹⁷⁶³.

819. En droit koweïtien, si la forme de la décision arbitrale définitive est également imprécise, la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires est également assortie d'une certaine souplesse juridique. En effet, le législateur koweïtien est muet concernant la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et leur voie de recours¹⁷⁶⁴. Toutefois, selon la jurisprudence koweïtienne, les décisions qui tranchent définitivement tout ou partie d'un litige ont à elles seules l'autorité de la chose jugée et sont susceptibles d'appel ou d'un recours en annulation¹⁷⁶⁵. Partant de là, puisque les mesures provisoires et/ou conservatoires ne tranchent

¹⁷⁵⁹ S. JARVIN, « Les décisions de procédure des... », préc., p.611. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.470. ; Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 95.

¹⁷⁶⁰ CA Paris, 25 mai 2000, *Rev. arb.* 2001, p.199, note Ph. PINSOLLE.

¹⁷⁶¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.517. ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 59.

¹⁷⁶² Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 10, « Arbitrage commercial... », préc., n° 98.

¹⁷⁶³ S. JARVIN, « Les décisions de procédure des... », préc., p.611.

¹⁷⁶⁴ En ce sens, il n'existe que l'article 173 du CPCK qui organise les mesures provisoires et/ou conservatoires. Cet article prévoit uniquement que « la convention d'arbitrage ne couvre pas le cas de l'urgence [c'est-à-dire le prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires], sauf convention contraire des parties ».

¹⁷⁶⁵ Cass. Com K., 9 décembre 1981, n° 34/1990. ; En ce sens v. aussi : Cass. Com K., 4 juin 2000, n° 563/1999.

pas définitivement le litige en raison de leur nature et qu'elles ne disposent pas, en principe, de l'autorité de la chose jugée, elles doivent théoriquement et logiquement être prononcées sous la forme d'une ordonnance. Nous pensons que c'est la raison pour laquelle la doctrine koweïtienne affirme que ces mesures ne font pas l'objet d'appel ou de recours en annulation, sauf au moment du rendu de la sentence définitive¹⁷⁶⁶.

820. La question de la qualification de la forme des mesures provisoires. En droits français et koweïtien, si nous voulons conclure cette analyse concernant l'hésitation entre sentence et ordonnance arbitrale, nous pouvons également insister sur les différences qui existent entre ces deux types de décisions arbitrales. Tout d'abord, la sentence tranche définitivement le litige, contrairement à l'ordonnance. Ensuite, la sentence a l'autorité définitive de la chose jugée alors que l'ordonnance n'en dispose pas. L'ordonnance n'a qu'autorité au provisoire de la chose jugée et peut être modifiée en cas d'apparition de circonstances nouvelles. Enfin, la sentence est, contrairement à l'ordonnance et en règle générale, susceptible de recours en appel ou en annulation. Néanmoins, cette distinction entre sentence et ordonnance conduit à poser plusieurs questions fondamentales concernant la célérité et l'efficacité de l'arbitrage : les arbitres sont-ils soumis à l'obligation de préciser la qualification - sentence ou ordonnance - qu'il donne à la décision ordonnant des mesures provisoires ? Plus précisément, les arbitres français ou koweïtiens, ont-ils la faculté de préciser que les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues prennent la forme d'une sentence ? Si c'est le cas, alors que la forme naturelle des mesures provisoires semblerait être l'ordonnance, les arbitres peuvent-ils choisir volontairement de donner la forme de sentence aux mesures provisoires et/ou conservatoires qu'ils ordonnent ? Quel est l'effet de la psychologie de l'arbitre sur la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et les voies de recours en découlant, et donc sur l'efficacité et la célérité de l'arbitrage ? Il s'agira de répondre à ces problématiques dans le reste de la thèse.

¹⁷⁶⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.189. ; Du même auteur, *Les procédures... t. I, op. cit.*, p.409 s. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.236 s. ; F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.541 s.

2 : La répercussion de la personnalité de l'arbitre français sur la forme des décisions arbitrales et leur voie de recours

821. En général et que ce soit en France ou au Koweït, la personnalité de l'arbitre a une répercussion fondamentale sur la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et leur voie de recours. En effet, cette répercussion peut soit perturber, soit soutenir la célérité et l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires dans la mission arbitrale. Si les mesures provisoires et/ou conservatoires sont théoriquement rendues sous la forme d'une ordonnance non susceptible de recours, la personnalité de l'arbitre peut avoir pour conséquence de les apparenter à une sentence, et, *de facto*, les rendre susceptibles de recours. Or, concernant ce sujet, il faut nécessairement distinguer le droit français et le droit koweïtien.

822. Avant d'expliquer en France le mécanisme selon lequel la personnalité de l'arbitre a une répercussion sur la forme des mesures provisoires et leur voie de recours, et *a fortiori* sur la célérité et l'efficacité de l'arbitrage, il est nécessaire d'aborder deux problématiques substantielles. La première est la suivante : de manière générale et peu importe le droit des États, pourquoi dans certains systèmes arbitraux arrive-t-il que les arbitres tentent de moduler la forme de la mesure provisoire et/ou conservatoire rendue afin d'y adjoindre les conséquences découlant de la forme choisie ? Pourquoi les arbitres ne se contentent-ils pas de rendre les mesures demandées sous leur forme logique et naturelle, c'est-à-dire l'ordonnance ? La seconde problématique est la suivante : lorsqu'il s'agit de comparer le droit français au droit koweïtien, pourquoi la question de la répercussion de la personnalité de l'arbitre en droit koweïtien ne se pose pas ? En effet, s'il s'agit d'une mesure provisoire et/ou conservatoire, l'arbitre koweïtien ne rendra qu'une ordonnance.

823. Une modification de la forme « logique et naturelle » des mesures provisoires et/ou conservatoires en vue d'assurer la célérité et l'efficacité de la procédure arbitrale par l'exécution forcée. Dans n'importe quel système arbitral dans le monde, la mesure provisoire sera rapide et efficace si elle est rapidement et parfaitement exécutée, comme c'est le cas de l'ordonnance rendue par le juge de l'État. Cette exécution est ainsi mise en œuvre soit de manière spontanée soit de manière forcée¹⁷⁶⁷. En effet, parfois les parties à l'arbitrage

¹⁷⁶⁷ En ce sens : Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 125 s. ; M. ALENZI., préc.

n'exécutent pas spontanément les mesures provisoires et/ou conservatoires prononcées par l'arbitre. Il ne reste que l'exécution forcée pour rendre efficace une telle mesure. En effet, le problème substantiel en matière de référé arbitral est que dans certains États (conformément à ce qui existe en France), l'ordonnance de l'arbitre n'est pas susceptible de faire l'objet « d'une procédure d'*exequatur* en vue de son exécution forcée »¹⁷⁶⁸, ce qui est également le cas lorsqu'elle concerne une mesure provisoire et/ou conservatoire. Par conséquent, c'est la raison pour laquelle les arbitres essayent de modifier la forme de la mesure provisoire et/ou conservatoire en substituant l'ordonnance par une sentence. Ce mécanisme qui impacte la qualification de la forme des mesures rendues par l'arbitre conduit à certaines conséquences qui seront expliquées ultérieurement¹⁷⁶⁹.

824. La recherche de la force exécutoire des mesures provisoires par la qualification de sentence en France. En général et dans n'importe quel système arbitral dans le monde, la requalification faite par l'arbitre d'une mesure provisoire sous la forme d'une sentence est toujours mise en œuvre pour conférer à ladite mesure la force exécutoire, ce qui permet à la mesure concernée d'aller dans le sens de la célérité et de l'efficacité. Ainsi, nous pouvons dire que le droit français en matière d'arbitrage fait partie de ces systèmes arbitraux dont la pratique se traduit par une requalification par les arbitres de la forme des mesures provisoires en sentence plutôt qu'en ordonnance pour gagner en célérité et en efficacité de la décision¹⁷⁷⁰. L'absence de force exécutoire de ces dernières mesures conduit les arbitres français à favoriser cette pratique contrairement aux arbitres koweïtiens qui ne sont pas confrontés à cette problématique de la force exécutoire de l'ordonnance comme nous le verrons ultérieurement¹⁷⁷¹. Or, le problème de cette habitude française relative à la requalification est que l'absence de définition de la sentence ou de la mesure provisoire rendue par l'arbitre dans le CPCF conduit à une incertitude. Ainsi, la question qui se pose est de savoir si l'arbitre français dispose réellement de cette souplesse auto-octroyée et d'une marge de manœuvre lui permettant d'édicter une mesure provisoire et/ou conservatoire sous la forme d'une sentence afin d'obtenir la célérité et l'efficacité escomptées, étant entendu qu'en tout état de cause ces dernières sont normalement voulues par les parties à l'arbitrage.

¹⁷⁶⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.470. À cet égard : J. BÉGUIN, J. ORTSCHIDT, « La sentence arbitrale est rendue : comment l'exécuter ? », *JCP G*, 2010, n° 1-2, 36. ; Th. CLAY, « Arbitrage - « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du... », préc. ; G. CUNIBERTI, « Sentence arbitrale », *JDI clunet*, 2003, n° 2, 100015.

¹⁷⁶⁹ *Infra* : n° 971.

¹⁷⁷⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.470. ; Th. CLAY, *Code de l'arbitrage... 2021, op. cit.*, p.151.

¹⁷⁷¹ *Ibidem*.

825. La jurisprudence française permet tantôt à l'arbitre de qualifier lesdites mesures en sentence, tantôt elle le lui interdit. Il a été jugé par la Cour de cassation le 6 décembre 2001 que la qualification de la décision arbitrale qui ordonne une expertise et des mesures urgentes et provisoires sous la forme de sentence ne peut pas être susceptible de recours puisqu'elle « participait de l'instruction du litige et ne préjugait pas de son règlement »¹⁷⁷². Cependant, allant à l'encontre de cette solution, la cour d'appel de Paris a jugé le 7 octobre 2004 dans l'affaire *Otor* qu'une telle qualification rentre dans les pouvoirs de l'arbitre, c'est-à-dire que ce dernier peut totalement qualifier les mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme d'une sentence. En effet, elle juge que « le tribunal arbitral s'est définitivement prononcé sur la demande de mesures conservatoires qui lui avait été présentée, la limitation des mesures ordonnées à la durée de l'instance ne remettant pas en cause l'autorité de la chose jugée de sa décision, que les arbitres ont pu exprimer sous forme de sentence »¹⁷⁷³. Or, la Cour de cassation, réaffirmant sa position initiale, a à nouveau refusé le 12 octobre 2011 de requalifier l'ordonnance en sentence en déclarant que la décision de l'arbitre ne fait qu'« aménager la période transitoire entre le prononcé de la sentence arbitrale et la conclusion de la convention de séquestre, pour assurer l'effectivité de la sentence, en évitant que les sommes excédentaires qui pourraient être versées à GAT durant cette période échappent à l'obligation de séquestre »¹⁷⁷⁴. Toutes les jurisprudences qui sont contre la qualification libre de l'arbitre se fondent sur une solution de la jurisprudence de principe rendue en 1992 qui soutient que le juge de l'annulation n'est pas tenu de qualifier les mesures de la même manière que l'arbitre¹⁷⁷⁵. Par exemple, si l'arbitre français qualifie la mesure d'injonction sous la forme d'une sentence, le juge d'annulation peut déclarer que le recours contre cette décision est irrecevable car elle constitue une ordonnance qui ne peut pas faire l'objet d'un recours. Ainsi, les jurisprudences sont variées et contradictoires en la matière, « il existe en droit français une relative incertitude sur la possibilité de rendre sous la forme de sentence des mesures provisoires ou conservatoires »¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷² Cass. Civ. 2^{ème}., 6 décembre 2001, n° 99-21.870, Bull. Civ. II, n° 182 p.127. ; Cass. Civ., 6 déc. 2001, n° 99-21.870, Rev. arb., 2001, p.932. En ce sens v. aussi : CA Paris, 4 avr. 2002, *Nafimco c/ Foster Wheeler* : Rev. arb. 2003, p. 160, note D. BENSUAUDE.

¹⁷⁷³ CA de Paris, 7 octobre 2004, n° 2004/13909. ; CA Paris, 7 octobre 2004, *JDI* 2005, p.341, note A. MOURRE, P. PEDONE. ; CA Paris, 7 octobre 2004, Rev. arb. 2005, p.737, note E. JEULAND. ; CA Paris, 7 octobre 2004, D. 2005, p.3062, obs. Th. CLAY.

¹⁷⁷⁴ Cass. Civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, n° 10-14.687, Inédit. ; Cass. Civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, *Procédures*, 2011, comm. 369, note L. WEILLER. ; Cass. Civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, *JCP G*, 2011, p.2545, obs. J. OETSCHIEDT.

¹⁷⁷⁵ CA de Paris, 1^{ère} chambre, 9 juillet 1992, n° 1992/023182.

¹⁷⁷⁶ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 78.

826. La doctrine française est également divisée en deux courants concernant l'autorisation ou l'interdiction de la qualification par l'arbitre des mesures. À cet égard, certains auteurs français fondent leur pensée sur la définition de la sentence retenue par la jurisprudence en date du 12 octobre 2011¹⁷⁷⁷ selon laquelle les véritables sentences arbitrales sont à elles seules susceptibles de faire l'objet d'un recours. Selon eux, « cette définition semble immuable puisqu'elle est utilisée systématiquement depuis cette date par les cours d'appel ou la Cour de cassation »¹⁷⁷⁸. Ainsi, les « fausses sentences »¹⁷⁷⁹, c'est-à-dire la mesure provisoire sous la forme de sentence, ne seront pas susceptibles d'une contestation devant le juge étatique¹⁷⁸⁰.

Par ailleurs, selon la même définition de la sentence, d'autres auteurs vont encore dans ce sens en précisant également que si l'arbitre rend une véritable sentence, il épuise son pouvoir conformément au principe de dessaisissement¹⁷⁸¹, en conférant l'autorité de la chose jugée à ladite sentence¹⁷⁸². De surcroît, s'il qualifie la mesure provisoire de sentence, il déroge simultanément au principe du dessaisissement et au principe de l'autorité de la chose jugée qui doit être conféré uniquement aux sentences finales¹⁷⁸³.

Allant à l'encontre de ces raisonnements fondés sur la définition de la sentence, certains auteurs pensent au contraire qu'en général et peu importe l'impossibilité de l'ordonnance de faire l'objet d'un recours, la qualification que les arbitres choisissent de donner à leurs décisions est purement fondée sur des raisons pratiques car l'objectif de la qualification en sentence est de conférer la force exécutoire à la décision rendue au bénéfice de l'efficacité et de la célérité de la procédure arbitrale¹⁷⁸⁴. Ils estiment également que le juge de l'État doit respecter cette qualification et le choix de l'arbitre, en tant que « vrai juge »¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁷⁷ Selon la Cour de cassation française, les sentences arbitrales sont « les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance ». En ce sens : *Supra* : Sentence arbitrale.

¹⁷⁷⁸ J. JOURDAN- MARQUES, « L'imbroglio dans la qualification de la décision relative aux mesures provisoires », *Cah. arb.*, 2012, n° 2, p.397.

¹⁷⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁸⁰ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant, 2002, p.678. En ce sens v. aussi : CA Paris 4 et 11 avril 2002, n° 2001/02540 et n° 2001/06533, JCP G, 2003, I, 105, obs. J. OETSCHIEDT.

¹⁷⁸¹ Le principe de dessaisissement peut être définie comme un « effet attaché à un acte juridictionnel, en vertu duquel le juge perd le pouvoir de statuer sur une affaire une fois le jugement rendu ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.374.

¹⁷⁸² J. BARBET, « La Cour de cassation se prononce sur la notion de sentence arbitrale susceptible de recours », CEFAREA, n° 9. Disponible sur : http://www.cefarea-arias.fr/offres/doc_inline_src/795/NUMERO-16-2011.pdf (consulté le 23 décembre 2020).

¹⁷⁸³ *Ibidem*.

¹⁷⁸⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 12 octobre 2011, *Rev. arb.* 2012, p.86, note F. X. TRAIN.

¹⁷⁸⁵ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 63.

827. Selon nous, tant qu'il n'existe pas d'interdiction expresse prescrite par le CPCF ou par la jurisprudence française, la qualification de l'arbitre de sa mesure provisoire sous la forme de sentence est possible mais elle n'est pas souhaitable. Elle est possible puisque les arbitres disposent théoriquement de cette possibilité de choix de qualification puisque l'article 12 du CPCF relatif à la qualification des décisions judiciaires ne leur interdit pas expressément de choisir la forme de la sentence pour rendre leur décision en matière de mesures provisoires. Par ailleurs, il est évident que les arbitres ne veulent pas intentionnellement déroger à la définition de la sentence et de ses éléments, cette pratique de la qualification des mesures provisoires en sentence a pour objectif l'efficacité des décisions arbitrales. Le choix de qualification ne pose pas forcément de difficulté puisqu'en cas d'absence de contestation de l'une des parties, la protection provisoire peut être caractérisée qu'elle que ce soit la forme de la décision. Cependant, nous considérons que cette qualification par l'arbitre des mesures provisoires en sentence n'est pas souhaitable car elle déroge au principe de dessaisissement et au principe de l'autorité de la chose jugée qui doit être conférée uniquement aux véritables sentences.

828. Par conséquent, au même titre que la jurisprudence française, la doctrine française est divisée entre l'autorisation et l'interdiction de la qualification par l'arbitre de ces mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme de sentence.

829. La répercussion de la personnalité de l'arbitre français sur la célérité et l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires. L'arbitre français est confronté à une grande incertitude concernant la qualification des mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme de sentence. Si les mesures provisoires et/ou conservatoires ne bénéficient pas de la qualification de sentence, le risque est qu'il est probable que ces mesures soient inefficaces et leur exécution retardée. En principe, aucune voie de recours contre les sentences n'est possible, seule une convention contraire des parties à l'arbitrage permet d'ouvrir une voie de recours¹⁷⁸⁶. En cas d'existence d'une telle convention, si l'arbitre qualifie la mesure provisoire de sentence, il modifiera de manière subsidiaire la voie de recours contre cette mesure. Ainsi, s'il y a une contestation de l'adversaire, le juge de l'annulation est en pratique conduit à annuler la qualification de sentence donnée par l'arbitre, car il considère que la sentence rendue aurait dû être initialement qualifiée d'ordonnance ne faisant pas l'objet de voie de recours.

¹⁷⁸⁶ L'art. 1489 du CPCF prévoit que « la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ». En ce sens v. aussi : É. LOQUIN, Fasc. 1800-72, « ARBITRAGE – La décision arbitrale... », préc.

Cependant, si l'arbitre qualifie la mesure provisoire d'ordonnance, le risque est que le défendeur puisse, en cas de mauvaise foi, ne pas exécuter la mesure provisoire ordonnée puisque de fait cette mesure n'a par définition pas force exécutoire. De ce fait, la célérité et l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires est mise en danger par cette difficulté relative à leur qualification.

Par conséquent, l'arbitre français est ainsi confronté à un paradoxe qui ne peut pas être résolu, sauf s'il surmonte la difficulté psychologique relative à la prise de risque en remédiant à ce problème par un choix audacieux. En effet, un arbitre audacieux est préférable à un arbitre prudent. Un arbitre qui ose qualifier ses mesures provisoires et/ou conservatoires « urgentes » de sentence pour des raisons **purement pratiques**¹⁷⁸⁷ est ainsi préférable à un arbitre qui se contenterait de qualifier ces mêmes mesures de simple ordonnance uniquement pour éviter les problèmes théoriques liés à la question de la voie de recours. Les parties ont en effet intérêt à bénéficier d'une procédure arbitrale rapide et efficace. Selon nous, la personnalité de l'arbitre peut ainsi constituer un obstacle pour la célérité et l'efficacité du référé arbitral en conditionnant la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues de même que la voie de recours découlant de la qualification choisie.

¹⁷⁸⁷ H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, *Règles et pratiques du...op. cit.*, p.265.

830. Conclusion du titre I. En général et que ce soit en France ou au Koweït, chaque obstacle existant dans les systèmes arbitraux peut être surmonté par une solution. Les mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales peuvent être rapides et efficaces, au même titre que celles rendues par le juge des référés.

Tout d'abord, les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral et à la personnalité de l'arbitre peuvent être résolues par l'intervention rapide et non-concurrentielle du juge étatique ou par la confiance que ce juge accordera au système arbitral.

Ensuite, même si le principe de la contradiction et les procédures sur requêtes peuvent apparaître comme des obstacles à la célérité et à l'efficacité de l'arbitrage, ces obstacles peuvent tout à fait être surmontés. La liberté procédurale qui existe uniquement dans les systèmes arbitraux peut rapidement montrer ses avantages du fait des mécanismes modernes existants dans le cadre des procédures arbitrales qui permettent *a fortiori* de surmonter l'obstacle relatif au principe de la contradiction. Dans les procédures non-contradictaires, l'arbitrage présentera également des avantages pour les parties alors que le juge étatique intervenant comme « l'assistant de l'arbitre » permettra de résoudre d'éventuelles difficultés.

Enfin, si la nature des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales peut également apparaître comme un obstacle à la célérité et à l'efficacité du référé arbitral, elle peut en réalité se présenter plutôt comme un avantage. Cette nature peut en effet apparaître comme un obstacle dans le sens où la personnalité de l'arbitre joue un rôle fondamental alors que celui-ci peut décider de moduler de manière plus ou moins pertinente l'autorité de la mesure provisoire, sa forme et sa voie de recours. Cependant, cette question de la nature des mesures provisoires peut au contraire être envisagée comme un avantage puisque si l'arbitre est caractérisé par une personnalité audacieuse, il peut jouer sur la qualification de la forme qu'il donnera à ces mesures dans le cadre de la loi, et conformément à l'intérêt des parties à l'arbitrage, permettant à la procédure arbitrale de gagner en célérité et en efficacité.

Titre II : Un dénouement entre exécution spontanée et exécution forcée

831. « La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force »¹⁷⁸⁸.

832. À partir de ces mots écrits par Blaise PASCAL, il apparaît que le tribunal qui traite un litige doit regrouper deux éléments substantiels pour atteindre l'objectif d'une justice idéale : une bonne organisation des procédures résolvant rapidement le litige et un pouvoir coercitif pour l'efficacité de l'exécution. Le postulat est connu : le juge de l'État en France et au Koweït dispose tant d'une organisation efficace de la procédure que du pouvoir d'exécution. Le litige est traité selon deux degrés de juridiction, avec un respect des principes directeurs du procès et avec pour aboutissement l'exécution des décisions rendues qu'elles soient définitives ou provisoires.

833. Cependant, une question fondamentale se posera impérativement en matière d'arbitrage en France et au Koweït. Les arbitres n'ayant pas de pouvoir coercitif, comment les parties à l'arbitrage peuvent-elles être obligées d'exécuter les décisions des arbitres ? En effet, la question de l'*imperium*, nommé aussi « le pouvoir de commandement »¹⁷⁸⁹ ou « le pouvoir coercitif »¹⁷⁹⁰, est très importante pour atteindre l'objectif d'une Justice idéale s'agissant de l'exécution des décisions. Ainsi, l'absence d'*imperium* des arbitres français et koweïtiens constitue un véritable obstacle, car cet attribut est fondamentalement lié à l'objectif de l'arbitrage, et notamment à l'exécution de la sentence ou de l'ordonnance arbitrale.

834. Ainsi, nous étudierons dans un premier temps l'importance de l'idée d'*imperium* dans le traitement du litige et l'étendue de la capacité de l'arbitre à exécuter ses décisions sans l'octroi officiel de l'*imperium* (**Chapitre I**). Dans un second temps, nous aborderons les effets liés à l'absence d'*imperium* de l'arbitre et à la nécessité de l'intervention du juge étatique dans la mission arbitrale afin d'atteindre l'objectif essentiel de l'arbitrage (**Chapitre II**).

¹⁷⁸⁸ B. PASCAL, *op., cit.*

¹⁷⁸⁹ D. CHEKROUN, *L'imperium de l'arbitre*, Thèse, Paris, 2008.

¹⁷⁹⁰ É. LOQUIN, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 102.

Chapitre I : L'exécution spontanée des « décisions »¹⁷⁹¹ arbitrales

835. Que ce soit en France ou au Koweït, l'exécution des décisions rendues par les tribunaux étatiques rend compte de la puissance de l'État. Il apparaît que sans cet outil juridique que constitue l'exécution, l'efficacité de la justice peut être mise en danger. D'une part, une partie au litige récalcitrante et de mauvaise foi pourrait décider volontairement de ne pas exécuter la décision concernée. D'autre part, une partie pourrait également accepter d'exécuter ladite décision mais en ralentissant volontairement la mise en œuvre de la décision de justice. Ainsi, l'idée d'*imperium* est fondamentale dans la résolution des litiges car les tribunaux étatiques exercent toujours leur autorité dans leurs décisions rendues et ce, pour une bonne exécution des décisions par les parties (**Section 1**). Toutefois, en matière d'arbitrage français et koweïtien, les arbitres sont dépourvus de cette autorité, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas l'*imperium*. Pour autant leur décision est tout de même assortie d'efficacité. Il existe en ce sens plusieurs manifestations garantissant l'exécution des décisions arbitrales et ce, sans l'octroi officiel de l'*imperium* (**Section 2**).

Section 1 : L'importance de l'idée d'*imperium*

836. La notion d'*imperium* est très ancienne (environ 600 avant Jésus Christ), et plusieurs sens se sont développés au fil du temps. En droit romain, en droit médiéval, en droit musulman ou encore en droits contemporains, l'*imperium* se décline en plusieurs concepts. De plus, du fait de ce large héritage et du développement de différentes conceptions d'*imperium*, le terme peut être utilisé par chaque branche du droit dans un sens différent¹⁷⁹². À cet égard, « la doctrine ne le désigne jamais qu'en latin, aucune traduction n'en donnant d'équivalent satisfaisant. Il évoque les idées de force, de contrainte, de commandement, toujours comprises comme des prérogatives de l'État »¹⁷⁹³. Une autre définition retient que l'*imperium* est « le

¹⁷⁹¹ En droit de l'arbitrage français et koweïtien, les arbitres rendent soit une sentence soit une ordonnance. Cependant, nous utilisons parfois le terme de décisions arbitrales, comme certains auteurs en France, pour englober de façon générale les deux jugements. En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1800-72, « ARBITRAGE – La décision arbitrale... », préc., n° 38. ; V. PARISOT, « Conflit de juridictions - Conflit de juridictions. – Effets internationaux des décisions étrangères. – Reconnaissance ou exequatur d'une décision américaine homologuant des sentences arbitrales. – Procédure par défaut. – Intérêt à agir, en l'absence de biens saisissables en France, du bénéficiaire de la décision... », *JDI clunet.*, 2020, n° 4, 20.

¹⁷⁹² *Infra* : n° 845.

¹⁷⁹³ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 245.

pouvoir de contrainte qu'exerce le juge par délégation de l'État »¹⁷⁹⁴. Ainsi, en approfondissant l'analyse, nous comprenons que le fondement de ce pouvoir de contrainte est issu uniquement de l'État, mais il est conféré à certaines personnes déterminées, notamment au juge étatique qu'il soit français ou koweïtien.

837. En ce sens, il faut rappeler ici que notre objectif essentiel est uniquement de savoir si l'arbitre dispose de l'*imperium* ou de l'un de ses éléments pour contraindre les parties à exécuter les mesures provisoires et/ou conservatoires qu'il a prononcées. Par conséquent, pour répondre à cette question, il est nécessaire de comprendre la notion d'*imperium*, dont le fondement découle de l'État puisqu'il est à l'origine de ce pouvoir (§ 1), et la manière dont l'*imperium* est délégué à certaines personnes tels que les juges étatiques pour la résolution des litiges (§ 2). Dans cette double analyse, nous étudierons la raison pour laquelle l'arbitre en France et au Koweït n'a pas l'*imperium* du juge.

§ 1 : L'origine de l'*imperium* : une importance générale concernant la souveraineté de l'État

838. La notion d'*imperium* n'est pas seulement utilisée dans le cadre de la résolution des litiges ou pour l'exécution des décisions de justice étatique française ou koweïtienne. Elle est en ce sens une notion plus large. En effet, avant que le mécanisme obligatoire d'exécution des décisions de justice (l'*imperium*) ne soit conféré à certaines personnes comme le juge étatique, ce pouvoir de contrainte appartient avant tout aux États. De même, avant l'apparition des États modernes, les rois ou d'autres représentants de l'autorité publique étaient également les seuls titulaires de l'*imperium*. Ainsi, nous étudierons d'abord l'origine de la notion d'*imperium* (A). Ensuite, nous aborderons l'*imperium* de l'État (B).

A : La genèse de l'*imperium*

¹⁷⁹⁴ *Ibidem*.

839. L'*imperium* est une notion très ancienne. Pour certains auteurs, cette notion est d'origine étrusque¹⁷⁹⁵, elle existait antérieurement à la monarchie romaine¹⁷⁹⁶ ou encore à la naissance des religions chrétienne et musulmane¹⁷⁹⁷.

840. Époque royale romaine. À l'époque royale romaine, l'*imperium* est apparu dans le domaine militaire afin de désigner le pouvoir suprême conféré au chef lorsqu'il dirigeait des commandements militaires¹⁷⁹⁸. Le titulaire de ce pouvoir était dans la plupart du temps le roi. Grâce à ce pouvoir, il pouvait imposer aux citoyens de partir au combat¹⁷⁹⁹. C'est la raison pour laquelle ce pouvoir se nommait à l'époque le pouvoir de commandement¹⁸⁰⁰, c'est-à-dire l'*imperium militiae*¹⁸⁰¹. A cette époque, ce pouvoir politique n'était donc pas nécessairement utilisé pour la résolution des litiges comme aujourd'hui. Il était entre les mains d'une seule personne pour une raison spécifique.

841. République romaine. L'*imperium* dans la République romaine était un peu plus développé puisqu'il était utilisé dans le domaine du traitement des litiges et non pas uniquement pour ordonner des commandements militaires. En effet, il se décomposait en deux éléments : l'*imperium domi*, à savoir l'*imperium* civil, et l'*imperium militiae*, c'est-à-dire l'*imperium* militaire qui concernait l'armée¹⁸⁰². En effet, les consuls étaient les seuls qui disposaient des deux éléments de l'*imperium*. A l'inverse, les prêteurs, c'est-à-dire les magistrats chargés de la justice et qui étaient élus chaque année, disposaient uniquement de l'*imperium domi*¹⁸⁰³. À l'époque, l'*imperium* était une notion religieuse, et c'est la raison pour laquelle les citoyens acceptaient de se soumettre à un ordre donné par celui qui disposait de l'*imperium*¹⁸⁰⁴. Une fois que la République romaine disparue (en -31), l'*imperium* et ses éléments ont été transférés à l'empereur¹⁸⁰⁵. A Rome et postérieurement à la période royale, nous voyons donc que ce

¹⁷⁹⁵ J. GAUDEMET, « *Dominium-imperium*, les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », Droits 1995, p.3.

¹⁷⁹⁶ En ce sens : Th. MOMMSEN, *Droit public romain*, Thèse, 2^{ème} éd., Paris, 1898, p.25.

¹⁷⁹⁷ Il faut noter que le terme d'« *imperium* » ne trouve pas d'équivalence de traduction dans la langue arabe. Toutefois, il est possible de rapprocher ce terme de la traduction de « pouvoir coercitif », qui lui existe dans cette langue. À cet égard, M. YASSIN, *La théorie du procès en Charia...op. cit.*, p.5 s.

¹⁷⁹⁸ Th. MOMMSEN, préc.

¹⁷⁹⁹ Cf. GAUDEMET, « Le concept d'*imperium* dans l'histoire Auguste », in *Étude de droit romain*, II, Institutions et doctrines politiques, J. NAPLES, 1979, p.224 s.

¹⁸⁰⁰ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.86 s.

¹⁸⁰¹ *Ibidem*.

¹⁸⁰² U. COLI, « Sur la notion d'« *imperium* » en droit public romain », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 1960, p.361.

¹⁸⁰³ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.87.

¹⁸⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁰⁵ U. COLI, « Sur la notion d'« *imperium*... », *op. cit.*, p.366 s.

pouvoir politique était utilisé pour la résolution des litiges tel que nous le comprenons aujourd'hui. Cependant, il était très limité au profit de certaines personnes comme les prêteurs.

842. Moyen âge. Au Moyen âge, les différents rois utilisaient l'*imperium* dans le but de légitimer leur puissance¹⁸⁰⁶. Entre le V^{ème} siècle et le XII^{ème} siècle, il a été utilisé dans un sens différent. L'*imperium* ne désignait pas au Moyen âge le pouvoir de commandement comme chez les Romains, mais il concernait uniquement la puissance légitime¹⁸⁰⁷. Par exemple, en 800, Charlemagne voulait devenir « le nouvel empereur romain » lorsqu'il affirmait qu'il détenait l'*imperium*¹⁸⁰⁸. Ainsi, au Moyen âge, l'*imperium* servait de discours politique et non pas, comme c'était le cas à Rome, d'outil juridique sans lequel on ne peut agir politiquement.

843. Par ailleurs, nous pouvons faire un parallèle avec la construction du droit musulman. En effet, entre le VI^{ème} siècle et le VII^{ème} siècle, la puissance du prophète fondateur de l'Islam a été légitimée auprès des populations alors qu'il est évoqué dans le Coran qu'il a reçu une puissance de commandement que nous pouvons rapprocher de la notion d'*imperium*¹⁸⁰⁹.

844. À partir du XII^{ème} siècle, les juristes de l'empereur germanique redécouvraient le droit romain, mais la notion d'*imperium* n'était pas utilisée dans le même sens qu'à l'époque de Charlemagne en 800¹⁸¹⁰. Cette fois, l'*imperium* était non pas compris comme « dignité impériale »¹⁸¹¹, mais comme un concept de « souveraineté »¹⁸¹². Il désignait alors l'indépendance d'un roi. Celui qui a l'*imperium* est au-dessus de tous en puissance, donc il est indépendant. En l'espèce, après la naissance de ce nouveau sens de l'*imperium*, les rois et le Pape affirmaient qu'ils avaient l'*imperium* pour souligner leur indépendance¹⁸¹³. Ainsi, le roi de France considérait qu'il était tout puissant à l'intérieur de son royaume, notamment contre

¹⁸⁰⁶ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.94.

¹⁸⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁰⁸ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.131. ; F. TERRÉ, « La Méditerranée, source d'un droit », *D.* 2009. 30.

¹⁸⁰⁹ Nous constatons ici que l'*imperium* a été utilisé au sens religieux. En ce sens : M. YASSIN, *La théorie du procès en Charia...op. cit.*, p.16. ; H. SULTAN, *L'organisation du droit public à la lumière de Charia*, t. II, Dar Alnahdah, 1986, p.120 s.

¹⁸¹⁰ V. LOT, *Les invasions germaniques, La pénétration mutuelle du monde barbare et du monde romain*, Payot, 1945.

¹⁸¹¹ En ce sens : R. MARTIN, « Les cheminements des pouvoirs judiciaires depuis 1789 », *RTD civ.* 2004, 251, n° 12.

¹⁸¹² R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.172.

¹⁸¹³ J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approche médiévales », in J.-M. CARBASSE, L. TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999, p.67 s.

les seigneurs et le Pape, car il était titulaire de l'*imperium*¹⁸¹⁴. Cependant, les juristes vont décliner le concept pour le rendre plus général car synonyme de toute puissance et non plus seulement d'un pouvoir de commandement. A ce titre, le roi et ses agents disposaient de l'*imperium*, donc ces derniers pouvaient appliquer les ordres du roi au même titre que les juges (à l'époque, la justice était retenue, donc l'*imperium* du juge était en fait l'*imperium* du roi délégué)¹⁸¹⁵.

845. L'époque moderne. Un nouveau sens du terme *imperium* a émergé au XVI^{ème} siècle. A cette date et notamment en France et avec l'apparition de l'État, le sens de l'*imperium* s'est différencié du sens qu'il avait au Moyen-Âge. En effet, au Moyen âge, le roi commandait en son nom propre et parce qu'il était indépendant. À partir du XVI^{ème} siècle, le roi commande et gouverne puisqu'il est souverain¹⁸¹⁶. Cela constitue probablement un retour à la conception romaine d'*imperium*. Cependant, selon Baruch SPINOZA, la notion d'*imperium* prend un nouveau sens à l'époque moderne puisqu'elle est devenue une notion philosophique¹⁸¹⁷. SPINOZA a ainsi défini l'*imperium* comme un « droit qui définit la puissance de la multitude »¹⁸¹⁸.

846. L'héritage complexe de la notion d'*imperium*, notion évolutive et changeante en fonction des périodes, conduit aujourd'hui à ce que chaque domaine du droit donne un sens différent à cette notion. Que ce soit en France ou au Koweït, en droit constitutionnel, l'*imperium* désigne la puissance exercée par les magistrats¹⁸¹⁹. En droit judiciaire, l'*imperium* désigne « le pouvoir de contrainte qu'exerce le juge par délégation de l'État »¹⁸²⁰. Par ailleurs, en droit international public, l'*imperium* concerne de manière générale la souveraineté de l'État¹⁸²¹. Enfin, en droit maritime, l'*imperium* concerne les pouvoirs de police des États sur leurs espaces

¹⁸¹⁴ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.145.

¹⁸¹⁵ *Ibidem*.

¹⁸¹⁶ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 247 s. R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.172 s.

¹⁸¹⁷ B. SPINOZA, *Traité politique*, II, 17, trad. C. APPUHN, Paris, Garnier, 2014.

¹⁸¹⁸ *Ibidem*.

¹⁸¹⁹ Mais la notion est parfois utilisée pour distinguer les prérogatives de l'État titulaire de la puissance publique de celles de l'État propriétaire « *dominium* ». Cette distinction a entraîné plus de confusions qu'elle n'a permis de clarifications. En ce sens : F. CHEVRETTE, « *Dominium et imperium* : L'État propriétaire et l'État puissance publique en droit constitutionnel canadien », *in* mélanges dédiés à J. PINEAU, Montréal, Thémis, 2003, p. 665 s.

¹⁸²⁰ Même si les deux notions sont historiquement indissociables, sur les origines historiques de cette opposition conceptuelle v. : R. COLSON, *La fonction de juger : Étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006, p.183 s. ; Dans une approche différente, Ch. JARROSSON propose de considérer la *jurisdictio* comme une composante de l'*imperium*. En ce sens : Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 245 s.

¹⁸²¹ B. DURAND, *Introduction historique au droit colonial*, Paris, *Economica*, 2015, p. 262 s. ; Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 248.

maritimes¹⁸²². Ainsi, nous étudierons la notion d'*imperium* de l'État « en droit international », ce pouvoir conféré à certaines personnes telles que les juges étatiques afin de mettre en œuvre la résolution des litiges.

B : Le fondement de l'*imperium* et son unique limite

847. La notion d'*imperium* que ce soit en droit international public français ou en droit international public koweïtien se traduit dans les deux cas par la souveraineté de l'État. Cependant, cette souveraineté n'est pas absolue mais elle est soumise à une limite de territorialité.

848. La souveraineté de la France et du Koweït. Selon le professeur Charles JARROSSON, si le roi est un roi dans son royaume, « l'État est l'empereur en son territoire »¹⁸²³. Selon la doctrine en France et au Koweït, l'État monopolise l'*imperium*¹⁸²⁴, c'est-à-dire la souveraineté, lorsqu'il use de la force publique. Ainsi, « la souveraineté a remplacé celle d'*imperium* dans le rôle de pivot de la théorie générale de l'État »¹⁸²⁵.

849. La souveraineté de l'État et la force exécutoire : l'*exequatur*. En France et au Koweït, la force ne peut être utilisée que par les États. C'est un pouvoir qui ne peut donc pas, en principe, être conféré aux juridictions étrangères. C'est le reflet de la souveraineté des États. En l'espèce, la doctrine koweïtienne¹⁸²⁶, à l'instar de la doctrine française, affirme cette idée en considérant que « l'État ne peut conférer la force exécutoire qu'aux actes et décisions qui relèvent de sa propre autorité, sans cela il se soumettrait à une autorité étrangère. Cette considération constitue le fondement de la procédure d'*exequatur* »¹⁸²⁷. Par conséquent, la notion d'*imperium* en droits internationaux français et koweïtien, c'est-à-dire la souveraineté de l'État, peut ainsi nous conduire à comprendre « en droit judiciaire » la raison pour laquelle

¹⁸²² La distinction semble apparaître au début du XVIIe siècle. Grotius en propose une articulation dans le *De jure belli ac pacis* (liv. II, chap. III) sans pourtant l'avoir conceptualisée seize années auparavant dans son *Mare liberum*. Le droit de la mer est alors conceptualisé autour de la seule notion de *dominium*. À cet égard : H. GROTIUS, *La liberté des mers : Mare liberum*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2013, p.44.

¹⁸²³ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 248.

¹⁸²⁴ B. BADIE, *Un monde sans souveraineté*, Fayard, 1999, p.8 s. ; H. ALIBRAHIM, *La notion de souveraineté de l'État classique*, mémoire de master 2, Université de moyen orient, 2013, p.25.

¹⁸²⁵ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.172.

¹⁸²⁶ R. ALENEZI, *Le droit international public koweïtien*, 3^{ème} éd., Dar Alnasher, 2009, p.280.

¹⁸²⁷ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 249.

la force de l'État est exercée uniquement par ses juridictions étatiques et non pas par des juridictions privées comme un tribunal arbitral¹⁸²⁸.

850. Toutefois, la mondialisation ou la globalisation¹⁸²⁹, « la cohésion sociale », le développement des moyens de communications ou de transports, la fin de « la crise de l'État providence et [la fin du] spectre de l'État totalitaire »¹⁸³⁰, ou encore l'émergence d'un marché mondial pour « l'efficacité économique »¹⁸³¹, conduisent à des développements fondamentaux dans les droits internationaux publics¹⁸³². Ainsi, ces développements « nouveaux » conduisent *a contrario* à un recul de la souveraineté de l'État¹⁸³³.

851. Le recul de la souveraineté de l'État avec l'apparition des juridictions « supra-étatiques ». En droits français et koweïtien, les conventions internationales entre les États sont apparues avec le développement des droits internationaux. Ce développement a également abouti à la création d'autorités ayant un *imperium* « supra-étatiques »¹⁸³⁴, comme la Cour internationale de Justice de La Haye, la CEDH ou encore la Convention de l'exécution et des notifications des décisions dans les pays du Golf¹⁸³⁵.

852. À titre d'exemple, la France est partie à la Convention européenne des droits de l'Homme. De la même manière, l'État du Koweït est partie à la Convention de l'exécution et des notifications des décisions dans les pays du Golf¹⁸³⁶. Ainsi, selon la doctrine en France et au Koweït, lorsque les États membres ratifient de telles conventions, les États s'obligent à suivre les décisions rendues dans le cadre de l'application de ces conventions¹⁸³⁷. Par conséquent, la ratification d'une convention par un État sera considérée comme une « renonciation ou une

¹⁸²⁸ *Infra* : n° 858.

¹⁸²⁹ La mondialisation « est un phénomène voulant caractériser un sort d'universalisation des principes gouvernant aussi bien l'économie que l'organisation interne des États comme la nécessaire ouverture des États dans des partenaires divers ». En ce sens : S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.712.

¹⁸³⁰ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.237.

¹⁸³¹ *Ibidem*.

¹⁸³² Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 249. En ce sens v. aussi : R. ALENEZI, *op. cit.*

¹⁸³³ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.237.

¹⁸³⁴ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 249. ; R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.238.

¹⁸³⁵ Il s'agit d'une Convention concernant les pays du Golf qui a été ratifiée en 1997. Disponible en <https://www.gcc-sg.org/ar-sa/CognitiveSources/DigitalLibrary/Pages/Details.aspx?itemid=334>. (Consulté le 5 janvier 2021).

¹⁸³⁶ T. ALJORF, *La théorie de l'État et les principes généraux de ses systèmes politiques*, Dar Alnahdah, 1978, p.618.

¹⁸³⁷ Par exemple, plusieurs conventions internationales imposent des sanctions aux États membres pour son respect. En ce sens : L'art. 187 du traité CEE et l'art. 25 de la Convention de l'exécution et des notifications des décisions dans les pays du Golf. ; R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.238. ; J. ALOTAIBI, « La mondialisation et la souveraineté de l'État », la revue des science politique de l'université du Koweït, n° 23, 2009, p.91.

délégation » de sa souveraineté. Or, il faut noter que cette renonciation n'est pas totale. Les États membres ne renoncent que partiellement à leur souveraineté. C'est ainsi que le professeur JARROSSON estime que même « si les États ont assez largement admis que leurs actes puissent être jugés par une juridiction supranationale, ils n'ont pas pour autant entendu abdiquer leur souveraineté quant à l'usage de la contrainte pour faire exécuter ces jugements [...], mais les États, en ratifiant la Convention, s'obligent à suivre les décisions des instances. [Ainsi], la suspension de l'exécution forcée ne peut intervenir qu'en vertu d'une décision de la Cour de Justice, mais le contrôle de la régularité des mesures d'exécution relève de la compétence des juridictions nationales »¹⁸³⁸. Par conséquent, par un tel mécanisme de ratification de certaines conventions, les États renoncent « partiellement » à leur souveraineté liée à l'exécution, au profit des juridictions supra-étatiques.

853. La limite de la souveraineté des États. Il faut noter que la souveraineté des États est limitée par leurs territoires. Selon la jurisprudence française et la doctrine en France et au Koweït, les États ne peuvent exercer la force publique du fait de leur souveraineté qu'à l'échelon de leur territoire¹⁸³⁹. Ainsi, cela nous conduit à retenir ce qu'écrit le professeur JARROSSON : l'État est l'empereur sur son territoire. Les juridictions supra-étatiques peuvent bénéficier de certains avantages pour l'exécution des décisions dans les États membres et elles sont les seules à avoir la compétence pour l'usage de ce pouvoir de contrainte concernant les voies d'exécution.

854. Pourquoi étudier l'*imperium* de l'État ? En droit international public, que ce soit en France ou au Koweït, il apparaît que l'*imperium* des États ne peut pas être exercé par l'État lui-même. En effet, les réflexions sur cette question ont évolué avec le temps. Aujourd'hui, l'*imperium* de l'État ne désigne plus le pouvoir de l'empereur comme au Moyen âge, mais il signifie aujourd'hui en droit international public la souveraineté organisée d'un État qui est finalement déléguée à certaines juridictions non seulement en interne aux juridictions étatiques mais également à l'international aux juridictions supra-étatiques. Ainsi, en matière judiciaire en France et au Koweït, la notion d'*imperium* en droit international public vient nourrir la réflexion sur la possibilité pour l'État de déléguer en interne son pouvoir coercitif aux

¹⁸³⁸ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 249 s.

¹⁸³⁹ Cass. Civ. 1^{re}. F., 20 février 1979, *Rev. crit., DIP*, 1979, p.809, note H. BATIFFOL. ; Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 249 s. ; R. ALENEZI, *op. cit.* ; A. ABOALWAFFA, *Le précis en droit international public*, Dar Alnahdah, 5^{ème} éd., 2010, p.402 s.

juridictions étatiques, les juridictions arbitrales apparaissant par principe exclues de cette délégation ¹⁸⁴⁰. Sur ce point, nous pouvons donc nous poser la question suivante en approfondissant cette question de la délégation : dès lors que les États ont cette capacité de délégation de leur pouvoir coercitif, peuvent-ils renoncer à leur souveraineté au profit des institutions arbitrales internes au même titre que ce qu'ils font au bénéfice des juridictions supranationales ? La réponse à cette problématique sera détaillée lorsque nous aborderons l'*imperium* en droit judiciaire, c'est-à-dire l'*imperium* du juge étatique.

§ 2 : La délégation de l'*imperium*, une importance spécifique concernant la résolution des litiges

855. « L'État n'exerce pas son *imperium* de manière abstraite, il doit donner délégation, à l'administration ou à telle ou telle catégorie de personnes »¹⁸⁴¹.

Il est ainsi établi ici un postulat selon lequel l'*imperium* de l'État, c'est-à-dire le pouvoir de contrainte en matière judiciaire que ce soit en France ou au Koweït, est délégué à plusieurs personnes dans le but de résoudre les litiges. À titre d'exemple, le juge de l'État, l'*huissier* ou le ministère public, disposent tous de l'*imperium* grâce à la délégation de l'État¹⁸⁴². Cependant, il conviendra ici d'analyser uniquement l'*imperium* du juge étatique afin de pouvoir établir une comparaison avec la situation de l'arbitre. Cette comparaison nous permettra de comprendre les intérêts d'une telle délégation de pouvoir en faveur des juges étatiques et donc de les envisager dans le cadre de l'arbitrage.

856. Dans cette perspective, il est nécessaire de nous interroger sur l'existence ou non d'un pouvoir coercitif de l'arbitre. Celui-ci est-il, réellement, complètement dépourvu d'*imperium* ou bien dispose-t-il au contraire d'un tel pouvoir ? Le cas échéant cet *imperium* est-il total ou seulement partiel ? Si l'on considère que l'arbitre est dépourvu d'*imperium*, quels sont alors les inconvénients de cette situation ? En effet, ces trois questions permettent d'envisager, en droits français et koweïtien, deux rapports à l'*imperium* à travers la comparaison

¹⁸⁴⁰ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 249 s

¹⁸⁴¹ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 253.

¹⁸⁴² En ce sens : R. PERROT, « Signification des actes d'exécution », *Procédures*, 2007, n° 2, comm. 41. 41. ; Du même auteur, « Le contentieux de l'exécution », *Procédures*, 2008, n° 8-9, dossier 13. 13. ; Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p.257.

entre le juge étatique et l'arbitre : la première est que le juge étatique dispose d'un *imperium* complet mais que « l'*imperium* de l'arbitre est incomplet ». La seconde est que la délégation d'un *imperium* « complet » au juge étatique lui confère beaucoup de prérogatives permettant à ses décisions tant définitives que provisoires de bénéficier d'une importante efficacité, contrairement à l'arbitre.

857. Ainsi, ce sont ces deux manières d'envisager la comparaison entre l'*imperium* du juge étatique et de l'arbitre que nous allons détailler au travers d'une étude sur les deux États. Cette étude envisagera l'*imperium* du juge grâce à une dissection de celui-ci en plusieurs composantes et permettant de nous interroger sur les effets que peut avoir l'*imperium* en matière d'arbitrage (A). D'autre part, il conviendra de s'interroger sur les intérêts que peuvent présenter la délégation de l'*imperium* au juge étatique afin, par comparaison, d'appliquer le même raisonnement à l'arbitrage (B).

A : La dissection de l'*imperium* du juge et ses effets : l'*imperium* du juge et l'absence d'*imperium* de l'arbitre

858. Que ce soit en France ou au Koweït, le juge étatique dispose de l'*imperium* alors que l'arbitre n'en dispose pas dans les mêmes conditions. Cependant, en matière d'arbitrage, les professeurs Thomas CLAY et Charles JARROSSON, soutenus par plusieurs avis de la doctrine française¹⁸⁴³, estiment que le fait de dire que l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium* est insuffisant pour expliquer la procédure arbitrale¹⁸⁴⁴, car l'*imperium lato sensu* englobe plusieurs composantes comme par exemple l'*imperium merum*, la *jurisdictio*, ou l'*imperium mixtum*. Chacune de ces composantes joue un rôle substantiel dans la résolution du litige. Ainsi, il serait insuffisant de se contenter d'affirmer que l'arbitre ne dispose de l'*imperium* car il bénéficie dans certains cas de pouvoirs relevant de l'une ou l'autre composante de l'*imperium*. En matière d'arbitrages français et koweïtien, si l'arbitre n'a donc pas d'*imperium lato sensu*, il dispose tout de même par moment de la procédure arbitrale de certaines composantes de l'*imperium*.

¹⁸⁴³ À cet égard : M. de BOISSÉSON, *Le Droit français de l'arbitrage : interne et international*, Joly, 1990, n° 306. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage...op. cit*

¹⁸⁴⁴ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit*, p.89.

859. Ainsi, nous étudierons dans un premier temps chaque composante de l'*imperium* du juge étatique (1), pour comprendre ensuite leurs effets sur les pouvoirs des arbitres français et koweïtiens (2).

1 : L'*imperium* du juge étatique

860. En droits communs français et koweïtien, l'*imperium* désigne le pouvoir de contrainte qui est exercé par le juge. Toutefois, le juge qui a l'*imperium* « ne peut se prévaloir tout d'abord de la totalité de cet *imperium*, puisque seules certaines de ses manifestations lui appartiennent »¹⁸⁴⁵. Ainsi, afin de comprendre la relation entre arbitre et *imperium* il est nécessaire d'aborder le concept général d'*imperium* du juge étatique, qui est composé de l'*imperium merum*, la *jurisdictio*, et l'*imperium mixtum*. À cet égard, il faut noter que malgré l'importance fondamentale de la question de l'*imperium* en France et au Koweït, le législateur et la jurisprudence koweïtiens sont complètement silencieux concernant l'*imperium* du juge ou même « de l'arbitre ». De même, la doctrine koweïtienne n'évoque que le terme d'*imperium* du juge ou l'absence d'*imperium* de l'arbitre sans l'analyser comme en France¹⁸⁴⁶.

861. Notion inexistante pour les législateurs et les jurisprudences. En droits communs français et koweïtien, la notion d'*imperium* n'est pas utilisée par les législateurs ou les jurisprudences. Cependant, il faut noter que cette notion est utilisée par la jurisprudence française mais de manière rare et pour affirmer uniquement que l'arbitre n'a pas d'*imperium*¹⁸⁴⁷. En revanche, la notion d'*imperium* est souvent utilisée par la doctrine des deux États. Sur cette question, la doctrine française explique et détaille rigoureusement l'*imperium* du juge. Au contraire, la doctrine koweïtienne reste rudimentaire dans ses explications en ne faisant référence qu'à deux idées logiques : le juge a l'*imperium* mais l'arbitre ne l'a pas¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁵ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 264.

¹⁸⁴⁶ *Infra* : n° 875.

¹⁸⁴⁷ La CA de Paris juge que « l'absence d'*imperium* a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant l'efficacité de sa décision à l'exequatur de l'autorité publique ; elle ne lui interdit pas de prescrire aux parties des obligations de faire, sauf à faire dépendre l'exécution forcée de sa décision au contrôle préalable de l'autorité publique ». En ce sens : CA Paris, 1^{re} ch., 19 mai 1998, *Rev. arb.* 1999, p.601, note Ch. JARROSSON.

¹⁸⁴⁸ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p. 502. ; M. ALENZI, préc. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.217. ; A. HASHISH, *La nature de la...op. cit.*, p.129. ; A. ABOALWAFI, *La convention d'arbitrage et...op. cit.*, p.301.

862. Apparition de l'*imperium* des juridictions et de la *jurisdictio*. Sous la Royauté romaine, il n'existait pas d'utilisation de la notion d'*imperium* dans le cadre de l'activité des juridictions, car l'*imperium* était exercé uniquement par le roi. L'*imperium* du roi avait le même sens qu'expliqué auparavant, c'est-à-dire que celui-ci détenait le pouvoir de commandement militaire¹⁸⁴⁹. Cependant, en 294, l'*imperium* des juridictions a été reconnu aux magistrats mais avec la dimension militaire et civile¹⁸⁵⁰. Ainsi, à partir de 294, le lien fait entre *imperium* et juridictions permet de parler d'une compétence juridictionnelle¹⁸⁵¹. En effet, le magistrat exerçait, sous le Bas-Empire, ses pouvoirs militaires pour atteindre la justice « civile ». Par conséquent, « à partir de cette époque, on utilise plus fréquemment les termes de *jurisdictio* et d'*imperium* pour désigner les pouvoirs des magistrats »¹⁸⁵².

863. La définition de la *jurisdictio*. S'agissant de la notion de *jurisdictio* du juge, elle a plusieurs définitions qui sont retenues uniquement par la doctrine française. En effet, cette notion apparaît tantôt simple et facile, tantôt complexe et difficilement compréhensible. Par exemple, elle peut être définie de manière large comme le pouvoir de dire le droit¹⁸⁵³. Elle est aussi considérée par le professeur Cyril NOURISSAT comme une « action de dire le droit, de rendre la justice [...], en d'autres termes le pouvoir de réalisation formelle du droit »¹⁸⁵⁴. En outre, elle est considérée par d'autres auteurs comme le « pouvoir de juger »¹⁸⁵⁵. Selon le professeur Nicolas CAYROL, la notion de la *jurisdictio* du juge peut être définie selon le domaine dans lequel elle se situe. Par exemple, dans le cadre de la fonction juridictionnelle, elle « désigne seulement la fonction du juge »¹⁸⁵⁶. Par ailleurs, au niveau de l'autorité de la chose jugée des décisions du juge, elle « est le fondement de l'autorité de chose jugée »¹⁸⁵⁷. Ainsi, nous pensons que la définition de la *jurisdictio* du juge reste ambiguë malgré les tentatives de la définir. Il est donc nécessaire de distinguer cette notion de la notion d'*imperium*.

864. La distinction de l'*imperium* et de la *jurisdictio* et l'apparition de l'*imperium mixtum*. À cet égard, les distinctions proposées par la doctrine française entre les deux idées de

¹⁸⁴⁹ *Supra* : n° 840.

¹⁸⁵⁰ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio...op. cit.*, p.140.

¹⁸⁵¹ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 260 s.

¹⁸⁵² *Ibidem*.

¹⁸⁵³ L. BERNHEIM, V. CASTEELE, Th. CLAY, *op. cit.*, p.475. ; Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.96.

¹⁸⁵⁴ C. NOURISSAT, « L'arbitre et le droit de la famille », 2020, *Procédures* n° 2, dossier 3. 3.

¹⁸⁵⁵ O. VIX, « Le notaire, le juge et l'auxiliaire de justice Variations sur le statut du notaire dans le domaine gracieux », JCP N, 2019 n° 36, 6, act. 708.

¹⁸⁵⁶ N. CAYROL, « La notion de *jurisdictio* », *Procédures*, 2020, n° 2, dossier 2. 2.

¹⁸⁵⁷ *Ibidem*.

jurisdictio et d'*imperium* sont nombreuses¹⁸⁵⁸. Cependant, nous remarquons que la distinction la plus claire est celle portant sur les composantes de l'*imperium* du juge. En effet, le professeur Charles JARROSSON affirme que l'*imperium* du juge désigne l'ensemble de ses pouvoirs juridictionnels et donc « l'un d'entre eux est la *jurisdictio* »¹⁸⁵⁹. Selon lui, comme pour plusieurs auteurs français¹⁸⁶⁰, l'*imperium lato sensu* se décompose entre l'*imperium merum* et la *jurisdictio*¹⁸⁶¹. L'*imperium merum* désigne le pouvoir de contrainte et c'est « le noyau dur d'*imperium*, indissociable de l'usage de la force »¹⁸⁶². La *jurisdictio* est le pouvoir de dire le droit. Toutefois, il faut noter qu'il existe un lien de rattachement entre l'*imperium* et la *jurisdictio* qui constitue un « domaine intermédiaire [...] composé d'éléments qui sont indéfectiblement attachés à la *jurisdictio* [...]. Ce domaine intermédiaire, c'est l'*imperium mixtum* »¹⁸⁶³. En effet, ce dernier type d'*imperium* est un mélange entre l'*imperium merum* et la *jurisdictio*¹⁸⁶⁴. Or, il se rapproche de l'idée de l'ensemble des activités du juge, c'est-à-dire *jurisdictio*, mais il n'atteint pas le degré d'importance de l'*imperium merum*. En d'autres termes, il forme une composante de l'un et de l'autre sans pour autant appartenir à l'un d'eux. Pour comprendre l'*imperium mixtum*, l'exemple le plus flagrant est que l'un des pouvoirs du juge est la possibilité de prononcer des astreintes¹⁸⁶⁵.

865. L'*imperium* « total » bénéficiant uniquement au juge étatique. La distinction entre l'*imperium merum*, l'*imperium mixtum* et la *jurisdictio* du juge étatique, nous conduit à comprendre dans les deux États et de manière générale la situation juridique d'autres titulaires d'une forme d'autorité, autres que le juge et n'ayant pas l'*imperium lato sensu*. En droits français et koweïtien, le juge, l'huissier ou le ministère public disposent tous de l'*imperium merum*¹⁸⁶⁶. Cependant, le juge étatique, qu'il soit français ou koweïtien, est le seul à disposer de l'*imperium* ainsi que de la *jurisdictio*. La concentration de ces deux éléments conduit également à l'apparition du troisième élément que constitue l'*imperium mixtum*. Ainsi, lorsqu'il dit le droit (la *jurisdictio*), il doit exercer ses prérogatives en tant que titulaire de l'*imperium* en

¹⁸⁵⁸ En ce sens v. par exemple : P. MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », préc., n°13.

¹⁸⁵⁹ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 262.

¹⁸⁶⁰ A.-L. DEBONO, « La nature des pouvoirs du bâtonnier », AJDA 2007, 645. ; Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p.96. ; L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, 1^{re} éd., p.611.

¹⁸⁶¹ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 262 s.

¹⁸⁶² L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la...op. cit.*, p.611.

¹⁸⁶³ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 261 s.

¹⁸⁶⁴ *Idem.* ; En ce sens : Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p.98.

¹⁸⁶⁵ *Infra* : n° 871.

¹⁸⁶⁶ En ce sens : R. PERROT, « Signification des... », préc.

utilisant un moyen de pression sur les parties (*imperium mixtum*) et en apposant la formule exécutoire (*imperium merum*)¹⁸⁶⁷.

866. L'arbitre. En droits français et koweïtien, lorsque nous voulons comparer le juge étatique avec l'arbitre dans les deux États, la compréhension du lien entre arbitre et *imperium* semble logique. L'unanimité de la doctrine en France et au Koweït affirme que l'arbitre n'a pas d'*imperium*. Cependant, cette affirmation n'est pas suffisante pour comprendre l'*imperium* dans la procédure arbitrale puisqu'après analyse des différentes composantes de l'*imperium* du juge étatique il apparaît de manière évidente que l'arbitre dispose tout de même de plusieurs de ces composantes de l'*imperium*. Ainsi, les arbitres français et koweïtiens disposent de l'*imperium mixtum* et de la *jurisdictio*, mais ils ne disposent pas de l'*imperium merum*.

2 : Les conclusions tirées de la dissection de l'*imperium* du juge en matière d'arbitrage

867. En droits français et koweïtien, le résultat de la dissection de l'*imperium* du juge est l'apparition de trois composantes substantielles : l'*imperium merum*, l'*imperium mixtum* et la *jurisdictio*, comme rappelé. Dès lors que nous envisageons ces composantes en matière d'arbitrage, il apparaît qu'il existe trois effets principaux que nous pouvons lier aux pouvoirs des arbitres. En effet, le fait que l'arbitre dispose de la *jurisdictio* et de l'*imperium mixtum* élargit clairement ses prérogatives, alors que le fait qu'il ne bénéficie pas de l'*imperium merum* le prive au contraire de disposer de pouvoirs entièrement comparables à ceux d'un juge.

868. Le lien de rattachement entre l'arbitre et les composantes de l'*imperium*. Nous avons déjà rappelé qu'en droits français et koweïtien, il est important d'aller au-delà de l'affirmation selon laquelle le juge dispose de l'*imperium lato sensu* puisque les débats sur l'*impérium* montrent que différentes composantes doivent être envisagées pour comprendre toute l'étendue et les nuances de cette notion complexe. Il est également insuffisant de dire que l'arbitre est dépourvu d'*imperium* au sens général puisque l'arbitre bénéficie dans certains cas de pouvoirs relevant de l'*imperium* même si dans d'autre cas ses pouvoirs ne sont pas comparables à ceux relevant du juge de l'État. Ainsi, la comparaison entre les pouvoirs des

¹⁸⁶⁷ A.-L., DEBONO, préc.

arbitres et ceux du juge étatique nous conduit à mettre en évidence le lien qui peut être fait entre l'arbitre et les composantes de l'*imperium*, et notamment de l'*imperium merum*. Cependant, l'analyse des composantes de l'*imperium* amène également à comprendre que l'arbitre est limité par rapport au juge dans ses pouvoirs puisqu'il ne dispose pas de l'ensemble des composantes de l'*imperium* comme le juge.

869. L'existence de la *jurisdictio*. L'unanimité de la doctrine française affirme, à l'instar de la doctrine koweïtienne, que les arbitres disposent la *jurisdictio*¹⁸⁶⁸. En effet, l'arbitre bénéficie de cette composante de l'*imperium* seulement parce que les législateurs lui confèrent le pouvoir de résolution des litiges, y compris en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires. Ainsi, l'arbitre des deux États peut, à l'instar du juge étatique, exercer les pouvoirs liés à la *jurisdictio*. Le fait que l'arbitre dispose de la *jurisdictio* est la première étape pour affirmer qu'il est un juge tout comme le juge étatique. Il peut ainsi dire le droit en rendant finalement une sentence conformément aux CPC français et koweïtien¹⁸⁶⁹. Par conséquent, grâce à cet effet de la *jurisdictio* bénéficiant à l'arbitre est pour nous totalement logique. L'arbitre a « le pouvoir de réalisation formelle du droit »¹⁸⁷⁰, comme le juge. Cependant, il existe tout de même une distinction importante entre l'arbitre et le juge étatique puisque si l'arbitre est bien un juge, il est un juge « privé ». Le terme « privé », est dans cette hypothèse lié fondamentalement à l'absence d'*imperium merum*.

870. L'absence d'*imperium merum* de l'arbitre. En droits français et koweïtien, lorsque nous analysons l'idée d'*imperium merum* en matière d'arbitrage, il apparaît que l'arbitre est privé de toutes les prérogatives liées à cette composante de l'*imperium*, pendant et après la missions arbitrale, y compris lors de l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires. En effet, l'unanimité de la doctrine en France et au Koweït retient que les arbitres ne possèdent pas d'*imperium merum*, contrairement au juge étatique¹⁸⁷¹. Ainsi, l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre aboutit clairement à réduire ses prérogatives. À titre d'exemple, le prononcé des

¹⁸⁶⁸ En ce sens : J.-L. De GAUCOURT, « Spécial Exequatur : De quelques avancées récentes en matière d'arbitrage », *Gaz. pal.*, 2004, n°318, p.31. ; C. NOURISSAT, « L'arbitre et le droit... », préc. ; N. CAYROL, « La notion de *jurisdictio* », préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p. 502. ; M. ALENZI, préc. ; A. MILIGIE, *op. cit.*, p.217. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.34 s.

¹⁸⁶⁹ V. à cet égard les arts. 1468 du CPCF, et 173 du CPCK.

¹⁸⁷⁰ C. NOURISSAT, « L'arbitre et le droit... », préc.

¹⁸⁷¹ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 260. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.502.

procédures sur requêtes¹⁸⁷², certains types spécifiques de mesures provisoires et/ou conservatoires comme la saisie conservatoire¹⁸⁷³, les moyens de l'exécution forcée ou plus généralement l'apposition de la formule exécutoire¹⁸⁷⁴, sont des prérogatives relevant de l'*imperium merum* dont l'arbitre est privé. Par conséquent, l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre nous conduit à énoncer la règle générale que nous avons déjà formulée : la délégation de la force publique de l'État n'est conférée qu'aux juridictions étatiques. Néanmoins, en France et au Koweït, les difficultés relevant de l'analyse de l'*imperium* dans la procédure arbitrale ne concernent pas l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre. Cette question est en effet bien tranchée, l'arbitre ne dispose pas de cette prérogative réservée au juge étatique. Cependant le problème est le suivant : comment identifier les pouvoirs relevant de l'*imperium merum* pour déterminer les contours de la capacité de l'arbitre à intervenir dans le cadre d'un litige ? En général et comme il sera détaillé ultérieurement¹⁸⁷⁵, la réponse à cette question peut être relativement simple. Tout ce qui exige l'intervention de la force de l'État peut être caractérisé « **par sa nature** » d'*imperium merum*. Selon le professeur JARROSSON, l'*imperium merum* ne sera donc jamais octroyé à un titulaire tel que l'arbitre¹⁸⁷⁶.

871. L'*imperium mixtum* de l'arbitre. En droits français et koweïtien, les effets de la dissection théorique de l'*imperium lato sensu* du juge étatique nous permet d'aller au-delà des idées relatives à l'absence d'*imperium merum* et à l'existence de la *jurisdictio* de l'arbitre. En effet, nous pouvons également tirer de cette dissection des conséquences tenant à l'identification de l'*imperium mixtum* dans le cadre de la procédure arbitrale. Ainsi, il conviendra d'envisager ce dernier volet de la décomposition de la notion d'*imperium* en matière d'arbitrages français et d'arbitrage koweïtien de manière détaillée.

872. L'arbitre français et l'*imperium mixtum*. En droit français, l'*imperium mixtum* du juge étatique est fondamentalement rattaché à l'*imperium merum* et à la *jurisdictio*, tel qu'il a déjà été démontré. Cette composante de l'*imperium* est ainsi celle qui recoupe les manifestations de l'*imperium merum* et de la *jurisdictio*. En d'autres termes, il n'est pas possible

¹⁸⁷² É. LOQUIN, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit... », préc., n° 31. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.45 s.

¹⁸⁷³ Conformément à l'art. 1468 du CPCF, l'arbitre ne peut pas ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.

¹⁸⁷⁴ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 260. ; M. FRÉJAVILLE, « La valeur pratique d'astreinte », JCP, 1951, I, 910.

¹⁸⁷⁵ *Infra* : n° 894.

¹⁸⁷⁶ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 264.

de comprendre *l'imperium mixtum* sans comprendre *l'imperium merum* et la *jurisdictio* puisque *l'imperium mixtum* est intimement lié à ces deux autres composantes et ne peut être envisagé en dehors d'elles. Plusieurs auteurs de la doctrine française affirment que l'une des manifestations de *l'imperium lato sensu* est l'attribution du pouvoir de prononcé des astreintes ou des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais sans détailler de quelle composante de *l'imperium* il s'agit¹⁸⁷⁷.

873. Selon le professeur Charles JARROSSON, « l'astreinte est une institution qui se situe à la jonction entre *l'imperium merum* et la *jurisdictio* ; elle est le dernier moyen utilisé avant l'emploi effectif de la force. Cette seule constatation conduit à se demander si elle n'est pas un autre exemple de ce que nous proposons de regrouper sous l'application d'*imperium mixtum* »¹⁸⁷⁸. Pour affirmer cette idée, le professeur Charles JARROSSON évoque l'exemple en vertu duquel le juge étatique prononce et liquide ladite astreinte, l'adversaire pouvant résister à cette mesure en s'abstenant de payer. Dans le cadre du traitement du litige, le prononcé de l'astreinte pourrait apparaître comme une manifestation de la *jurisdictio* puisqu'il s'agit alors du stade du litige dans lequel le juge ne fait que dire le droit. Cependant, même si l'astreinte est considérée comme un moyen de coercition, elle ne constitue pas un moyen d'exécution¹⁸⁷⁹. En effet, en cas de résistance de l'adversaire, le juge devra alors recourir à la force publique pour exécuter la mesure déjà rendue. Dans cette hypothèse, le juge sera donc amené à utiliser *l'imperium merum*. Il apparaît donc que l'astreinte, en tout cas au stade de son prononcé, ne nécessite pas en soi l'intervention de la force publique. *De facto*, l'astreinte résulte ainsi de *l'imperium mixtum* car c'est une mesure qui ne relève pas uniquement de la *jurisdictio*, elle ne relève pas non plus uniquement de *l'imperium merum*, mais elle est pourtant intimement liée à ces deux composantes de *l'imperium*¹⁸⁸⁰.

¹⁸⁷⁷ En ce sens : B. GOLDMAN, « L'action complémentaire du juge et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », *Rapport général pour le sixième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI*, 1984, p.291. ; L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la...op. cit.*, p.611. ; L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la...op. cit.*, p.611. ; Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.98. ; Ph. THÉRY, « Judex Gladii (des juges et de la contrainte en territoire français », *in mél.*, Dédié à R. PERROT, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Dalloz, 1996, p.477.

¹⁸⁷⁸ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 272.

¹⁸⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁸⁰ Le professeur É. LOQUIN, affirme que « l'astreinte est, en effet, une conséquence de la fonction juridictionnelle. Il est donc naturel qu'elle figure dans les attributions de l'arbitre. L'absence d'imperium de l'arbitre n'est pas un obstacle à cette attribution. L'astreinte est, en effet, une peine privée et non une voie d'exécution ». En ce sens : É. LOQUIN *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 20.

874. Par ailleurs, selon les professeurs Vincent EGÉA et Charles JARROSSON, « la faculté d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, durant l'instance arbitrale, illustre parfaitement l'idée d'un *imperium mixtum* »¹⁸⁸¹. Ainsi, si nous admettons en droit français que le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires et d'astreinte sont des manifestations de l'*imperium mixtum*, l'arbitre français possédait déjà cette composante de l'*imperium*, même avant le décret le numéro 2011-48 du 13 janvier 2011¹⁸⁸². En l'espèce, l'article 1468 du CPCF a été modifié par ledit décret et prévoit que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune (...) ». Par conséquent, nous pouvons dire, comme la doctrine en France, que « l'arbitre dispose [comme le juge étatique] de l'*imperium mixtum* »¹⁸⁸³.

875. L'arbitre koweïtien et l'*imperium mixtum*. En droit koweïtien, la jurisprudence est complètement silencieuse concernant l'*imperium* du juge ou même de l'arbitre. De la même manière, la doctrine koweïtienne n'analyse pas l'*imperium* du juge ou de l'arbitre, mais elle affirme uniquement que le juge dispose de cet *imperium* alors que l'arbitre n'en dispose pas¹⁸⁸⁴. Le silence de la jurisprudence et de la doctrine koweïtiennes en matière d'*imperium* est né d'une incompréhension liée à une mauvaise transcription du droit civil français au Koweït¹⁸⁸⁵. Toutefois, nous pouvons considérer que l'arbitre koweïtien dispose, à l'instar de l'arbitre français, de l'*imperium mixtum*. Relativement à la dissection de l'*imperium merum* du juge français et koweïtien, et de l'*imperium mixtum* de l'arbitre français, nous constatons cependant qu'il n'existe au Koweït qu'une seule manifestation de l'*imperium mixtum* dans la procédure arbitrale koweïtienne. Bien que l'arbitre koweïtien ne puisse pas prononcer d'astreintes comme l'arbitre français, il peut toutefois prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires en vertu de l'article 173 du CPCK¹⁸⁸⁶. Dans cette hypothèse, nous pouvons considérer que l'arbitre koweïtien dispose des prérogatives de l'*imperium mixtum*.

¹⁸⁸¹ V. EGÉA, « La jurisdictio de l'arbitre face à l'urgence », *Procédures*, 2020 n° 2, dossier 4. 4.

¹⁸⁸² *Infra* : n° 900.

¹⁸⁸³ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 272.

¹⁸⁸⁴ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.502. ; M. ALENZI, préc.

¹⁸⁸⁵ *Supra* : n° 38.

¹⁸⁸⁶ L'art. 173 du CPCK prévoit que « la convention d'arbitrage ne couvre pas le cas de l'urgence (qui au Koweït fait référence à ce qu'on l'on vise en France par le cas des mesures provisoires et/ou conservatoires) sauf convention contraire des parties ».

876. En général, il ressort de la dissection de l'*imperium* des juges étatiques français et koweïtiens que les arbitres des deux États disposent simultanément de l'*imperium mixtum* et de la *jurisdictio*. Cependant, ils ne disposent pas de l'*imperium merum*.

877. Nous pouvons donc poser la question suivante : dans quel cas l'*imperium merum* est-il délégué au juge étatique et quels intérêts présentent cette délégation ?

B : Les intérêts de la délégation de l'*imperium merum* au juge des référés

878. En droits français et koweïtien, tous les juges étatiques bénéficient de l'*imperium merum*, y compris le juge des référés. Partant de ce constat, les prérogatives issues de cette composante de l'*imperium* sont nombreuses. En matière de référés judiciaires français et koweïtien, lesdites prérogatives se divisent en fonction du stade de la procédure judiciaire : nous pouvons ainsi distinguer les manifestations de l'*imperium merum* pendant le déroulement de l'instance (1), et après la fin de l'instance (2).

1 : Dans le cadre du déroulement de l'instance de référé

879. En droits français et koweïtien, les intérêts de la délégation de l'*imperium merum* au « juge étatique » pendant le déroulement de l'instance de référé doivent être envisagés en distinguant les procédures contradictoires et les procédures non-contradictaires. Toutefois, il faut noter qu'il n'existe pas *a priori* de règle générale en la matière pour déterminer toutes les procédures relevant de cette composante de l'*imperium*, il faut plutôt envisager la question au cas par cas. Cependant, nous pouvons tout de même tenter de déterminer dans les deux États des situations qui permettraient d'aboutir à la même solution en appliquant un raisonnement commun à des exemples relatifs aux procédures sur requêtes et aux mesures d'instruction. Il s'agira alors de tenter de dégager une règle commune pour les pouvoirs qui relèveraient de l'*imperium merum*.

880. Règle déterminant les pouvoirs de l'*imperium merum*. En droits français et koweïtien, ce qui permet d'identifier les pouvoirs relevant de l'*imperium merum* est le recours

à la force publique. Comme le dit expressément le professeur Charles JARROSSON¹⁸⁸⁷ et implicitement d'autres auteurs français¹⁸⁸⁸, le pouvoir du juge d'apposer la formule exécutoire dans n'importe quelle décision qu'il prononce, oblige impérativement l'adversaire à exécuter la mesure concernée. Simplement, à chaque fois que le juge du fond ou même le juge des référés utilise des moyens d'exécution relevant de « la puissance publique »¹⁸⁸⁹, il exerce clairement son *imperium merum*. Ainsi, nous pouvons prendre des exemples relatifs aux procédures sur requêtes et aux mesures d'instruction pour affirmer la règle selon laquelle le critère d'identification des pouvoirs relevant de l'*imperium merum* est le recours à la puissance publique.

881. Procédures non-contradictaires : procédures sur requêtes. En droits français et koweïtien, il nous semble que les intérêts de la délégation de l'*imperium merum* au juge étatique concernent de manière générale les pouvoirs de prononcer les mesures demandées dans le cadre des procédures non-contradictaires tel qu'il a déjà été expliqué¹⁸⁹⁰. En droits français ou koweïtien, les procédures non-contradictaires relèvent de l'*imperium merum* et déterminent ainsi une compétence exclusive du juge des requêtes à l'exclusion de celle de l'arbitre. Dans les deux États, les procédures sur requêtes sont généralement considérées comme donnant lieu au prononcé de mesures conservatoires ayant un caractère non-contradictaire. Les législateurs français et koweïtiens ne privent pas les arbitres de rendre des ordonnances sur requête de manière expresse. Toutefois, il est entendu indirectement que les arbitres ne peuvent pas rendre ces ordonnances pour deux raisons : d'une part, l'intérêt de la procédure sur requête, à savoir l'effet de surprise, ne peut être atteint qu'avec le recours à la puissance publique relevant de l'*imperium merum*. D'autre part, l'arbitre doit respecter le principe de la contradiction¹⁸⁹¹. Lorsque les juges étatiques français ou koweïtien prononcent une ordonnance sur requête, ils permettent aux parties, *de facto*, de bénéficier de l'effet de surprise grâce au rendu d'une ordonnance non-contradictaire. Dans cette hypothèse le juge étatique affirme donc son *imperium merum*. Au contraire, l'arbitre a besoin de l'intervention du juge étatique pour que la

¹⁸⁸⁷ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 272.

¹⁸⁸⁸ En ce sens : Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p.96. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in mel.* Jean Foyer, *auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, PUF, 1997, p.463. ; V. aussi, Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 183.

¹⁸⁸⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *préc.*

¹⁸⁹⁰ *Supra* : L'absence d'*imperium*, un obstacle pratique devant les arbitres.

¹⁸⁹¹ En droit français, le législateur oblige l'arbitre à respecter les principes directeurs du procès, y compris le principe de la contradiction. En droit koweïtien, le législateur est quasi silencieux sur la question mais la doctrine affirme qu'en pratique, l'arbitre doit se conformer au principe du contradictoire. En ce sens : l'art 14 à 17 du CPCF, et 6, 45, 58 al. 2, 143 du CPCK. ; S. MAHMOD, *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner...op. cit.*, p.45 s.

demande d'ordonnance sur requête des parties soit satisfaite. Ainsi, le juge des requêtes bénéficie d'une compétence exclusive concernant la procédure sur requête grâce à son *imperium merum*, excluant l'arbitre.

882. Un autre exemple concernant le fond de l'affaire, et non seulement l'instance de référé, peut être mis en exergue s'agissant des deux États pour confirmer l'exemple précédent. Il s'agit de l'exemple des procédures d'injonctions qui relèvent de l'*imperium merum* du juge étatique. Les injonctions de faire ou de payer sont des procédures non-contradictaires pour exécuter les obligations contractuelles du débiteur¹⁸⁹². En effet, dans le cadre des procédures d'injonctions, le créancier présente unilatéralement au juge compétent ses documents, ce dernier peut alors prononcer une ordonnance non motivée malgré l'absence de débiteurs et seulement sur la base de ces documents présentés par le créancier¹⁸⁹³. En l'espèce, même si l'injonction est une procédure « rapide »¹⁸⁹⁴, au même titre que la procédure de référé, « elle est apte à devenir définitive, ce qui exclut la qualification de provisoire »¹⁸⁹⁵. Elle est une procédure non-contradictaire de manière à obtenir le titre exécutoire¹⁸⁹⁶. Ainsi, l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, ne peut ni apposer le titre exécutoire ni « s'affranchir du caractère contradictoire de la procédure »¹⁸⁹⁷. Par conséquent, comme en matière d'ordonnances sur requêtes, les procédures d'injonction de faire et de payer sont des prérogatives relevant du juge étatique en raison de sa délégation d'*imperium merum*.

883. Procédures contradictoires : prestation de serment. En droits français et koweïtien, les prérogatives de la délégation de l'*imperium merum* au « juge étatique »¹⁸⁹⁸ concernent également les mesures d'instruction relatives à la prestation de serment. En droits communs français et koweïtien, le juge étatique peut en effet recevoir un serment de l'une des

¹⁸⁹² N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 16.

¹⁸⁹³ *Ibidem*.

¹⁸⁹⁴ P. ESTOUP, *La pratique des...op.cit.*, p.33.

¹⁸⁹⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure...op. cit.*, , 32 éd., p.1519.

¹⁸⁹⁶ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p.271. ; N. CAYROL, « Référé civil », préc., n° 16.

¹⁸⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁹⁸ En droit français, « la réception du serment est de la compétence exclusive du notaire qui a rédigé l'inventaire et la tradition veut que le serment ne soit prêté qu'entre les mains du notaire en personne ». Comme nous avons déjà expliqué le juge n'est pas le seul titulaire d'*imperium merum*. Cependant, nous utilisons le terme « juge », pour comparer les solutions en matière judiciaire et arbitrale. En droit koweïtien, le juge est lui-même qui est compétent de recevoir le serment. En ce sens : D. MONToux, *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 200, « INVENTAIRE. – Déclarations générales. – Serment. – Clôture », 2019, n° 21. ; M. DAGOT, « L'inventaire des meubles successoraux. Problèmes actuels », JCP N, 1990, n° 45, 101337. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures... t. II, op. cit.*, p.591 s.

parties au litige ou même d'un tiers¹⁸⁹⁹. Cependant, en matière d'arbitrages français et koweïtien, l'arbitre peut tout entendre mais sans recevoir de serment. Il conviendra d'étudier cela postérieurement¹⁹⁰⁰. En effet, selon plusieurs auteurs de la doctrine française et (la doctrine koweïtienne étant muette en la matière), le fait que le juge puisse recevoir le serment d'une partie ou d'un tiers est une prérogative issue de son *imperium*¹⁹⁰¹. Cependant, ces auteurs ne précisent pas spécifiquement si la prestation de serment relève de l'*imperium merum* ou bien de l'*imperium mixtum*. Or, pour certains auteurs français, « le motif de l'exclusion du serment en matière d'arbitrage tient à ce que le faux témoignage est punissable pénalement, et que l'absence du ministère public, au sein du tribunal arbitral, ne permettrait pas de relever l'infraction, ce qui ferait perdre tout intérêt à la prestation du serment »¹⁹⁰². Par conséquent, en l'absence de précision concernant la nature de la composante de l'*imperium* concernée par cette faculté de recevoir les serments, nous pouvons dire que la faculté de recevoir une prestation de serment relève de la délégation d'*imperium merum* bénéficiant au juge étatique, à l'exclusion de l'arbitre. L'intervention de la force publique est dans cette hypothèse une éventualité en cas de faux témoignage ce qui implique un rattachement du pouvoir de recevoir la prestation de serment à l'*imperium merum*.

884. Des mesures d'instruction relevant de l'*imperium mixtum*. Afin de pouvoir établir une règle générale qui permettrait d'identifier les pouvoirs issus de l'*imperium merum*, il est nécessaire d'analyser le fait qu'il existe en droits français et koweïtien des mesures d'instruction qui ne relèvent pas de cet *imperium merum* mais qui relèvent en réalité de l'*imperium mixtum*. En droits français et koweïtien et dans le cadre des mesures d'instruction, plusieurs auteurs français estiment que lorsque le juge enjoint l'une des parties à communiquer ou à produire une pièce importante dans le procès, il exerce son *imperium*¹⁹⁰³. Cependant, ces auteurs ne précisent pas quelle est la composante de l'*imperium* du juge qui est ainsi exprimée. Ainsi, nous pouvons à nouveau relever le silence de la doctrine koweïtienne et l'imprécision de la majorité de la doctrine française qui ne s'attarde pas à déterminer les mesures qui relèvent de l'*imperium merum* dans le cadre du déroulement de l'instance en référé. Or, le professeur Charles JARROSSON affirme que le juge exerce dans cette hypothèse l'*imperium mixtum*

¹⁸⁹⁹ D. MONToux, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.598.

¹⁹⁰⁰ *Infra* : n° 889.

¹⁹⁰¹ É. LOQUIN, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 21. ; Ch. JARROSSON, Fasc. 10, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 93.

¹⁹⁰² *Ibidem*. ; En ce sens : J. ROBERT, « Considérations sur le déport de l'arbitre », *Rev. arb.* 1967, p.172.

¹⁹⁰³ En ce sens : E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance... », préc., n° 35. ; Du même auteur, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 21.

puisque'il utilise ici uniquement le « le pouvoir de police du procès qui est attaché à sa fonction de juge »¹⁹⁰⁴. Si ce pouvoir est rattaché d'un certain point de vue à sa *jurisdictio*, cela ne veut pas dire pour autant qu'il relève en tant que tel de la *jurisdictio* ni même par ailleurs de l'*imperium merum*, il relève en effet dans ce cas de l'*imperium mixtum*¹⁹⁰⁵. Ainsi, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, la procédure relèvera de l'*imperium merum* si elle exige nécessairement et par sa nature l'intervention de la force publique. Dans cette hypothèse, lorsque le juge des référés enjoint l'une des parties de mettre en œuvre une mesure dans le cadre de l'instruction, il n'exerce ni la force publique ni la *jurisdictio*, puisque dans cette hypothèse il ne dit pas le droit et il n'appose pas non plus la formule exécutoire. Il n'exerce donc pas ici son *imperium merum* ou sa *jurisdictio*, mais son *imperium mixtum*.

885. En matière d'arbitrage français, une manifestation de l'*imperium mixtum* des arbitres est consacrée à l'article 1467 alinéa 3 du CPCF qui prévoit que « si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte ». En droit koweïtien, le CPCCK ne comporte pas d'article similaire à l'article 1467 du CPCF. Cependant, la doctrine koweïtienne considère que le législateur confère une liberté à l'arbitre pour instruire le procès¹⁹⁰⁶, et ce en fonction du type d'arbitrage¹⁹⁰⁷. Par conséquent, en France comme au Koweït, il ne faut pas confondre les différentes prérogatives de l'arbitre, qui peuvent relever de l'*imperium mixtum* mais pas de l'*imperium merum*, et ce, même si ces prérogatives sont exercées dans le cadre d'un même litige. Adresser des injonctions aux parties à un litige n'est donc pas un pouvoir exclusif du juge étatique.

886. En droits français et koweïtien, s'il existe bien une délégation de l'*imperium merum* au bénéfice du juge des référés pendant l'instance, cette manifestation de l'*imperium* qui conduit à appréhender largement les prérogatives du juge étatique, se traduit aussi à la fin de

¹⁹⁰⁴ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 269.

¹⁹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁰⁶ A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.392.

¹⁹⁰⁷ Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage de droit, l'arbitre doit appliquer l'art. 51 du code de la preuve koweïtien qui prévoit expressément que la demande qui vise audition de témoignage doit être présentée devant le juge des référés, Dans les mêmes conditions habituelles de saisine de cette juridiction. Cependant, s'il s'agit d'une amiable composition, la doctrine koweïtienne affirme que l'arbitre n'a pas l'obligation de suivre les mêmes procédures que devant le juge étatique, sauf convention contraire de parties. Ainsi, en cas d'une convention expresse entre les parties à l'arbitrage, les arbitres prononcent les mesures d'instructions relevant de l'*imperium mixtum*. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.331 s.

l'instance lorsqu'il s'agit d'envisager la force exécutoire des mesures provisoires et/ou conservatoires.

2 : Dans le cadre de la force exécutoire des décisions

887. En droits français et koweïtien, l'intérêt fondamental de la délégation de l'*imperium merum* au juge étatique apparaît dans la force exécutoire de ses décisions, et cela vaut tant pour le juge du fond que pour le juge des référés. En effet, lorsque le juge recourt à la puissance publique, que ce soit dans le cadre d'une instance au fond ou bien en référé, il garantit aux parties l'exécution de tous ses actes.

889. La substance de l'*imperium merum*. En droits français et koweïtien, la force exécutoire qui apparaît comme la garantie des décisions des juges étatiques ne résulte pas seulement de la formule exécutoire qui doit être apposée par le juge de l'État. Il existe en effet dans les deux États des cas dans lesquels les décisions du juge étatique pourront immédiatement être exécutées sans que les décisions en question ne revêtent nécessairement la force exécutoire, notamment dans le cadre du référé. Nous estimons que l'*imperium merum* du juge étatique a pour manifestation évidente la force exécutoire de ses décisions. Cependant, comme le disent le professeur Thomas CLAY¹⁹⁰⁸ et Marie-Anne FRISON-ROCHE, il ne faut pas confondre l'*imperium* avec « l'aide de la puissance publique, laquelle est ultérieure et accessoire »¹⁹⁰⁹. D'autres manifestations de l'*imperium merum* apparaissent également à travers la manière dont l'État attribue la force exécutoire à certaines juridictions. Ainsi, l'attribution de certains pouvoirs aux juges étatiques, comme par exemple la qualité d'exécution, la possibilité d'apposer la formule exécutoire ou la possibilité de recours à la puissance publique constituent autant d'éléments qui permettent au juge de mettre en œuvre son *imperium merum*.

890. La formule exécutoire. En droits français et koweïtien, la force exécutoire des actes judiciaires est donc issue de l'*imperium merum* et est, en règle générale, attachée à la formule exécutoire. En ce sens, l'article 502 du CPCF prévoit que « nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire,

¹⁹⁰⁸ En ce sens : Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit, p.96.

¹⁹⁰⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, préc.

à moins que la loi n'en dispose autrement ». De la même manière, en droit koweïtien, l'article 190 alinéa 3 du CCK prévoit qu' « il est nécessaire que l'administration qui doit envisager la mission d'exécution vérifie la formule exécutoire [...] »¹⁹¹⁰. Ainsi, la force exécutoire des décisions du juge étatique est conditionnée par cette formule. Comme pour les procédures au fond, cette nécessité de la formule exécutoire pour la mise en œuvre de l'exécution des décisions du juge est applicable en matière de référé judiciaire.

891. Référés. En France, l'article 514 du CPCF explique que « les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement ». Au Koweït, l'article 193 du CCK prévoit que « l'exécution provisoire de droit est nécessaire dans les cas suivants : A- Les décisions en matière de référé que ce soit le tribunal qui les prononce [...] »¹⁹¹¹. Dans les deux États, les ordonnances des juges des référés constituent ainsi « un titre exécutoire qui autorise l'exécution forcée »¹⁹¹². Cependant, il faut noter que, conformément à l'article 502 du CPCF et 190 du CCK, la formule exécutoire doit généralement être apposée dans lesdites ordonnances de référés pour leur exécution¹⁹¹³. Ainsi, les mesures provisoires et/ou conservatoires sont soumises à la règle de la formule exécutoire.

892. Néanmoins, il existe dans les deux États des hypothèses dans lesquelles l'*imperium merum* ne sera pas nécessairement attaché à la formule exécutoire. Nous faisons ici référence aux ordonnances sur requête et à certaines mesures provisoires. En droit français, au sens des articles 495 du CPCF relatif aux ordonnances sur requête et 489 du même code relatif aux mesures provisoires nécessitant une spécifique célérité, les décisions rendues par le juge compétent bénéficient de la force exécutoire même si ce juge n'appose pas la formule exécutoire¹⁹¹⁴. En droit koweïtien, l'article 191 du CCK prévoit qu'« il est possible que le

¹⁹¹⁰ تنص المادة ١٩٠ من قانون المرافعات على انه " يجب على الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى كل سلطة ان تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة".

¹⁹¹¹ تنص المادة ١٩٣ فقرة ١ من قانون المرافعات على انه " النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في الأحوال التالية: أ- الأحكام الإدارية في المواد المستعجلة أيأ كنت المحكمة التي أصدرتها".

¹⁹¹² « Les ordonnances du juge des référés bénéficient de plein droit de l'exécution provisoire, ce qui implique qu'elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée alors même qu'un recours serait dirigé contre elles. Elle constitue donc un titre exécutoire ». En ce sens : C. TIRVAUDEY-BOUDIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1500-60, « TITRE EXÉCUTOIRE », 2020, n° 38. ; Cass. Civ. 3^{ème}. F., 8 décembre 2010, n° 09-71.124, Bull. Civ. III, n° 216. ; X. VUITTON, Fasc. 1300-10, « Référés, Ordonnance... », préc., n° 18. ; En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les procédures...* t. II, *op. cit.*, p.426. ; Du même auteur, *Les procédures...* t. I, *op. cit.*, p.426.

¹⁹¹³ X. VUITTON, Fasc. 1300-10, « Référés, Ordonnance... », préc., n° 18. ; Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 268. ; F. WALLI, *Explication de droit...op. cit.*, p.900 s. ; A. ABDULFATTAH, *Les règles de l'exécution ...op. cit.*, t. I, p.233 s.

¹⁹¹⁴ TGI Seine, (civ. Réf.), 13 mai 1958, RTD civ, 1958, p.687, obs. P. RAYNAUD. ; Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 268.

tribunal, en matière de référé ou dans les cas où la célérité est exigée, mentionne dans le brouillon de sa décision l'exécution forcée sans la formule exécutoire »¹⁹¹⁵. Ainsi, il apparaît en France et au Koweït, au regard des articles 495 et 489 du CPCF, et 191 du CPCCK que l'*imperium merum* n'est pas toujours attaché à la formule exécutoire.

893. Il apparaît en France comme au Koweït que la force exécutoire des décisions du juge, qu'il intervienne dans l'instance au fond ou en référé, est fondamentalement liée à son *imperium merum*, quelque soit la prérogative utilisée par le juge pour faire exécuter la décision, la formule exécutoire ou bien par exemple la qualité de l'exécution. Alors qu'ils sont dépourvus de cet attribut réservé juge étatique, les arbitres français et koweïtiens ont en règle générale besoin de l'intervention du juge de l'État pour faire exécuter l'ensemble de leurs décisions. En effet, comme expliqué, seul le juge étatique pourra faire bénéficier une décision de l'arbitre de la formule exécutoire. Néanmoins les arbitres, en dehors de toute intervention du juge, peuvent tenter de faire exécuter leurs mesures provisoires et/ou conservatoires sans pour autant bénéficier officiellement de l'*imperium merum*.

Section 2 : L'étendue de la capacité de l'arbitre à permettre aux parties à l'arbitrage d'exécuter ses décisions sans l'octroi officiel de l'*imperium merum*

894. En droits français et koweïtien, l'analyse de l'*imperium lato sensu* du juge étatique conduit à mettre en lumière deux idées fondamentales en matière d'arbitrage. D'abord, les arbitres français et koweïtiens disposent de l'*imperium mixtum* et de la *jurisdictio*. Ensuite, les juges des deux États disposent de l'*imperium merum*, ce qui distingue le juge étatique du juge privé.

895. Sur ce point, il convient de préciser que les arbitres français et koweïtiens ne disposeront jamais de l'*imperium merum* puisqu'ils sont des personnes privées contrairement aux juges de l'État. Cependant, même si les arbitres ne bénéficient pas de l'*imperium merum*, il est reconnu en France et au Koweït que la justice arbitrale est une justice efficace, en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires également, et ce, au même titre que la justice

¹⁹¹⁵ En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Les règles de l'exécution ...op. cit.*, t. I, p.256 s. ; W. RAGEB, *Les principes de la juridiction... op. cit.*, p.423.

étatique. Compte-tenu du succès de l'arbitrage, les législateurs et les jurisprudences élargissent au fur et à mesure les prérogatives des arbitres pour plus d'efficacité dans leurs décisions définitives et provisoires. De plus, les arbitres sont parfois amenés, en pratique, à utiliser leurs pouvoirs relevant de la *jurisdictio* ou de l'*imperium mixtum* pour garantir l'exécution de leurs décisions. Ainsi, nous pouvons dire que l'efficacité de l'arbitrage en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires peut être analysée tant d'un point de vue théorique, que d'un point de vue pratique. En l'espèce, le point de vue théorique concerne fondamentalement les jurisprudences et les législatures françaises et koweïtiennes lorsqu'ils renforcent l'*imperium mixtum* de l'arbitre et ses manifestations telle que l'astreinte (§1). Cependant, le point de vue pratique se rapporte au caractère conventionnel de la convention d'arbitrage lorsqu'il est remis en lumière (§2).

§ 1 : Les manifestations théoriques soutenant le quasi-*imperium* de l'arbitre et l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires

896. En droits français et koweïtien, l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales est fondamentalement liée à l'idée d'*imperium*, notamment dans ses composantes d'*imperium merum* et *mixtum*. En l'espèce, nous pouvons dire que la mise en œuvre d'un *imperium merum* par l'arbitre lui permettrait d'assurer aux parties une exécution certaine des mesures provisoires et/ou conservatoires ordonnées, alors que l'*imperium mixtum* ne permettrait qu'une exécution éventuelle de ces mesures. S'agissant de l'*imperium merum*, il est très loin « des mains » des arbitres français et koweïtiens, comme il a déjà été démontré. Cependant, les arbitres des deux États disposent de l'*imperium mixtum* ainsi que de la *jurisdictio*. C'est donc la raison pour laquelle la doctrine française estime que l'arbitre a un « quasi-*imperium* »¹⁹¹⁶. Ainsi, les arbitres français et koweïtiens ont la possibilité d'exécuter leurs mesures provisoires et/ou conservatoires sans l'*imperium merum*. Si une exécution forcée devient nécessaire, les parties doivent cependant recourir au juge étatique pour obtenir la force publique.

¹⁹¹⁶En ce sens : É. LOQUIN, J. Cl. Civil, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 102. ; Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p.245. ; P. MAYER, « *Imperium* de l'arbitre... », préc., n° 13.

897. Néanmoins, il faut noter que les prérogatives relevant de l'*imperium mixtum* sont variées et différentes selon qu'il s'agisse de l'arbitre français ou de l'arbitre koweïtien. En France, le législateur a renforcé les pouvoirs de l'arbitre dans le cadre des mesures provisoires et/ou conservatoires par le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011. Avant ce décret, seule la jurisprudence française reconnaissait à l'arbitre, en plus du pouvoir de prononcer certaines mesures conservatoires ou d'instructions, le pouvoir de prononcer des **astreintes** pour garantir l'efficacité de ses décisions. S'agissant du droit koweïtien, nonobstant le silence de la jurisprudence, le législateur reconnaît à l'arbitre, par le décret numéro 38 du 1980, le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires. Aucune précision n'est cependant faite concernant la possibilité pour l'arbitre koweïtien de garantir l'exécution des mesures provisoires prononcées.

898. Ainsi, il n'existe pas en droit koweïtien de dispositions permettant de garantir l'efficacité des mesures provisoires même si l'arbitre dispose de l'*imperium mixtum* par le prononcé des mesures provisoires. Nous étudierons donc dans un premier temps l'évolution de la jurisprudence française et des législations françaises et koweïtiennes soutenant le quasi-*imperium* de l'arbitre (**A**). Nous aborderons dans un second temps l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales françaises qui sont caractérisées par la possibilité pour l'arbitre de prononcer des astreintes (**B**).

A : L'évolution de la jurisprudence française et des législations françaises et koweïtiennes concernant le quasi-*imperium* de l'arbitre

899. En général, avant que les législateurs français et koweïtiens ne reconnaissent à l'arbitre le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, voire des astreintes (**2**), la jurisprudence française était seule à soutenir l'idée d'un *imperium* de l'arbitre en lui conférant certains pouvoirs en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires (**1**).

1 : La jurisprudence française et le quasi-*imperium* de l'arbitre

900. En droit français, le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, renforce les pouvoirs des arbitres de manière à leur permettre de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires et de faire exécuter leurs mesures par le prononcé d'astreintes. Toutefois, même avant ce décret, la jurisprudence française (contrairement à la jurisprudence koweïtienne), avait affirmé à plusieurs reprises que l'arbitre français disposait, d'une part, des pouvoirs relevant de l'*imperium*, tel que le prononcé de certaines mesures conservatoires et, d'autre part, du pouvoir de prononcer des astreintes. Ainsi, la jurisprudence française a reconnu dans un premier temps à l'arbitre l'*imperium*, qu'il soit *merum* ou *mixtum*, et a garanti dans un second temps l'efficacité de ses mesures provisoires et/ou conservatoires.

901. Mesures conservatoires et jurisprudence. En droit français, le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, des astreintes ou des mesures d'instruction relève en règle générale de l'*imperium mixtum*, comme il a déjà été démontré¹⁹¹⁷. Cependant, avant le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 et en l'absence de dispositions spécifiques pour préciser ce point dans le décret numéro 81-500 du 12 mai 1981, la jurisprudence reconnaissait déjà à l'arbitre la capacité de prononcer certaines mesures conservatoires relevant pourtant de l'*imperium merum*. Il s'agissait alors ici, même indirectement, d'une reconnaissance du fait que l'arbitre disposait lui aussi d'un *imperium*.

902. En ce sens, il a été jugé par la cour d'appel de Rennes en 1984 que le tribunal arbitral était en droit de prononcer la saisie conservatoire de trois navires¹⁹¹⁸. De la même manière, il a été jugé par la Cour de cassation en 2000 que le tribunal arbitral avait la compétence de prononcer une mesure conservatoire plaçant un bien litigieux sous séquestre¹⁹¹⁹. Or, l'attribution du pouvoir de prononcer la saisie conservatoire nécessite aujourd'hui dans les droits français et koweïtien l'intervention de la force publique. Selon la doctrine française, ce pouvoir relève totalement de l'*imperium merum*¹⁹²⁰, puisqu'il permet « l'exécution ultérieure d'une sentence »¹⁹²¹. Conformément au souhait du législateur français intervenu pour régler la question avec le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011, le tribunal arbitral est désormais

¹⁹¹⁷ *Supra* : n° 871.

¹⁹¹⁸ CA de Rennes, 26 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1985, p.439, note G. FLÉCHEUX.

¹⁹¹⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 30 mars 2000, n° 98-15.849, Inédit. ; En ce sens v. aussi : É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 30 s.

¹⁹²⁰ À cet égard : Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 270 s. ; CA de Rennes, 26 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1985, p.439, note G. FLÉCHEUX. ; É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 30 s.

¹⁹²¹ Ch. JARROSSON, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 63.

privé de la capacité à prononcer des saisies conservatoires¹⁹²², contrairement à la solution retenue par les arrêts susvisés. L'arbitre, qui disposait donc avant 2011 d'une prérogative importante en matière de mesures conservatoires, ne dispose donc plus de l'*imperium lato sensu*, attribut qui permet de fait de garantir l'efficacité de ses décisions provisoires.

903. Astreintes et jurisprudence. Même si l'arbitre français n'a pas le pouvoir de prononcer des saisies conservatoires, la jurisprudence française a également adopté des solutions pour renforcer l'efficacité des décisions arbitrales, y compris l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires. Notamment, elle a conféré à l'arbitre le pouvoir de prononcer des astreintes. La jurisprudence a reconnu au fil du temps à l'arbitre le pouvoir de prononcer des astreintes pour forcer le débiteur à exécuter ses obligations, et donc à exécuter la sentence ou l'ordonnance déjà prononcée.

904. En 1998. Il a été jugé par la cour d'appel de Paris en 1998 concernant l'arbitre que « l'absence d'*imperium* a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant l'efficacité de sa décision à l'*exequatur* de l'autorité publique ; elle ne lui interdit pas de prescrire aux parties des obligations de faire, sauf à faire dépendre l'exécution forcée de sa décision au contrôle préalable de l'autorité publique »¹⁹²³. En effet, cet arrêt autorise implicitement l'arbitre à prononcer des astreintes mais il le prive en parallèle de bénéficier de l'*imperium « merum »* qui nécessite l'intervention de juge étatique. Comme le dit justement le professeur Éric LOQUIN, « l'absence d'*imperium* de l'arbitre n'interdit pas à l'arbitre au titre des mesures conservatoires de prescrire à l'une des parties des obligations de faire, en l'espèce le transfert d'actions »¹⁹²⁴. Par ailleurs, le professeur Thomas CLAY estime également et de manière générale que même si l'arbitre est dans cette hypothèse privé de son *imperium merum*, il n'est pas privé de l'*imperium mixtum* qui l'aide à faire exécuter toutes ses décisions¹⁹²⁵.

905. En 1990. Il a également été jugé par la cour d'appel de Paris le 8 juin 1990 que le tribunal arbitral, en tant qu'amiable compositeur, a « la possibilité de choisir librement le mode

¹⁹²² *Infra* : n° 911.

¹⁹²³ CA du Paris, 19 mai 1998, Rev. arb., 1999, p.603, note Ch. JARROSSON.

¹⁹²⁴ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 30. En ce sens : Ph. CAVALIEROS, S. COLLETIER, M. PARALIKA, J. FOURET, C. TRUONG-NGUYEN, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI clunet*, 2019, n° 3, chron. 5.

¹⁹²⁵ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.98.

de réparation le plus équitable entre les deux modalités envisagées par le demandeur : exécution en nature sous astreinte ou réparation pécuniaire »¹⁹²⁶. En effet, selon la doctrine française, cette jurisprudence affirme expressément que l'arbitre ne dépasse ses pouvoirs juridictionnels lorsqu'il prononce des astreintes¹⁹²⁷. Selon cet arrêt, l'arbitre peut donc prononcer des astreintes qui sont issues de l'*imperium mixtum*¹⁹²⁸. Par conséquent, en l'absence de texte législatif, la jurisprudence avait à l'époque considéré que l'arbitre pouvait théoriquement donner de l'efficacité à ses décisions par le prononcé des astreintes, et ce y compris dans le cadre du prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires.

906. En 2004. Dans une autre affaire plus récente qui a permis de clarifier la situation, la cour d'appel de Paris a également affirmé en 2004 que « le prononcé d'astreintes ou d'injonctions constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise ainsi aucun dépassement de la mission de l'arbitre »¹⁹²⁹. Toutefois, le professeur Philippe THÉRY estime contrairement à cet arrêt que « l'inexécution d'une sentence arbitrale ne tire pas à conséquence pour l'institution arbitrale parce qu'il ne lui incombe pas d'assurer l'exécution des décisions qu'elle rend. Elle importe, au contraire, pour l'État, ne serait-ce qu'en raison de la responsabilité qui lui incombe à ce titre. L'astreinte assure le respect de la force exécutoire, non de la chose jugée »¹⁹³⁰. Or, le professeur Charles JARROSSON, comme une partie de la doctrine française¹⁹³¹, affirme que même si l'astreinte est considérée comme un moyen de coercition, elle ne constitue pas un moyen d'exécution¹⁹³². Ainsi, la capacité de prononcer des astreintes a été dans l'affaire de 2004 conférée aux arbitres français pour garantir l'efficacité de leurs décisions, et ce même en l'absence de texte législatif. Même si certains auteurs considèrent donc que l'astreinte a une nature répressive, la jurisprudence a donc consacré ici plutôt l'idée

¹⁹²⁶ CA Paris, 8 juin 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 917, obs. J. H. MOITRY, C. VERGNE.

¹⁹²⁷ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 245. ; CA Paris, 8 juin 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 917, obs. J. H. MOITRY, C. VERGNE. ; En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1800-70, « ARBITRAGE. – Instance arbitrale... », préc., n° 87.

¹⁹²⁸ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p.273.

¹⁹²⁹ CA Paris, 7 oct. 2004, *Rev. arb.* 2005, p.737, note E. JEULAND.

¹⁹³⁰ Ph. THÉRY, « Judex Gladii... », préc., n° 12.

¹⁹³¹ F. GRÉAU, *J. Cl. Civil.*, Fasc. 224-20, « RÉGIME DE LA RÉPARATION. – Action en réparation. – Décisions judiciaires. Astreinte », 2018, n° 82. ; Le professeur É. LOQUIN, affirme que « l'astreinte est, en effet, une conséquence de la fonction juridictionnelle. Il est donc naturel qu'elle figure dans les attributions de l'arbitre. L'absence d'imperium de l'arbitre n'est pas un obstacle à cette attribution. L'astreinte est, en effet, une peine privée et non une voie d'exécution ». En ce sens : É. LOQUIN *J. Cl. Civil.*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 20.

¹⁹³² Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p.272.

selon laquelle l'astreinte constitue un moyen de coercition et non un moyen d'exécution ce qui explique qu'elle peut tout à fait être prononcée par l'arbitre.

907. Après avoir vu cette série de jurisprudences françaises, le législateur français a codifié, par le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011, les solutions qui soutient les pouvoirs coercitifs des arbitres dans l'article 1468 du CPCF, tel qu'il sera détaillé *infra*¹⁹³³.

908. En général, la reconnaissance du pouvoir de prononcer des astreintes par la jurisprudence française renforce théoriquement l'exécution des décisions rendues par l'arbitre. Cependant, compte tenu du silence de la jurisprudence koweïtienne sur cette question, il n'est pas possible de dégager de solution claire sur ce point pour faire un comparatif avec le droit koweïtien. Par ailleurs, nous pouvons nous demander si ledit pouvoir issu de l'*imperium mixtum* de l'arbitre existe au sein des législations françaises et koweïtiennes. Cette question nous amènera à nous interroger sur l'intérêt théorique de l'astreinte dans le cadre de l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires.

2 : Les législateurs et le quasi-*imperium* de l'arbitre

909. Les législateurs français et koweïtiens renforcent au fil du temps les pouvoirs des arbitres concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, le législateur français va plus loin que le législateur koweïtien en renforçant les pouvoirs de l'arbitre concernant lesdites mesures conformément à la volonté de la jurisprudence, et en lui conférant également le pouvoir de prononcer des astreintes. Le législateur koweïtien, de son côté, reconnaît uniquement à l'arbitre des pouvoirs concernant les mesures provisoires et/ou conservatoires et ce, sans les détailler.

910. *Imperium mixtum* et législateurs. Les législateurs français et koweïtiens reconnaissent généralement aux arbitres le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, à l'exception de certaines mesures conservatoires. Cette reconnaissance conduit à renforcer les pouvoirs des arbitres en la matière, en affirmant *de facto* leur *imperium mixtum*.

¹⁹³³ *Infra* : n° 909.

911. En France, après une série de jurisprudences¹⁹³⁴, l'article 1468 du CPCF relatif à l'arbitrage interne a été modifié par l'article 2 du décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011. L'article 1468 prévoit désormais que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée ».

912. Au Koweït, après un silence de l'ancien CCK, du décret numéro 3 de 1973¹⁹³⁵ et de la jurisprudence, le décret numéro 38 de 1980 a ajouté les articles 173, 176, 178 et 188 relatifs à l'arbitrage. A ce titre, ce qui nous concerne ici est l'article 173 du code. Ledit article prévoit que « la convention d'arbitrage ne recouvre pas le cas de l'urgence (qui au Koweït fait référence à ce que l'on vise en France par le cas des mesures provisoires et/ou conservatoires) sauf convention contraire des parties ». En l'espèce, nous pensons que même si le législateur exclut le prononcé de mesures provisoires et/ou conservatoires dans le cas d'une convention contraire des parties, il reconnaît finalement par principe à l'arbitre koweïtien le pouvoir de prononcer de telles mesures ce qui va dans le sens de l'affirmation de son *imperium mixtum*.

913. Ainsi, que ce soit en France ou au Koweït, la reconnaissance du pouvoir de prononcer lesdites mesures à l'arbitre affirme son *imperium mixtum*. Comme le dit justement la doctrine française, « la faculté d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires serait une marque de la *jurisdictio* de l'arbitre, d'autant plus significative que l'éventail des mesures qui peuvent être ordonnées s'avère large. La faculté d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, durant l'instance arbitrale, illustre parfaitement l'idée d'un *imperium mixtum* »¹⁹³⁶.

914. Astreintes et législateur français. S'agissant de l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, nous remarquons que le législateur koweïtien est

¹⁹³⁴ *Supra* : n° 901.

¹⁹³⁵ En ce sens, l'ancien CCK numéro 3 du 1973 ne confère pas aux arbitres le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires.

¹⁹³⁶ V. EGÉA, « La *jurisdictio* de l'arbitre... », préc. ; En ce sens : Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 272. ; P. MAYER, « *Imperium* de l'arbitre... », préc. ; J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, préc., p.130 s.

muet en matière d'arbitrage, contrairement au législateur français. Selon nous, le législateur koweïtien attache probablement l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales à l'intervention du juge étatique, comme il conviendra de le détailler ultérieurement¹⁹³⁷. Ainsi, en droits communs français et koweïtien, les juges des référés disposent généralement du pouvoir de prononcer des astreintes et ce, même si leurs ordonnances ont la force exécutoire¹⁹³⁸. Cependant, en matière d'arbitrage, l'arbitre français est le seul qui dispose de ce pouvoir. Par conséquent, le législateur français est le seul qui garantit l'exécution de ces mesures sans l'intervention du juge étatique grâce à la mise en œuvre par l'arbitre de son *imperium merum*. Cela apparaît clairement dans l'article 1468 du CPCF, alors que celui-ci confère à l'arbitre le pouvoir de prononcer « au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune ».

915. Or, la question qui se pose est celle de savoir si les astreintes peuvent théoriquement être une garantie pour l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires.

B : L'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires dans le prononcé des astreintes

916. Définition et règles. Que ce soit en France ou au Koweït, les astreintes peuvent généralement être définies comme « une menace de condamnation pécuniaire consistant à vaincre la résistance d'un débiteur en vue de l'inciter à appliquer la décision du juge »¹⁹³⁹. En ce sens, les astreintes sont soumises en matière d'arbitrage français au régime général des astreintes tel qu'il est déterminé en droit commun devant le juge de l'exécution français¹⁹⁴⁰. Ainsi, l'arbitre prononçant une astreinte pour empêcher l'inexécution de ses sentences ou de ses mesures provisoires, est généralement obligé de suivre les mêmes règles que le juge

¹⁹³⁷ *Infra* : n° 987.

¹⁹³⁸ En ce sens : l'art. 491 du CPCF ; Cass. Civ. F. 2^{ème}., 15 février 2001, n° 99-13.102, Bull. Civ. II., n° 27 p.20. ; L'art. 292 du C. Civ. K. ; Cass. Civ. K., 6 novembre 2014, n° 908/2013. ; Cass. Civ. K., 17 Décembre 1989, n° 193/1989. ; Cass. Civ., 5 janvier 1978, n° 229/1987.

¹⁹³⁹ N. GERBAY, *J. Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Synt., « Décision judiciaire », 2020, n° 1. ; En ce sens v. aussi : A. ABDULFATTAH, *Les règles de l'exécution ...op. cit.*, t. I, p.109 s.

¹⁹⁴⁰ « Cette astreinte obéit au régime général des astreintes, tel que déterminé par l'article L. 131-11 du code des procédures civiles d'exécution, notamment pour ce qui concerne sa liquidation ». En ce sens : B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, *Répertoire de droit commercial Dalloz*, V° Arbitrage commercial, septembre 2013, n° 202.

étatique, notamment les règles relatives aux obligations et aux personnes susceptibles d'être concernées¹⁹⁴¹.

917. En général, il existe plusieurs considérations qui apportent la preuve que les astreintes sont un bon moyen de pression pour permettre l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre, sans que n'apparaisse le besoin de recourir à la force publique. Il s'agit notamment du caractère contraignant de l'astreinte (1), et de sa nature spéciale qui fait qu'elle ne consiste ni en l'attribution de dommages-intérêts ni en une voie d'exécution (2).

1 : Le caractère contraignant de l'astreinte

918. La reconnaissance à l'arbitre français du pouvoir prononcer des astreintes rend ses mesures provisoires et/ou conservatoires efficaces, au même titre que les mesures du juge des référés. En effet, grâce au caractère contraignant de l'astreinte, la partie ne contestera pas la mesure déjà prononcée qui sera exécutée sans besoin de recourir au juge étatique pour obtenir l'*exéquatur*.

919. Le caractère contraignant de l'astreinte. Que ce soit en droit commun ou en matière d'arbitrage, l'astreinte a un caractère contraignant qui encourage volontairement la partie à l'arbitrage à exécuter ses obligations, c'est-à-dire la décision prononcée par l'arbitre. Comme le dit le professeur Nicolas CAYROL, l'astreinte est une « incitation à l'exécution volontaire »¹⁹⁴². En effet, « la doctrine et la jurisprudence [françaises] rappellent régulièrement qu'il s'agit d'une mesure de contrainte propre à vaincre la résistance d'un débiteur s'abstenant d'exécuter une condamnation le concernant »¹⁹⁴³. Selon la Cour de cassation française, l'astreinte est un moyen de pression et dispose d'un caractère contraignant. En ce sens, par l'astreinte, l'arbitre peut menacer la partie perdante et réticente à exécuter une condamnation

¹⁹⁴¹ Il s'agit des obligations et des personnes dont l'exécution peut être ordonnée sous astreinte. En ce sens : Y. DESDEVISES, *J. Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 220, « ASTREINTES. – Prononcé », 2020, n° 2 s.

¹⁹⁴² N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, spéc. n° 179.

¹⁹⁴³ Y. DESDEVISES, *J. Cl. Civile*, Fasc. 1500-75, « ASTREINTES. – Introduction », 2019, n° 18.

par une astreinte supérieure au dommage causé par cette réticence à l'exécution ou même seulement à son retard¹⁹⁴⁴.

920. Par conséquent, en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles l'une des parties à l'arbitrage pourrait ne pas se soumettre à la mesure déjà prononcée par l'arbitre. Par exemple, une partie pourrait « résister » à la mesure concernée car l'arbitre n'a pas d'*imperium merum*. Par ailleurs, il est des hypothèses où la partie perdante peut avoir conscience du fait que l'arbitre n'est pas obligé de garantir l'exécution de ses décisions. De surcroît, la partie peut également résister à l'exécution de la décision prononcée par l'arbitre parce qu'elle sait que les mesures provisoires et/ou conservatoires en matière d'arbitrage ne sont pas susceptibles de recevoir l'*exequatur* et donc l'exécution forcée, sauf s'agissant des sentences définitives. Néanmoins, dans ces hypothèses, la partie réticente pourra être conduite à exécuter malgré toute la mesure provisoire prononcée grâce au moyen de pression que constitue l'astreinte qui implique pour cette partie le risque de subir une condamnation supérieure au dommage causé.

921. La mise en œuvre d'une astreinte : deux étapes. En général, et que ce soit devant le juge ou l'arbitre français, il faut noter que la mise en œuvre d'une astreinte se compose de deux étapes : son prononcé et sa liquidation¹⁹⁴⁵.

Concernant la première étape, l'arbitre a, comme nous l'avons déjà vu¹⁹⁴⁶, le pouvoir de prononcer toutes ses décisions sous astreinte. Selon nous, le prononcé d'une mesure provisoire sous astreinte par l'arbitre est un point positif en matière de référé arbitral car elle force donc la partie résistante à exécuter volontairement ses obligations.

Cependant, s'agissant de la liquidation d'une astreinte, elle sera caractérisée au moment de l'exécution qui nécessite normalement l'intervention du juge étatique, comme il sera expliqué ultérieurement¹⁹⁴⁷. Ainsi, « la liquidation et l'exécution de l'astreinte [relèvent] de la

¹⁹⁴⁴ Cass. Soc. F., 10 janvier 1980, n° 78-41.250, Bull. Soc., n° 36. ; En ce sens : Y. DESDEVISES, Fasc. 1500-75, « ASTREINTES... », préc., n° 18. ; H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. II, Sirey, 1973, n° 433. ; Y. DESDEVISES, Fasc. 220, « ASTREINTES... », préc., n° 81 s.

¹⁹⁴⁵ A. Courrèges estime que « le procédé de l'astreinte comporte une menace pour dissuader la résistance à l'exécution et en cas d'échec de la dissuasion une frappe de coercition. C'est donc une procédure en deux temps, mais le deuxième étage de la fusée n'est mis à feu qu'en cas d'échec du premier, qui est conçu pour suffire à obtenir le résultat recherché ». À cet égard : A. COURRÈGES, S. DAËL, *Contentieux administratif*, PUF, coll. Thémis, 4e éd., 2013, spéc. p.348.

¹⁹⁴⁶ *Supra* : n° 914.

¹⁹⁴⁷ *Infra* : n° 923.

compétence du juge chargé de l'exécution »¹⁹⁴⁸. Or, tant que l'astreinte aura une nature bien différente d'une voie d'exécution, la seconde étape, c'est-à-dire sa liquidation, n'aura pas de grande importance en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales. En effet, nous avons déjà développé le fait que l'astreinte relève bien de l'*imperium mixtum* de l'arbitre, qui n'exige pas l'intervention de juge étatique¹⁹⁴⁹. Comme le dit le professeur Charles JARROSSON, même si l'astreinte est considérée comme un moyen de coercition, elle ne constitue pas un moyen d'exécution¹⁹⁵⁰. Ainsi, le plus important dans cette hypothèse n'est pas la question de la liquidation ou de la non-liquidation de l'astreinte avec l'intervention de l'*imperium merum*, mais bel et bien le caractère contraignant de cette mesure qui induit pour la partie réticente à exécuter des mesures provisoires prononcées par l'arbitre la pression d'une véritable menace, d'une incitation voire même d'une intimidation qui doit permettre d'aboutir à l'exécution de la mesure provisoire rendue par l'arbitre. Autrement dit, l'intérêt ici n'est pas en réalité la question de l'exécution réelle de l'astreinte, mais de l'effet psychologique qu'elle provoque sur la partie résistante.

Le caractère contraignant de l'astreinte oblige donc la partie résistante à la mesure provisoire à l'exécuter et ce, même avant la liquidation de cette astreinte.

922. En matière de mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, si le caractère contraignant de l'astreinte peut permettre d'assurer l'exécution volontaire d'une partie à l'arbitrage, sa nature préventive la distingue des dommages-intérêts.

2 : La nature spéciale de l'astreinte

923. La nature préventive de l'astreinte, qui la distingue des dommages-intérêts, confère à l'arbitre, comme au juge étatique, une prérogative à double face. D'abord, l'arbitre peut librement prononcer ses mesures provisoires et/ou conservatoires sous astreintes et ce, que l'adversaire résiste ou ne résiste pas. Ensuite, l'arbitre prononce également lesdites mesures sous astreinte peu importe que le dommage causé à l'une des parties soit par la suite reconnu ou non sur le fond. Ainsi, l'arbitre peut, conformément à ces éléments, prononcer l'astreinte

¹⁹⁴⁸ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 55.

¹⁹⁴⁹ *Supra* : n° 871.

¹⁹⁵⁰ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p.272.

pour exercer un moyen de pression permettant d'assurer le respect de ses décisions par les parties.

924. La nature préventive de l'astreinte. S'agissant de la première face de la nature de l'astreinte, elle a une nature préventive. En effet, lorsque l'arbitre prononce une mesure provisoire comme par exemple une référé-provision, il peut la prononcer sous astreinte alors même que la partie concernée ne résiste pas encore à sa décision. En l'espèce, la doctrine en France estime que l'arbitre dispose de ce pouvoir parce que l'astreinte n'est pas « en règle générale »¹⁹⁵¹ une sanction¹⁹⁵². Partant, si elle n'est pas une sanction, l'arbitre ne peut pas condamner une partie « à une astreinte mais seulement sous astreinte »¹⁹⁵³. Ainsi, c'est la raison pour laquelle « le prononcé de l'astreinte n'a qu'une valeur incitative, elle doit dissuader la partie condamnée de ne pas exécuter »¹⁹⁵⁴. Tant que l'astreinte bénéficie de ce caractère préventif, nous pensons qu'elle est une bonne technique pour faire pression sur la partie résistante et pour l'inciter à exécuter les mesures prononcées par l'arbitre. De cette manière, l'arbitre ne se retrouve pas dans une situation de gouvernance par la partie éventuellement résistante à l'exécution de la mesure provisoire qu'il a prononcé. L'arbitre reste ainsi gouverné uniquement par son appréciation souveraine, comme le juge étatique¹⁹⁵⁵. Il prononce ainsi de manière indépendante l'astreinte (ou l'absence d'astreinte) et détermine le cas échéant la valeur de celle-ci. Par conséquent, il peut en général décider, et ce dès le début de sa mission, de prononcer toute mesure provisoire et/ou conservatoire sous astreinte pour garantir le respect de ses décisions.

925. À cet égard, nous pensons que cette technique assure le respect des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales puisque la conséquence logique de l'astreinte est leur exécution. En effet, une partie résistante préférera naturellement l'exécution immédiate de la décision de l'arbitre plutôt que de payer en plus la valeur de l'astreinte prononcée.

¹⁹⁵¹ L'art. L. 131-4 du CPCF d'exécution prévoit que « le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ».

¹⁹⁵² N. GERBAY, *Synt.*, « Décision judiciaire », préc., n° 4. ; Cass. Civ. 2^{ème}., 4 janvier 2012, n° 11-40.081, *Gaz. pal.*, 26-28 février 2012, p.14, obs., Cl. BRENNER.

¹⁹⁵³ N. GERBAY, *Synt.*, « Décision judiciaire », préc., n° 4.

¹⁹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵⁵ L'art 1468 du CPCF confère librement à l'arbitre le pouvoir de prononcer, « au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune ». ; B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, « Arbitrage commercial », préc., n° 202.

926. L’astreinte, différente par sa nature des dommages-intérêts. Concernant la seconde face de la nature de l’astreinte, parce qu’elle est normalement une somme d’argent qui doit être payée en cas d’inexécution d’une décision de justice, elle pourrait d’apparence être confondue avec les dommages-intérêts. Cependant, la Cour de cassation française a défini l’astreinte en 1959 comme « une mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts et qui n’est en définitive qu’un moyen de vaincre la résistance opposée à l’exécution d’une condamnation »¹⁹⁵⁶. Ainsi, il est aujourd’hui prévu par l’article L. 131-2 du CPCF que « l’astreinte est indépendante des dommages-intérêts ».

En droit commun français, il a été jugé que la condamnation à des dommages-intérêts peut être prononcée sous astreinte et le juge qui liquide cette astreinte ne doit pas prendre en compte le dommage subi par le créancier¹⁹⁵⁷.

De la même manière, parce qu’en matière d’arbitrage français l’arbitre suit le régime général des astreintes tel qu’il est déterminé devant le juge¹⁹⁵⁸, il doit prononcer l’astreinte au profit du créancier dans sa sentence définitive dans prendre en considération le dommage subi.

927. À cet égard, en matière de référé arbitral, lorsqu’une partie demande une mesure provisoire ou conservatoire à l’arbitre, ce dernier ne prend pas en compte le dommage subi par la victime requérante de la mesure. À première vue, nous pensons en effet que si l’arbitre était amené à prendre en compte l’existence ou non du dommage de même que son degré le cas échéant, cela pourrait impacter sa décision et il pourrait décider de prononcer ou non une astreinte au regard de ces considérations. Ainsi, si l’arbitre considérait que la partie requérante ne subit pas de dommage, il pourrait logiquement refuser de prononcer une astreinte. Cependant, l’arbitre s’abstient de prendre en compte toute considération sur l’existence ou non du dommage, ou bien sur son éventuel degré au stade du référé. De cette manière, il peut ainsi notamment octroyer sa mesure provisoire et/ou conservatoire sous astreinte malgré la constatation ultérieure de l’absence de dommage. Ainsi, l’existence ou l’absence de dommage subi par une partie n’a aucun impact sur la volonté de l’arbitre de prononcer ladite astreinte pour assurer le respect de sa mesure. Par conséquent, lorsque l’arbitre ordonne la mesure

¹⁹⁵⁶ Cass. Civ. 1^{re}., 20 octobre 1959, n° 57-10.110, Bull. Civ. I., n° 419 p.347. ; Cass. Civ. 1^{re}., 20 octobre 1959, n° 57-10.110, RTD civ. 1959, p. 778, obs. P. HÉBRAUD. En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 2^{ème}., 18 février 2016, n° 14-25.766, Bull. Civ. II., n° 968.

¹⁹⁵⁷ Cass. Civ. 2^{ème}., 11 juin 1997, n° 95-13.961, Bull. Civ. II., n° 170 p.101.

¹⁹⁵⁸ B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARIMITZ, P. E. MALLET, A. LELEU, « Arbitrage commercial », préc., n° 202. En ce sens : É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 36.

provisoire, le taux ou le montant de l'astreinte peut être, au moment de sa liquidation¹⁹⁵⁹, être supérieur au « préjudice prévu »¹⁹⁶⁰.

928. Selon nous, le respect de la mesure provisoire ou conservatoire peut ainsi avoir lieu sans qu'il n'y ait besoin d'un recours à l'*imperium merum* du juge. Ainsi, grâce à l'astreinte, la partie résistante devrait être amenée naturellement à mettre en œuvre l'exécution de la mesure prononcée et éviter son inexécution qui impliquerait à terme le paiement d'une somme d'argent supérieure à sa condamnation.

929. Il apparaît généralement que l'arbitre français dispose de plus de prérogatives que l'arbitre koweïtien en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires. Les deux arbitres disposent de l'*imperium mixtum* mais il n'y a que l'arbitre français qui peut rendre ces mesures efficaces sans le recours à la force publique. Or, si les manifestations théoriques de l'*imperium mixtum* de l'arbitre garantissent généralement l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires, il existe également d'autres manifestations pratiques indépendantes de l'*imperium* mais qui rendent également lesdites mesures efficaces sans besoin de l'intervention du juge étatique.

§ 2 : Les manifestations pratiques garantissant l'exécution des décisions arbitrales

930. En pratique et indépendamment de la question de l'*imperium*, en droits français et koweïtien, les arbitres ont plusieurs manières de garantir le respect de leur mesures provisoires et/ou conservatoires dans le cadre de leur mission arbitrale. Dans les deux États, la personnalité de l'arbitre (A), la théorie du milieu professionnel et le caractère contraignant de la convention d'arbitrage (B), sont des éléments qui permettent aux arbitres de renforcer l'efficacité de leurs mesures provisoires et/ou conservatoires sans même avoir besoin de recourir à la notion d'*imperium*.

¹⁹⁵⁹ En général, que ce soit le juge ou l'arbitre qui liquide l'astreinte, le taux ou le montant de l'astreinte peut être supérieur au dommage subi par l'une des parties, car l'astreinte n'est pas soumise au même régime juridique que les dommages-intérêts. En ce sens : N. GERBAY, Synt., « Décision judiciaire », préc., n° 15 s.

¹⁹⁶⁰ Cass. Soc. F., 10 janvier 1980, n° 78-41.250, Bull. Soc., n° 36. ; Cass. Civ. 1^{re}., 13 décembre 2012, n° 11-26.019, Inédit.

A : Les manifestations liées à l'arbitre

931. En droits français et koweïtien, le fait de dire qu'il faut « vaincre » une partie résistante à exécuter les mesures provisoires déjà rendues par l'arbitre ne permet de comprendre toutes les implications du recours à l'arbitrage. En effet, il arrive effectivement dans la pratique que l'une des parties résiste aux décisions de l'arbitre, y compris lorsqu'il est question de mesures provisoires et/ou conservatoires, mais il arrive également, et même souvent, que les parties acceptent d'exécuter volontairement les mesures prononcées en raison de la personnalité d'un arbitre qu'elles ont déterminé lors du choix du recours à l'arbitrage. Dans cette dernière hypothèse, qui concerne la nature contractuelle de la convention d'arbitrage et l'arbitre, la personnalité de l'arbitre aura une influence sur la volonté des parties d'exécuter la décision arbitrale (1). Cependant, si les parties n'ont pas pris en compte la personnalité de l'arbitre dans la convention d'arbitrage, l'arbitre doit donc dans la pratique être audacieux et qualifié pour pouvoir surmonter les difficultés liées à la résistance de l'une des parties (2).

1 : La nature « contractuelle »¹⁹⁶¹ de l'arbitrage et la prise en compte de la personnalité de l'arbitre

932. Que ce soit en droit français ou koweïtien, la personnalité de l'arbitre joue un rôle fondamental dans la justice arbitrale, notamment concernant la nature contractuelle de cette justice. La personnalité de l'arbitre, son audace, son expérience ou son impartialité sont autant d'éléments qui peuvent expliquer la préférence des parties de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux tribunaux étatiques. Ainsi, la majorité du temps, les parties ne vont pas résister à l'exécution de la décision arbitrale qu'elle ait été rendue au fond ou en référé.

933. Le caractère contractuel de l'arbitrage et la personnalité de l'arbitre. En droits français et koweïtien, la personnalité de l'arbitre - que ce soit par exemple son audace, son expérience ou son impartialité - est une considération fondamentalement liée au caractère contractuel de l'arbitrage. Il est fréquent que les parties au litige préfèrent la justice arbitrale,

¹⁹⁶¹ L'arbitrage a une nature mixte, c'est-à-dire mi- contractuelle mi- juridictionnelle, comme nous l'avons déjà expliqué dans l'introduction. Cependant, grâce au fondement conventionnel de l'arbitrage, la personnalité de l'arbitre sera prise en compte.

en laquelle elles peuvent avoir davantage confiance, que la justice de l'État du fait de ces considérations relatives à la personnalité de l'arbitre. Il arrive que les litigants préfèrent la justice arbitrale parce que son déroulement est rapide, en moyenne six mois seulement¹⁹⁶², ou parce que cette justice bénéficie de procédures simples et modernes¹⁹⁶³. Cependant, les parties peuvent également possiblement préférer l'arbitrage en raison de la personnalité de l'arbitre, et plus particulièrement dans certaines matières, et notamment grâce à son expérience ou à son impartialité. Que ce soit en France ou au Koweït, ces considérations relatives à la personnalité de l'arbitre sont en fait souvent déterminantes du choix des parties de recourir à l'arbitrage en matière de référé ou bien pour l'instance au fond. Ces considérations trouvent également une résonance en matière d'exécution des sentences définitives et des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par les arbitres. Ainsi, si les parties à l'arbitrage préfèrent se saisir d'un arbitre ou d'une institution arbitrale plutôt que d'un juge étatique, c'est parce qu'elles savent que les conséquences issues de cette saisine seront satisfaisantes, c'est pourquoi la résistance d'une partie aux décisions arbitrales est en toute logique plutôt rare voire inexistante.

934. À cet égard, le professeur Éric LOQUIN estime que l'exécution spontanée qui est une « phase ultime de la procédure met parfaitement en lumière le caractère contractuel de cette justice privée qu'est l'arbitrage. Une fois la sentence [ou la mesure provisoire] rendue, l'arbitre a rempli la mission pour laquelle il avait été désigné, la suite est l'affaire des cocontractants. L'exécution volontaire de la sentence [ou de la mesure provisoire] par la partie condamnée est assez fréquente. Il est conforme à la nature de l'arbitrage que le perdant accepte et exécute spontanément la décision de ceux qu'il s'est donné pour juges. Dès qu'elle est acquise aux parties, la sentence peut, en effet, être volontairement exécutée, sans qu'aucune formalité préalable ne soit nécessaire »¹⁹⁶⁴.

935. De la même manière, la doctrine au Koweït affirme, comme plusieurs auteurs français¹⁹⁶⁵, que s'il y a une place pour l'exécution volontaire des décisions arbitrales par les

¹⁹⁶² L'art. 1463 du CPCF ; L'art. 181 du CPCK.

¹⁹⁶³ *Supra* : n° 606.

¹⁹⁶⁴ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE. – Sentence arbitrale », 2020, n° 44.

¹⁹⁶⁵ En ce sens : J.-F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage...op. cit.*, p.569. ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 76. ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage », *JCP G*, 2007, n° 51-52, 19, doctr. 216.

parties, cette exécution volontaire aura vocation naturellement à intervenir en raison du caractère contractuel de la convention d'arbitrage¹⁹⁶⁶.

936. Par conséquent, nous pensons que si les parties à l'arbitrage choisissent la justice arbitrale en raison exclusivement de la personnalité du ou des arbitres désigné(s), il est théoriquement et pratiquement illogique que l'une des parties soit amenée à résister à la sentence ou à l'ordonnance rendues par l'arbitre. La personnalité de l'arbitre a donc une répercussion sur la confiance que lui porte les parties et le respect de ses décisions a vocation à intervenir grâce à la nature quasi-contractuelle de la justice arbitrale.

937. L'exécution spontanée malgré l'exécution provisoire. En droits français et koweïtien, il faut noter que l'exécution sera considérée comme une exécution spontanée même si la sentence ou « l'ordonnance »¹⁹⁶⁷ arbitrale est assortie de l'exécution provisoire¹⁹⁶⁸. Comme nous l'avons déjà démontré¹⁹⁶⁹, si les parties ne mettent en œuvre aucune mesure auprès du juge étatique pour apposer la formule exécutoire, l'*imperium merum*, c'est-à-dire la force publique ou l'exécution forcée, est écarté dans cette hypothèse. Par conséquent, les sentences ou les mesures provisoires et/ou conservatoires assorties de l'exécution provisoire peuvent être exécutées de manière spontanée.

En France, lorsque l'arbitre rend une sentence ou une mesure provisoire sous la forme de sentence, la partie concernée peut exécuter la décision de l'arbitre sans recourir au juge étatique. De même, lorsque l'arbitre koweïtien rend une ordonnance (une mesure provisoire), la partie peut volontairement, comme en France, choisir de l'exécuter volontairement. Dans tous les cas, l'exécution sera considérée comme volontaire dès lors qu'il n'y a pas de recours au juge de l'État. Sur ce point, alors que la jurisprudence koweïtienne reste silencieuse, le juge français affirme que « l'acquiescement de la décision doit être certain, c'est-à-dire résultant de faits démontrant avec évidence l'intention de la partie à laquelle on l'oppose de reconnaître le bien-fondé des prétentions de l'adversaire et de renoncer aux voies de recours ; il doit être

¹⁹⁶⁶ En ce sens : M. ALENZI, préc. ; S. ALQAHTANY, *L'arbitrage commercial dans l'Arabie saoudite...op. cit.*, p.10 s. ; Kh. ALQADY, *L'arbitrage commercial international*, 1^{re} éd., Dar Alshorouq, 2002, p.488 s. ; A. FERYAL, *L'exécution des décisions arbitrales*, Mémoire de master 2, Riyad, 2006, p.70 s.

¹⁹⁶⁷ Il convient de distinguer ici l'ordonnance rendue par l'arbitre koweïtien et par l'arbitre français. L'ordonnance rendue par ce dernier doit être sous la forme de sentence pour qu'elle puisse être assortie de l'exécution provisoire. À cet égard : *infra* : n° 1020.

¹⁹⁶⁸ É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 44. ; M. ALENZI.

¹⁹⁶⁹ *Supra* : n° 862.

exempt de toute contrainte »¹⁹⁷⁰. C'est également cette vision qui est affirmée par la doctrine koweïtienne¹⁹⁷¹.

938. En général, il apparaît en France et au Koweït que la question de la personnalité du juge tranchant le litige se pose dans la justice arbitrale et non pas dans la justice étatique, grâce à la nature quasi-contractuelle de l'arbitrage. Nous savons dans la pratique que la procédure devant les tribunaux étatiques repose sur des règles relativement classiques et les litigants n'ont pas le pouvoir de désigner le juge qui tranchera leur affaire, même si certaines dispositions leur permettent dans certains cas bien précis de le révoquer ou bien de le récuser. Cependant, les parties à l'arbitrage ont le pouvoir de déterminer leurs propres procédures et de désigner leurs arbitres avant que ces derniers ne tranchent le litige. Ainsi, si l'arbitrage n'était pas une justice payante mais s'avérait répondre au principe de gratuité comme la justice étatique, la plupart des litigants auraient probablement recours à l'arbitrage. En effet, dans la justice arbitrale, ce sont les parties elles-mêmes qui érigent leur tribunal en désignant des arbitres qualifiés, audacieux, experts et impartiaux. Ainsi, c'est la raison pour laquelle la possibilité de l'exécution volontaire des mesures provisoires est fréquente en matière d'arbitrage sans que les parties n'aient besoin de recourir au juge étatique.

939. Bien que la nature quasi contractuelle ou spéciale de l'arbitrage ne soit pas remise en question, l'arbitre doit toutefois être qualifié, expert et audacieux pour garantir le respect de ses sentences.

2 : La répercussion de la personnalité de l'arbitre sur le respect des « décisions arbitrales »¹⁹⁷²

940. Un arbitre qualifié et ayant de l'expérience peut assurer l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires sans le recours au juge étatique. Par ailleurs, un arbitre

¹⁹⁷⁰ CA Paris, 4 avril 1996, *Rev. arb.*, 1997, p.437. ; En ce sens v. aussi : Cass. Civ. 2^{ème}., 17 octobre 2002, n° 01-00.982, Bull. Civ. II, n° 223 p.176.

¹⁹⁷¹ A. HINDY, *L'exécution des décisions arbitrales nationales et internationales*, Dar Aljameah Aljadid, 2015, p.7 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.480 s.

¹⁹⁷² En droit de l'arbitrage français et koweïtien, les arbitres rendent soit une sentence soit une ordonnance. Cependant, nous utilisons parfois le terme de décisions arbitrales, comme certains auteurs en France, pour englober de façon générale les deux jugements. En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1800-72, « ARBITRAGE – La décision arbitrale... », préc., n° 38. ; V. PARISOT, « Conflit de juridictions - Conflit de juridictions... », préc.

audacieux, qu'il soit français ou koweïtien, peut utiliser les bons moyens pour convaincre l'adversaire d'exécuter volontairement lesdites mesures. Ainsi, la personnalité de l'arbitre dans la justice arbitrale peut permettre de surmonter les difficultés liées à l'absence d'*imperium merum*.

941. L'audace et la qualification de l'arbitre. En droits français et koweïtien, l'arbitre se doit d'être audacieux et qualifié pour arbitrer un litige ou prononcer une mesure provisoire. En effet, la qualification de l'arbitre, notamment son expérience, peut lui permettre de faire preuve d'une audace lui permettant de résoudre d'éventuelles difficultés liées à l'exécution des mesures qu'il a prononcées. Cependant, tel qu'il a déjà été démontré¹⁹⁷³, la qualification, l'expérience, le diplôme ou même l'audace ne sont pas des conditions pour être arbitre. Mais si l'arbitre a de l'expérience ou qu'il démontre d'une qualification particulière pour arbitrer, il bénéficiera d'un degré de confiance en lui-même important pour pouvoir diriger toute sa mission arbitrale avec aplomb, y compris si besoin pour prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires¹⁹⁷⁴. Ainsi, la question qui se pose ici est celle de savoir si ces éléments de personnalité jouent un rôle important dans le cadre de l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre français ou koweïtien.

942. Les tentatives d'exécuter les mesures provisoires et/ou conservatoires sans l'imperium. En matière de référé arbitral et que ce soit en France ou au Koweït, la règle générale est que les arbitres peuvent utiliser n'importe quelle menace « légale » pour garantir l'exécution des mesures urgentes sans le recours au juge étatique pour recevoir l'*exequatur*.

943. Audace. Comme nous l'avons déjà expliqué¹⁹⁷⁵, la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires n'est pas déterminée en matière d'arbitrage français. L'arbitre français peut en règle générale prononcer une mesure provisoire sous la forme de sentence ou d'ordonnance. Si ladite mesure se présente sous la forme de sentence, elle sera assortie de l'exécution provisoire. Toutefois, selon la qualification de sentence ou d'ordonnance, la solution ne sera pas la même.

Si la mesure provisoire est rendue sous la forme d'une ordonnance, il est probable que le juge de l'*exequatur* n'accorde pas l'*exequatur* à la décision. Si la mesure est rendue au

¹⁹⁷³ *Supra* : n° 829.

¹⁹⁷⁴ En ce sens v. : É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE. – Sentence... », préc., n° 44.

¹⁹⁷⁵ *Supra* : n° 800.

contraire sous la forme d'une sentence, l'*exequatur* sera accordé plus facilement. Ainsi, si l'arbitre est audacieux, il n'hésitera pas à requalifier une ordonnance en sentence ou simplement à menacer l'adversaire de cette requalification. En effet, il s'agit ici d'une technique préventive de menace pour faire comprendre à l'adversaire qu'en cas d'inexécution volontaire il risque à terme de subir une exécution forcée. Ainsi, si l'adversaire prend en compte le fait que la mesure rendue est susceptible de l'exécution forcée, il exécutera probablement la mesure provisoire ordonnée de manière spontanée.

944. Expérience. Par ailleurs, l'arbitre français a également le pouvoir d'utiliser la menace d'astreinte pour convaincre la partie résistante d'exécuter spontanément la mesure provisoire. Comme dans l'hypothèse précédente, il ne s'agit pas pour l'arbitre ici de réellement prononcer sa mesure provisoire sous astreinte, il s'agit plutôt pour lui de menacer la partie éventuellement récalcitrante de prononcer une astreinte puisqu'il a le pouvoir de le faire. En effet, l'arbitre peut toujours prononcer ses sentences et ses ordonnances sous astreintes. L'expérience du juge privé en matière d'arbitrage l'amènera ainsi probablement à savoir s'il est pertinent, en fonction notamment du litige et de la personnalité des parties, de rendre ses mesures sous astreintes ou sans astreinte, et dans ce dernier cas d'évaluer si la menace d'une astreinte est nécessaire. Si la partie a bien conscience de la gravité du risque de devoir subir l'astreinte lors de l'exécution des sentences définitives, elle abandonnera logiquement toute résistance.

945. En droit koweïtien, la solution est différente du droit français car l'ordonnance octroyant une mesure provisoire rendue par l'arbitre koweïtien est susceptible de recevoir l'*exequatur*¹⁹⁷⁶, comme nous l'avons déjà évoqué¹⁹⁷⁷. Ainsi, le seul rappel à l'adversaire que la mesure rendue sera au final exécutée par la force publique le conduira probablement à l'exécution spontanée et ce, même avant le recours au juge. L'expérience de l'arbitre aura en l'espèce plutôt vocation à démontrer son importance lorsque que l'arbitre assortira ses mesures provisoires et/ou conservatoires de l'exécution provisoire, comme il sera expliqué ultérieurement¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁷⁶ M. ALENZI, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit...op. cit.*, p.467 s.

¹⁹⁷⁷ *Supra* : n° 733.

¹⁹⁷⁸ *Infra* : n° 1041.

946. En général et que ce soit en France ou au Koweït, si la personnalité de l'arbitre ne suffit pas à influencer les parties ou les influence mais de manière négative, ou bien si les parties à l'arbitrage n'ont pas pris en compte cette dimension personnelle lorsqu'elles ont choisi de recourir à l'arbitrage, il peut arriver que les parties n'exécutent pas de manière volontaire les décisions rendues dans le cadre de l'arbitrage. Dans ce cas, la pression du milieu professionnel de la justice arbitrale et le caractère obligatoire de la convention d'arbitrage peuvent tout de même conduire à une exécution volontaire des décisions arbitrales, ce qui démontre que la force publique du juge n'est pas toujours la solution pour faire exécuter ces décisions.

B : Les manifestations liées à la convention d'arbitrage et à la conception de milieu professionnel de la justice arbitrale

947. Parallèlement à la question de la personnalité de l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, le concept de milieu professionnel de la justice arbitrale a vocation à jouer un rôle dans la volonté des parties d'exécuter volontairement les mesures arbitrales (1). De plus, le caractère contraignant de la convention d'arbitrage (2), peut également conduire à faire pression sur la partie résistante pour qu'elle exécute les mesures provisoires et/ou conservatoires sans qu'il n'y ait besoin que ces mesures reçoivent l'*exequatur*.

1 : La pression du milieu professionnel de la justice arbitrale

948. En droits français et koweïtien, la personnalité de l'arbitre n'est pas la seule manifestation aboutissant à l'exécution spontanée des mesures provisoires et/ou conservatoires en l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre. En matière d'arbitrage, le milieu professionnel de la justice arbitrale permet de faire pression sur une partie éventuellement récalcitrante à l'exécution des mesures provisoires prononcées par les arbitres français ou koweïtien. Les décisions des arbitres (sentences ou ordonnances) seront spontanément respectées et exécutées par les parties à l'arbitrage puisqu'elles auront l'impression qu'il s'agit d'une vraie justice comme la justice étatique.

949. Signification de « milieu professionnel de la justice arbitrale ». Que ce soit devant le juge ou l'arbitre, que ceux-ci soient français ou koweïtiens, « la pression qu'exerce le milieu professionnel »¹⁹⁷⁹ relatif à la justice, englobe toutes les activités ayant lieu dans n'importe quel milieu relatif à la justice, c'est-à-dire que les parties se retrouvent devant un tribunal étatique ou bien devant un tribunal arbitral. En effet, les arbitres français ou koweïtiens tranchent le litige au même titre que le juge étatique, à la seule différence qu'ils sont des juges privés. Ils ont également la prérogative de rendre des mesures provisoires et/ou conservatoires et l'arbitre français peut même prononcer ses décisions sous astreintes. De surcroît, les arbitres peuvent entendre un témoignage et rendre une ou des sentences définitives. En France et au Koweït, tous ces actes qui peuvent être réalisés par l'arbitre donnent aux litigants l'impression qu'ils sont devant une vraie justice entendue comme la justice de l'État. Ainsi, les parties à l'arbitrage respectent spontanément les décisions rendues au fond ou même en référé par l'arbitre sans forcément qu'il n'y ait besoin de l'intervention du juge étatique français ou koweïtien.

950. À cet égard, la doctrine koweïtienne est silencieuse concernant la pression éventuellement exercée sur les parties par le milieu professionnel de la justice arbitrale. Cependant, la doctrine française affirme que la pression opérée par le milieu professionnel de la justice arbitrale implique le respect des décisions arbitrales, ce qui est constaté dès l'époque romaine. En l'espèce, Joseph DECLAREUIL pense que « dans la plupart des cas le serment qu'il [l'arbitre] faisait prêter aux parties, les gages qu'il les invitait à déposer et l'opinion publique suffisaient pour les contraindre à respecter les sentences. [...] Une puissance publique n'a besoin d'intervenir pour que la justice [arbitrale] se réalise parmi les hommes »¹⁹⁸⁰.

951. De la même manière, le professeur Thomas CLAY affirme qu'« il est certain que le milieu professionnel est susceptible de faire pression sur la partie condamnée pour qu'elle exécute la sentence. Dans l'arbitrage corporatif notamment, le refus d'exécuter une sentence peut donner lieu à différentes mesures tacites ou expresses à l'égard du récalcitrant, allant d'une simple suspicion préventive jusqu'au véritable boycott »¹⁹⁸¹.

¹⁹⁷⁹ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit, p.102.

¹⁹⁸⁰ J. DECLAREUIL, *La justice dans les coutumes primitives*, Hachette Livre BNF, 1889, p.168.

¹⁹⁸¹ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit, p.102.

952. Statut de l'arbitre et du juge. Les décisions arbitrales, y compris les mesures provisoires et/ou conservatoires, sont de plus en plus remarquées en France ou au Koweït, et assimilées aux décisions rendues par le juge étatique. Par exemple, les arbitres français peuvent, depuis le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011, prononcer leurs décisions sous astreintes comme le juge étatique. De même, les arbitres koweïtiens ont, depuis le décret numéro 38 de 1980, le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires comme le juge de l'État. Ainsi, le statut des arbitres est aujourd'hui et dans les deux États assimilé au statut du juge étatique en tant que justice arbitrale qui tranche le fond et octroie des mesures provisoires et/ou conservatoires. Comme le dit le professeur Thomas CLAY, « au rebours de l'identité statutaire entre l'arbitre et le juge, il n'y a qu'une analogie entre leurs fonctions, qui s'explique par la force qualifiante de la fonction du juge avec ses spécificités inhérentes. La polymorphie du statut de juge englobe le statut de l'arbitre »¹⁹⁸². Par ailleurs, pour affirmer cette ressemblance, François de MENTHON pense que la sentence arbitrale « n'a pas la force exécutoire d'une sentence judiciaire. Mais on comprend que, peu à peu, cette différence tende pratiquement à s'effacer, la société assurant l'exécution des sentences arbitrales »¹⁹⁸³.

953. Par conséquent, nous pouvons poser une question logique liée à l'idée de ce milieu professionnel de la justice arbitrale : si les décisions arbitrales ne sont théoriquement pas exécutoires avant le recours au juge étatique, pourquoi alors les parties s'engagent en pratique à soumettre leurs litiges à l'arbitrage ? On pourrait d'apparence penser qu'elles auraient plutôt intérêt à saisir immédiatement le juge sans perdre le temps entre le prononcé d'une mesure provisoire et l'obtention de la formule exécutoire. Cependant, ce raccourci ne doit pas être fait puisque grâce à l'impact que le milieu professionnel de la justice arbitrale produit sur les parties, « l'arbitrage a donc un effet contraignant analogue à celui d'un jugement »¹⁹⁸⁴.

2 : Le caractère contraignant de la convention d'arbitrage

¹⁹⁸² *Ibidem*.

¹⁹⁸³ F. de MENTHON, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Thèse, Paris, 1926, p.11.

¹⁹⁸⁴ Ch. LEFEBVRE, J.-F. PILLEBOUT, *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, « MÉDIATION NOTARIALE. – Centres de médiation notariaux », 2017, n° 14.

954. En droits français et koweïtien, le caractère obligatoire et contraignant de la convention d'arbitrage aboutit à convaincre la partie éventuellement résistante à exécuter spontanément ses obligations.

955. Effets de la convention d'arbitrage et *Mutuus dissensus*. En droits français et koweïtien, lorsqu'une convention d'arbitrage a été valablement conclue par un commun accord des parties, ces dernières seront généralement obligées de la respecter. En effet, c'est l'un des effets positifs de la conclusion d'une convention d'arbitrage que nous avons déjà expliqué¹⁹⁸⁵. En général et peu importe la nature de la force obligatoire d'une convention d'arbitrage ou la liberté des parties d'y renoncer, la doctrine en France comme au Koweït affirme toujours que les parties à l'arbitrage doivent respecter cet effet lié à la conclusion de leur convention.

956. Toutefois, il a été jugé en 1959 en France que « même si les règles régissant la compétence d'attribution des tribunaux ont un caractère absolu, les parties peuvent toujours d'un commun accord renoncer à la clause compromissoire »¹⁹⁸⁶. Cela a également été affirmé par la doctrine koweïtienne¹⁹⁸⁷ malgré le silence de la jurisprudence au Koweït sur ce point. En l'espèce, il est vrai que les parties à l'arbitrage peuvent toujours d'un commun accord renoncer à la clause compromissoire. Il en est de même, dans les deux États, lorsqu'une partie renonce implicitement à la convention en saisissant le juge et que l'adversaire ne conteste pas cette renonciation¹⁹⁸⁸. En effet, il n'existe pas dans ces hypothèses de difficultés particulières. Cependant, la solution est différente lorsqu'une partie renonce unilatéralement à la convention d'arbitrage ou lorsqu'elle refuse spontanément d'exécuter les décisions rendues par l'arbitre, y compris les mesures provisoires et/ou conservatoires.

957. La renonciation unilatérale à la convention d'arbitrage et la résistance de la partie. S'agissant de la renonciation unilatérale à la convention d'arbitrage par l'une des parties, la saisine du juge du fond ou du juge de référé malgré l'existence de la convention d'arbitrage sera gouvernée dans les deux États par les règles relatives à la compétence

¹⁹⁸⁵ *Supra* : n° 261.

¹⁹⁸⁶ Arrêt cité par : L. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage », préc., n° 122.

¹⁹⁸⁷ Le législateur et la jurisprudence koweïtiens n'organisent pas les clauses compromissoires. Alors que la doctrine koweïtienne affirme que, comme les parties ont le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage, elles ont également le pouvoir d'y renoncer. En ce sens : M. ALENZI, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.142 s.

¹⁹⁸⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 15 juin 1975, *Rev. arb.*, 1976, 189, note É. LOQUIN. ; M. ALENZI, préc.

matérielle, comme il a déjà été démontré¹⁹⁸⁹. Après la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, disposera ainsi « en règle générale » d'une compétence exclusive au fond et en référé, et ce conformément aux règles de compétence matérielle, peu importe donc que la partie ait renoncé unilatéralement à la convention d'arbitrale. Aucune difficulté, donc, dans cette première hypothèse. Cependant, la situation est différente en cas de résistance de la partie adverse dans l'arbitrage à exécuter la mesure provisoire. Dans cette seconde hypothèse, il existe deux solutions : soit la solution tendant à l'octroi de dommages-intérêts, soit l'« exécution en nature »¹⁹⁹⁰.

958. Par exemple, si l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, prononce une mesure provisoire et/ou conservatoire à la demande de l'une des parties, mais que l'adversaire n'accepte pas de l'exécuter de manière spontanée ou qu'il perturbe son exécution, la partie requérante peut soit demander des dommages-intérêts, soit saisir le juge étatique¹⁹⁹¹.

959. En droit koweïtien, la doctrine ne s'attarde que sur les questions relatives à la seconde solution selon laquelle la partie doit saisir le juge étatique puisque lesdites mesures sont susceptibles de recevoir l'*exequatur*¹⁹⁹². Cependant, alors que nous tentons ici de démontrer l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires **sans le recours au juge étatique**, il est nécessaire de préciser que lesdites mesures ne sont pas susceptibles de recevoir l'*exequatur* en matière d'arbitrage français et donc la saisine du juge en la matière serait impossible sauf au moment où la sentence définitive est rendue. Ainsi, la doctrine en France affirme que la résistance de l'une des parties à l'arbitrage à la décision rendue par l'arbitre peut trouver une issue par le caractère quasi-contractuel, obligatoire et contraignant de la convention d'arbitrage.

960. Caractère contraignant de la convention d'arbitrage. En France, le professeur Jean-Baptiste RACINE estime que « la convention d'arbitrage, par sa nature contractuelle, présente donc un caractère contraignant. Il y a lieu d'appliquer ici le principe de base de la force obligatoire du contrat. Certes, le caractère obligationnel de la convention d'arbitrage a pu être

¹⁹⁸⁹ *Supra* : n° 270 s.

¹⁹⁹⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.220.

¹⁹⁹¹ Il faut noter que la saisine du juge étatique en France est en principe avec la sentence définitive pour l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires. Cependant, la saisine du juge étatique koweïtien sera immédiate, c'est-à-dire au moment de prononcé des mesures provisoires et/ou conservatoires sans attendre la sentence définitive. En ce sens : *supra* n° 800.

¹⁹⁹² M. ALENZI, préc.

contesté [(comme nous avons déjà vu)¹⁹⁹³]. Pour autant, il nous semble que l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage découle bien de sa nature contractuelle. Si l'une des parties peut contraindre l'autre partie à porter le litige devant un arbitre, c'est parce que toutes deux ont consenti à la convention d'arbitrage »¹⁹⁹⁴. Par ailleurs, la professeure Marie-Claire RIVIER pense également qu' « à l'heure où certains déplorent la multiplication des atteintes à la force obligatoire du contrat, mise à mal pour des droits spéciaux, tel que le droit de la consommation, ou par une jurisprudence jugée trop bienveillante pour des débiteurs malheureux, le droit de l'arbitrage donne à voir au contraire la puissance du contrat, auquel le juge étatique prête, s'il le faut, main forte »¹⁹⁹⁵. Ainsi, si la convention d'arbitrage peut bénéficier par sa nature contractuelle du principe de la force obligatoire du contrat, sa violation par l'une des parties peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts.

961. Concernant la demande de dommages-intérêts en tant que conséquence de l'inexécution spontanée des décisions arbitrales, certains auteurs retiennent que l'évaluation du préjudice peut être difficile dans le cadre d'une convention d'arbitrage lorsqu'une partie refuse d'exécuter les décisions rendues par l'arbitre¹⁹⁹⁶. Cependant, selon le professeur Éric SANDER, « en vertu de l'article 1134 du Code civil, la clause compromissoire qui participe de la notion de convention revêt un caractère obligatoire contraignant ainsi les parties à recourir à l'arbitrage, la violation de cette obligation de faire pouvant donner lieu à des dommages-intérêts »¹⁹⁹⁷. Le professeur Charles JARROSSON affirme également que « l'arbitrage étant le résultat d'une convention, les parties se sont mises d'accord par avance pour se soumettre à la solution que l'arbitre apporterait au litige. L'exécution spontanée de la sentence n'est donc qu'un effet de la force obligatoire de la convention d'arbitrage »¹⁹⁹⁸.

962. Par conséquent, en droits français et koweïtien, et peu importe que le préjudice puisse être évalué par l'arbitre ou le juge, nous pensons que la nature quasi-contractuelle de la

¹⁹⁹³ *Supra* : n° 263.

¹⁹⁹⁴ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.220.

¹⁹⁹⁵ M.-C. RIVIER, in L. CADĪET, (dir), *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2014, p.57.

¹⁹⁹⁶ « Dès lors que les juges étatiques d'un État quelconque ont retenu leur compétence pour trancher le fond du litige, toute appréciation du préjudice en termes de réparation par équivalent passerait par une impossible – et indécente – comparaison entre les mérites respectifs de la justice arbitrale et de la justice étatique. Il n'est donc guère possible d'attacher une valeur monétaire au fait de ne pas avoir été en mesure de faire trancher un litige par des arbitres, dès lors qu'un déni de justice pur et simple n'en est pas résulté ». En ce sens : Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p.398. ; En ce sens v. aussi : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.220.

¹⁹⁹⁷ É. SANDER, *J. Cl. Alsace-Moselle*, Fasc. 635, « ARBITRAGE. – Droit interne. Clause compromissoire », 2011, n° 15.

¹⁹⁹⁸ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 125.

convention d'arbitrage présente un caractère quasi-obligatoire et contraignant pour menacer l'adversaire à exécuter les mesures provisoires sans aucune perturbation. Si le professeur RACINE affirme que l'une des parties peut contraindre l'autre à porter le litige devant un arbitre, parce que l'ensemble des parties est censé avoir consenti à la convention d'arbitrage, nous pensons que la partie requérante de la mesure provisoire peut également contraindre son adversaire à l'exécution, par la menace de dommages-intérêts. Ladite exécution de la partie s'obstinant à refuser l'exécution ou à la retarder peut-être favorisée par l'usage de cette technique de la menace de dommages-intérêts sans qu'il n'y ait besoin de recourir au final au juge étatique.

963. Conclusion du Chapitre I. En droits français et koweïtien, l'idée d'*imperium* a une importance substantielle, comme dans n'importe quelle justice, notamment en matière d'exécution. En effet, l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires semble a priori nécessiter l'intervention de l'*imperium*. En matière judiciaire, les juges étatiques français et koweïtiens bénéficient de toutes les prérogatives relevant de l'*imperium*. Leurs décisions provisoires seront donc immédiatement exécutées. Cependant, en matière d'arbitrage, les arbitres des deux États sont privés de certaines des prérogatives relatives à l'*imperium*. C'est pourquoi leurs décisions provisoires risquent de ne pas être exécutées, sauf en cas d'exécution spontanée ou dans l'hypothèse d'une saisine du juge étatique (avec la sentence en France et sans la sentence au Koweït).

Or, il existe devant les arbitres français et koweïtiens plusieurs solutions pour surmonter l'absence d'*imperium* de l'arbitre et donc pour faire exécuter les décisions arbitrales sans qu'il n'y ait besoin de recourir au juge étatique. En effet, au regard de l'analyse détaillée des composantes de l'*imperium*, nous pouvons dire que l'arbitre a en réalité un quasi-*imperium*. Ainsi, l'arbitre français bénéficie d'une prérogative relevant de l'*imperium mixtum* : c'est bien évidemment le pouvoir de prononcer ses mesures provisoires et/ou conservatoires sous astreinte. Par l'astreinte, l'arbitre exerce une pression sur les parties à l'arbitrage pour les forcer à l'exécution spontanée.

Par ailleurs, si la mise en œuvre d'un *imperium*, même différent de celui du juge, semble importante pour l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, il n'est pas toujours indispensable pour l'exécution desdites mesures. Il existe en effet plusieurs manières de convaincre les parties à l'arbitrage d'exécuter les mesures sans intervention de l'*imperium*.

Par conséquent, on ne peut se contenter d'affirmer que l'arbitre n'a pas d'*imperium* pour faire exécuter les mesures provisoires et/ou conservatoires, il faut prendre plutôt en considération que l'arbitre a à sa disposition un quasi-*imperium* assorti de différents outils qui lui permettent tout de même de faire exécuter ses mesures qui sont ainsi assortie d'une réelle efficacité.

Chapitre II : L'exécution forcée des sentences arbitrales

964. En droits français et koweïtien, l'idée d'*imperium merum* est importante en matière d'exécution des décisions provisoires devant le juge étatique et l'arbitre. Or, malgré la quasi-absence d'*imperium* devant les arbitres des deux États, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent surmonter ces difficultés par l'emploi de certaines techniques exposées dans les développements précédents. Néanmoins, si les dites techniques ne permettent au final en pratiques de surmonter les difficultés conséquentes du défaut d'*imperium* de l'arbitre, l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires risque de se caractériser au détriment des parties (**Section 1**). Ainsi, l'intervention des juges étatiques par leur *imperium merum* est dans cette hypothèse nécessaire (**Section 2**).

Section 1 : Les effets du défaut d'*imperium* de l'arbitre constituant un handicap pour l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales

965. En matière d'arbitrages français et koweïtien, les effets du défaut d'*imperium* de l'arbitre impliquent l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par les arbitres. Ainsi, cette inefficacité a des effets tant pour les parties à l'arbitrage (§ 1) que pour les tiers (§ 2).

§ 1 : L'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales pour les parties à l'arbitrage

966. Notion de parties à l'arbitrage. En droits français et koweïtien, la convention d'arbitrage est une application du principe de l'effet relatif des conventions¹⁹⁹⁹. En effet, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions prévu aux articles 1199 du C. Civ. F. et 201 du C. Civ. K.²⁰⁰⁰, la convention d'arbitrage ne lie que les parties qui l'ont conclue²⁰⁰¹. Ainsi,

¹⁹⁹⁹ H. CROZE, *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 30, « ARBITRAGE. – Arbitrage international », 2018, n° 28. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.141 s.

²⁰⁰⁰ L'art. 201 du C. Civ. K. prévoit que « les effets du contrat sont transmis aux contractants ou à leur héritiers général ».

²⁰⁰¹ S. AKHOUD, *La notion de partie dans l'arbitrage*, Thèse, Université de Versailles Saint-Quentin, 2012. ; Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 38 s.

comme il sera ultérieurement détaillé²⁰⁰², cette convention n'est en règle générale opposable qu'à aux « signataires initiaux »²⁰⁰³.

967. Inefficacité des mesures urgentes différente dans chaque État. En matière de référé arbitral, que l'on soit en France ou au Koweït, si l'une des parties résiste encore et malgré les tentatives de l'arbitre à l'exécution des mesures prononcées, la seule solution est le recours au juge étatique pour demander son assistance caractérisée par la formule exécutoire. Toutefois, ce recours n'est pas toujours possible en matière de référé arbitral français ou koweïtien pour plusieurs raisons. Les difficultés liées à l'absence d'*imperium* des arbitres sont différentes selon chaque État, car il existe des prérogatives variées et des pouvoirs affectés à l'arbitre différents en fonction du système arbitral dans lequel on se situe. Par exemple, l'arbitre français peut prononcer ses mesures urgentes sous astreintes pour assurer l'exécution, alors que l'arbitre koweïtien ne le peut pas. Cependant, même avec le prononcé d'astreinte par l'arbitre français, l'inexécution peut persister car l'astreinte est un moyen de pression et non pas d'exécution. Dans cette hypothèse, les effets de l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre peuvent rendre les mesures provisoires et/ou conservatoires inefficaces en cas de résistance de la partie adverse, et ce malgré le prononcé d'astreintes et en l'absence de possibilité de recourir au juge étatique en France. Dans cette hypothèse, les parties à l'arbitrage se retrouveront donc bloquées, et donc handicapées, du fait de l'absence d'*imperium* de l'arbitre français et de l'impossibilité de recourir au juge étatique. Au Koweït, la situation est différente car même si l'arbitre ne peut pas prononcer d'astreinte comme l'arbitre français, les parties peuvent tout de même saisir le juge de l'État pour demander l'exécution d'une mesure qui ne serait pas exécutée par l'adversaire, alors que cette possibilité n'est pas ouverte en France.

968. À cet égard, lorsque la partie à l'arbitrage obtient sa mesure provisoire et/ou conservatoire, et lorsque l'arbitre essaye de remplir le vide lié au défaut d'*imperium merum* pour en assurer l'exécution, une question substantielle peut se poser : lesdites mesures rendues par l'arbitres peuvent-elles être efficaces sans l'intervention du juge étatique ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer le système arbitral français du système arbitral koweïtien.

²⁰⁰² *Infra* : n° 999.

²⁰⁰³ H. CROZE, Fasc. 30, « ARBITRAGE. – Arbitrage international », préc., n° 28.

969. En matière de référé arbitral français, les mesures provisoires et/ou conservatoires peuvent s'avérer totalement inefficaces et ce, malgré le pouvoir de prononcer des astreintes (A). Cependant, en droit koweïtien, lesdites mesures bénéficient d'une efficacité, même partielle, nonobstant l'absence de pouvoir de prononcer des astreintes, grâce à l'ouverture de la possibilité pour les parties de saisir le juge étatique (B).

A : L'inefficacité totale des mesures provisoires malgré l'astreinte en droit français

970. En droit français, le prononcé des astreintes, les considérations relatives à la personnalité de l'arbitre, le concept de milieu professionnel de la justice arbitrale ou encore le caractère obligatoire et contraignant de la convention d'arbitrage ne constituent certes pas des moyens d'exécution, mais sont tout de même de véritables moyens de pression pour favoriser l'exécution des mesures prononcées par l'arbitre, comme nous l'avons déjà expliqué²⁰⁰⁴. Cependant, malgré la mise en œuvre de ces moyens de pression, il existe encore une possibilité que l'une des parties à l'arbitrage n'exécute pas les mesures provisoires et/ou conservatoires prononcées par l'arbitre. En effet, la difficulté relative au défaut d'*imperium* de l'arbitre peut malgré tout perdurer. Dans cette hypothèse, la partie victime n'a donc plus que le choix de recourir à la solution de l'*imperium merum* qui reste en tout état de cause entre les mains du juge étatique²⁰⁰⁵. Or, il arrive que même le recours au juge étatique soit impossible, soit à cause de la forme des mesures (1), soit à cause des règles de compétence (2). Par conséquent, lesdites mesures risquent de s'avérer totalement inefficaces et la protection provisoire ne pourra pas être caractérisée sauf dans des hypothèses rares.

1 : L'absence d'*imperium* : l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires à cause de leur forme

971. En droit français, si les mesures provisoires et/ou conservatoires sont rendues sous la forme d'une ordonnance et qu'une partie à l'arbitrage résiste à l'exécution de ces mesures malgré les moyens de pression mis en œuvre par l'arbitre, il existe alors un risque d'inefficacité

²⁰⁰⁴ *Supra* : n° 894.

²⁰⁰⁵ V. EGÉA, « La jurisdictio de l'arbitre... », préc. ; Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *op. cit.*, p.245 s.

totale de la protection provisoire de la mesure arbitrale. En l'absence d'*imperium merum* au profit de l'arbitre français, lesdites mesures perdent de leur sens et risquent de ne pas présenter de grand intérêt.

972. Sentence ou ordonnance. En droit français, même si la mission arbitrale s'est parfaitement déroulée, la probabilité que les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre ne soient pas exécutées existe toujours en l'absence d'exécution spontanée de la partie adverse et à cause de l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre. En effet, même si l'arbitre tente d'assurer lesdites mesures par tous les moyens de pressions, y compris le prononcé des astreintes, la résistance d'une partie peut en pratique persévérer. Dans cette hypothèse, la solution concernant les sentences définitives est différente de la solution qui concerne les ordonnances provisoires rendues par l'arbitre.

973. La sentence définitive sous astreinte. S'agissant des sentences définitives rendues sous astreinte par l'arbitre français, leur exécution ne posera normalement aucune difficulté. À cet égard, l'article 1487 du CPCF prévoit que « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'*exequatur* émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel cette sentence a été rendue ». En effet, même en cas d'échec de l'exécution spontanée, la sentence est en tout état de cause assortie d'une exécution provisoire et peut recevoir l'*exequatur* qui conduit donc à l'exécution forcée. Toutefois, il faut noter que ladite astreinte ne sera exécutée qu'avec la réception par l'*exequatur* de la sentence, car elle est un moyen de pression et non pas d'exécution, comme nous l'avons déjà expliqué²⁰⁰⁶. Cela a été affirmé par la jurisprudence française²⁰⁰⁷. En l'espèce, le professeur Yvon DESDEVISES estime qu'« il est acquis que les arbitres peuvent assortir leur sentence d'une astreinte pour en assurer l'exécution ; mais, fort logiquement, elle ne deviendra exécutoire qu'après obtention d'une ordonnance d'*exequatur* »²⁰⁰⁸. Par conséquent, en cas d'échec de l'exécution volontaire et en l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre, il existe deux moments à distinguer qui permettent de déterminer l'intérêt de la sentence sous l'astreinte. Avant la réception de l'*exequatur*, la résistance de la partie adverse combiné avec le défaut d'*imperium* de l'arbitre peut conduire à limiter l'intérêt de l'astreinte. Cependant, après l'*exequatur*, la sentence et son astreinte permettent de vaincre cette résistance.

²⁰⁰⁶ *Supra* : n° 924. ; Enc e sens v. aussi : N. GERBAY, *Synt.*, « Décision judiciaire », préc., n° 4.

²⁰⁰⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 20 octobre 1959, JCP G, 1960, II, 11449, note P. MAZEAUD.

²⁰⁰⁸ Y. DESDEVISES, Fasc. 220, « ASTREINTES... », préc., n° 48.

974. La mesure provisoire et/ou conservatoire sous astreinte. En matière de référé arbitral, l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires présente plus de complexité que l'exécution des sentences définitives. Lorsque les mesures provisoires sont rendues sous la forme d'une sentence, elles peuvent être assorties de l'exécution provisoire et recevoir l'*exequatur* à la demande des parties. Cependant, les mesures provisoires et/ou conservatoires de l'arbitre sont rendues « en principe » sous la forme d'ordonnances, comme nous l'avons déjà démontré²⁰⁰⁹. Or, les ordonnances ne sont pas susceptibles en France de recevoir l'*exequatur* qui permet l'exécution forcée. Ainsi, cela nous amène à constater une difficulté concernant l'exécution de l'ordonnance et son astreinte. En effet, l'ordonnance octroyant la mesure provisoire ne peut pas être assortie de l'exécution provisoire contrairement à la sentence²⁰¹⁰. Pour que l'ordonnance et son astreinte soient donc exécutées, elles doivent attendre ainsi soit l'exécution spontanée, soit l'exécution avec la sentence définitive.

À cet égard, le professeur Éric LOQUIN affirme que « les décisions contenant des seules mesures provisoires ne constituant pas des sentences, la liquidation de l'astreinte ne pourra intervenir que dans la sentence définitive. L'arbitre peut calculer le montant définitif de l'astreinte dans la sentence qu'il rend sur le fond du litige. La force exécutoire donnée à la sentence par l'*exequatur* permettra son exécution forcée »²⁰¹¹. Par ailleurs, le professeur Fabrice GRÉAU estime également que « l'astreinte ne peut pas commencer à courir avant la décision d'*exequatur* »²⁰¹² qui ne peut être rendue concernant une simple ordonnance. De même, monsieur Andrea CARLEVARIS pense que « les pouvoirs des arbitres d'ordonner des astreintes ont été également reconnus par plusieurs auteurs ainsi que par la jurisprudence. Dans ce cas, l'astreinte ne prendra effet qu'à partir de la date de la décision d'*exequatur* »²⁰¹³.

975. Par conséquent, la conséquence du défaut d'*imperium* de l'arbitre réside principalement dans l'hypothèse dans laquelle l'arbitre prononce des mesures provisoires et/ou conservatoires sous astreintes, mais à cause de l'échec de l'exécution spontanée et de la forme de ces mesures qui empêchent de recevoir l'*exequatur*, ces mesures s'avèrent complètement

²⁰⁰⁹ *Supra* : n° 812.

²⁰¹⁰ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 78 s. ; En ce sens v. aussi : *Infra* :

²⁰¹¹ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 36. ; En ce sens : CA Rennes, 26 septembre 1984, *Rev. arb.* 1986, p.441, note P. ANCEL.

²⁰¹² F. GRÉAU, Fasc. 224-20, « RÉGIME DE LA RÉPARATION... », préc., n° 83. En ce sens : D. DHEKROUN, *L'imperium de l'arbitre*, thèse, Paris 1, 2008, p.168 s.

²⁰¹³ A. CARLEVARIS, préc.

inefficaces. Dans cette hypothèse, l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre a donc un effet à l'égard des parties à l'arbitrage malgré son pouvoir de prononcer des astreintes. Selon nous, la protection provisoire ne doit pas seulement être réellement obtenue dans le cadre de prononcé de la mesure provisoire, elle devrait également être obtenue dans le cadre de l'exécution de cette mesure afin de bénéficier d'une certaine rapidité.

976. Il est vrai que de manière générale l'arbitre peut prononcer les mesures provisoires et/ou conservatoires et leurs astreintes sous la forme de sentences²⁰¹⁴. Toutefois, même avec cette technique de qualification, il existe deux hypothèses négatives démontrant l'effet du défaut d'*imperium* de l'arbitre sur l'efficacité des mesures provisoires. Si lesdites mesures et leurs astreintes sont rendues sous forme d'ordonnances, elles ne seront assorties de l'exécution provisoire qu'avec la sentence définitive, comme il sera expliqué ultérieurement²⁰¹⁵. En revanche, si elles sont prises sous la forme de sentence, cela remet en exergue la question délicate relative à l'incertitude quant à cette possibilité de modifier leur forme.

Ainsi, le risque de cette incertitude est que les mesures découlant des sentences se heurtent au prononcé de la nullité par le juge de l'annulation, ou bien qu'elles ne reçoivent pas d'*exequatur* du fait de leur forme erronée.

Par conséquent, le défaut d'*imperium merum* de l'arbitre peut être la raison substantielle de l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires.

977. L'absence d'*imperium merum* de l'arbitre peut également rendre les mesures provisoires et/ou conservatoires inefficaces lorsque l'arbitre empêche l'intervention, l'assistance du juge d'appui.

2 : L'absence d'*imperium* : l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires à cause des règles de compétence exclusive

978. À l'égard des parties à l'arbitrage, l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires peut être remarquée à cause du défaut d'*imperium merum* de l'arbitre, et

²⁰¹⁴ « Il existe en droit français une relative incertitude sur la possibilité de rendre sous la forme de sentence des mesures provisoires ou conservatoires ». En ce sens : A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 78 s.

²⁰¹⁵ *Infra* : n° 1036.

notamment lorsque les parties sont confrontées à un conflit relatif aux règles de compétence entre le tribunal arbitral et le juge judiciaire. Si lesdites mesures sont inefficaces du fait de l'absence d'*imperium* de l'arbitre, la compétence de cet arbitre empêche également l'intervention soit du juge d'appui qui apportera son assistance pour la mise en œuvre de leur exécution, soit du juge des référés pour obtenir une autre mesure urgente.

979. Compétence exclusive du tribunal arbitral. En droit français, l'article 1449 du CPCF prévoit que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage ». En raison de cette disposition, la convention d'arbitrage constitue donc un obstacle à la compétence du juge des référés après la constitution du tribunal arbitral, comme il a déjà été expliqué²⁰¹⁶.

980. Le défaut d'*imperium* de l'arbitre et l'inefficacité des mesures provisoires après la constitution du tribunal arbitral. Après la constitution du tribunal arbitral, si nous associons les règles de la compétence exclusive avec le défaut d'*imperium merum* de l'arbitre, deux hypothèses affectant l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires apparaissent.

981. Dans la première hypothèse, il s'agit de la situation dans laquelle le tribunal arbitral a déjà été saisi et que la mesure provisoire n'a pas encore été prononcée par l'arbitre. Dans cette hypothèse, une partie pourrait, avant que toute mesure provisoire n'ait été prononcée, être finalement réticente à l'arbitrage et redouter les difficultés d'exécution à venir à cause du défaut d'*imperium* de l'arbitre, et ce, même si celui pourrait assortir sa décision d'une astreinte afin de renforcer l'efficacité de la décision. Si cette partie préfère directement saisir le juge étatique, il convient de préciser qu'elle ne pourra pas encore saisir le juge des référés à cause de la

²⁰¹⁶ *Supra* : les conditions spécifiques de la compétence du juge des référés en présence de la convention d'arbitrage.

compétence exclusive du tribunal arbitral, sauf dans des cas précis²⁰¹⁷. Par exemple, il existe en France deux conditions en vertu desquelles les parties pourront bénéficier de l'obtention d'un référé-provision par le juge en cas d'existence d'une convention d'arbitrage : l'existence d'un cas d'urgence et l'absence de constitution du tribunal arbitral²⁰¹⁸. Dès lors que le tribunal arbitral est constitué, il n'y a donc plus que celui-ci qui peut rendre le référé-provision. Si la partie adverse n'exécute pas ses obligations, la partie victime doit donc malgré l'urgence attendre la sentence définitive pour obtenir l'exécution des mesures arbitrales²⁰¹⁹. Selon nous, l'attente de l'une des parties pour exécuter une mesure provisoire ou conservatoire par l'obtention de l'*exequatur* avec la sentence définitive est difficile en matière de référé (que ce soit un référé arbitral ou judiciaire). Ainsi, l'absence d'*imperium merum* de l'arbitre est ici problématique.

982. Dans la seconde hypothèse, si la mesure provisoire a déjà été prononcée par l'arbitre, la partie adverse peut également résister et ce, malgré l'astreinte et à cause de l'absence d'*imperium* de cet arbitre.

Dans cette hypothèse, la mission arbitrale n'est pas terminée avec le prononcé d'une telle mesure mais elle se termine généralement avec le traitement définitif du litige²⁰²⁰. Comme l'affirment certains auteurs, « l'instance naît dès lors que tous les arbitres ont accepté leur mission ; elle s'achève en principe au moment où la sentence est rendue. L'instance arbitrale s'éteint également si un délai a été stipulé et qu'il est échu alors que la sentence n'a pas été rendue »²⁰²¹. Si le tribunal arbitral est encore constitué, la partie requérante de la mesure provisoire ne pourra donc pas saisir le juge des référés pour obtenir une autre mesure provisoire, du fait de la compétence exclusive du tribunal arbitral. En l'espèce, dès lors qu'une mesure provisoire a été rendue sous la forme d'une ordonnance par l'arbitre il ne s'agit pas d'une sentence arbitrale ayant autorité de la chose jugée²⁰²². S'il s'agit d'une sentence, l'introduction d'une nouvelle contestation « devant un juge étatique ou un autre tribunal arbitral expose à une déclaration d'irrecevabilité par le prononcé d'une fin de non-recevoir »²⁰²³. Par ailleurs, la

²⁰¹⁷ L'art. 1449 du CPCF prévoit que « sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires [...] ». Par ailleurs, l'art. 845 du même code confère au président du tribunal judiciaire, en tant que juge des requêtes, une compétence pour rendre les mesures conservatoires non-contradictoires même après la constitution du tribunal arbitral.

²⁰¹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Rev. arb.*, 1989, p.494, note G. COUCHEZ. En ce sens : *Supra* : Référé-provision, fondement et conditions.

²⁰¹⁹ Cass. Com., 29 juin 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.817, note A. HORY.

²⁰²⁰ En ce sens : Cass. Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p.977, note J. PELLERIN.

²⁰²¹ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 53.

²⁰²² Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, 2007, n° 8-9, étude 17.

²⁰²³ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 71.

sentence peut faire l'objet d'une exécution forcée, alors qu'il n'y a pas de nécessité de recourir au juge sauf pour la formule exécutoire. Cependant, il convient de rappeler que la mesure provisoire rendue sous la forme de sentence peut se heurter à la requalification par le juge de l'annulation à cause de l'incertitude sur la possibilité de l'arbitre de la qualifier sous cette forme²⁰²⁴.

Cependant, la difficulté qui nous intéresse ici est celle de l'hypothèse dans laquelle l'arbitre prononce ses mesures sous la forme d'une ordonnance dépourvue d'autorité de la chose jugée²⁰²⁵. Si la même demande de mesure provisoire est introduite devant le juge des référés et ne se heurte pas à l'obstacle de l'irrecevabilité, elle se heurtera nécessairement à l'obstacle de la compétence exclusive du tribunal arbitral. À cet égard, l'article 1449 du CPCF ne prévoit expressément que la possibilité de recours au juge étatique « tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué ». Après la constitution d'un tel tribunal, il n'y a pas de possibilité de recourir au juge étatique sauf par exemple en cas de demande de saisies conservatoires ou de sûretés judiciaires. C'est la raison pour laquelle les professeurs Charles JARROSSON et Jean-Baptiste RACINE affirment qu' « il pourra arriver que certaines mesures, par leur nature, par leurs caractéristiques, par l'urgence qu'elles nécessitent, ne puissent être demandées utilement au tribunal arbitral. On doit donc admettre une compétence résiduelle du juge, mais celle-ci doit être justifiée, notamment par l'urgence »²⁰²⁶.

983. Par conséquent, le défaut d'*imperium merum* de l'arbitre peut clairement causer, dans les deux hypothèses que nous venons d'étudier, la résistance d'une partie au litige concernant l'exécution des mesures provisoires prononcées par l'arbitre. Compte tenu de cette résistance, l'autre partie peut alors être conduite à vouloir recourir au juge étatique sans attendre la sentence définitive²⁰²⁷. Attendre en matière de mesures provisoires et/ou conservatoires, qu'elles soient judiciaires ou arbitrales, est relativement difficile pour la partie victime et cela rend ces mesures inefficaces.

²⁰²⁴ « Il existe en droit français une relative incertitude sur la possibilité de rendre sous la forme de sentence des mesures provisoires ou conservatoires ». En ce sens : A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 78 s. ; Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée... », préc.

²⁰²⁵ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 123. ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 61.

²⁰²⁶ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 64.

²⁰²⁷ Cependant, la partie victime ne peut pas ni le juge des référés pour obtenir une mesure provisoire, ni le juge d'appui pour son assistance à cause de l'obstacle de l'irrecevabilité ou de la compétence exclusive.

984. L'absence d'*imperium merum* de l'arbitre koweïtien peut également rendre les mesures provisoires et/ou conservatoires inefficaces comme en France. Cependant, la résolution de cette difficulté est différente du droit français.

B : L'inefficacité partielle en l'absence du pouvoir de prononcer des astreintes en droit koweïtien

985. Théoriquement et en l'absence d'*imperium merum* des arbitres, les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre koweïtien pourraient d'apparence sembler moins efficaces que les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre français du fait que les arbitres koweïtiens n'ont pas le pouvoir de prononcer des astreintes.

986. En France, la principale raison de l'inefficacité desdites mesures est la possibilité pour une partie de résister aux mesures prononcées dans le cadre de l'arbitrage puisque l'arbitre n'a pas d'*imperium*. Il est vrai que l'arbitre dispose du pouvoir de prononcer des astreintes mais, comme déjà expliqué, celles-ci ne sont utiles que pour faire pression sur la partie qui résiste, elles ne sont pas des mesures d'exécution.

Si les mesures provisoires et/ou conservatoires sont inefficaces en raison de ces éléments, les parties seront confrontées au risque d'attendre plus longtemps pour obtenir l'exécution des mesures prononcées et *a fortiori* pour obtenir la protection provisoire.

987. Au Koweït comme en France, il existe un risque d'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre. Cependant, *a priori*, le fait que l'arbitre koweïtien ne puisse pas prononcer des astreintes pourrait inviter à penser que l'arbitre koweïtien est moins efficace que l'arbitre français. En effet, les mesures provisoires prononcées par l'arbitre koweïtien risquent d'être particulièrement inefficaces du fait que ce dernier ne peut les prononcer sous astreintes (1). Une éventuelle résistance de l'une des parties à l'arbitrage pourra cependant trouver un remède par la saisine du juge étatique sans que la partie adverse ne doive attendre le prononcé de la sentence définitive comme c'est le cas en France. D'autant plus que les mesures prononcées par l'arbitre koweïtien ne se heurtent pas aux règles de la compétence exclusive ou aux règles de la forme des mesures contrairement à ce qui peut arriver en France. Ainsi, il peut être remédié à la résistance d'une partie à l'arbitrage concernant l'application des mesures provisoires prononcées par l'arbitre koweïtien, en l'absence de l'effet de défaut

d'*imperium* de l'arbitre koweïtien, et la résistance de l'adversaire peut être interrompue lorsque la partie requérante de la mesure saisit le juge étatique au moment de prononcé de la mesure demandée (2).

1 : L'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires à cause de l'absence d'*imperium* et du pouvoir de prononcer des astreintes

988. En droit koweïtien, si l'arbitre dispose du pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, il n'a aucun pouvoir de les rendre sous astreintes. Ces mesures risquent donc d'être inefficaces car l'arbitre ne dispose ni de l'*imperium*, ni du pouvoir de prononcer des astreintes.

989. Le critère d'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires. En droits français et koweïtien, il faut noter que la mesure de l'efficacité ou de l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par les arbitres répond à des critères variés.

990. En droit français, l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales semble être bien caractérisée si ces mesures sont exécutées sans le recours aux juges étatiques. Cela a implicitement été affirmé par les professeurs Charles JARROSSON et Jean-Baptiste RACINE. Selon ces auteurs, « on conçoit aisément que lorsque le tribunal arbitral est constitué, il peut en principe prendre lui-même un certain nombre de mesures et qu'il faut alors limiter la compétence éventuelle du juge étatique aux seules hypothèses pour lesquelles celle-ci s'avère véritablement la seule efficace. Cela est d'autant plus certain depuis que le décret de 2011 a expressément accordé au tribunal arbitral la possibilité de recourir à l'astreinte pour renforcer les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge opportunes »²⁰²⁸. Ainsi, si la mesure provisoire est spontanément exécutée, sans ou avec la pression exercée par le tribunal arbitral, nous pouvons dire que la mesure provisoire arbitrale est efficace.

991. Cependant, en droit koweïtien, la doctrine attache la force ou l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires à l'intervention du juge étatique qui soutient

²⁰²⁸ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 64.

l'exécution forcée des mesures arbitrales²⁰²⁹. Ainsi, si le juge étatique intervient pour l'exécution des décisions arbitrales au moment de leur prononcé, ces décisions seront considérées par la doctrine comme efficaces. Néanmoins, selon nous, si le juge étatique koweïtien (qui correspond au juge d'appui en France) intervient dans la mission arbitrale, il intervient pour soutenir, assister et faire exécuter lesdites mesures. Si la mesure provisoire arbitrale est efficace par sa nature, l'intervention du juge étatique n'est alors pas nécessaire. Ainsi, nous considérerons qu'il serait intéressant d'appliquer au Koweït le même critère qu'en France pour la mesure de l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales : celles-ci devraient être considérées comme efficaces si exécutées sans le recours au juge étatique.

992. L'inefficacité des mesures provisoires et conservatoires prononcées par l'arbitre koweïtien. À cet égard, il n'existe pas dans le CPOK de disposition qui confère à l'arbitre une prérogative telle que l'astreinte pour assurer ses décisions, que ce soit au fond comme en référé. Si les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre koweïtien ne sont pas exécutées de manière spontanée, elles ne seront exécutées qu'avec le recours au juge étatique²⁰³⁰. Ainsi, conformément au critère d'efficacité que nous retenons concernant les mesures provisoires (le critère français), les mesures prononcées par l'arbitre français devraient **théoriquement** être plus efficaces que les mesures prononcées par l'arbitre koweïtien en raison de l'incapacité de ce dernier à prononcer des astreintes.

Toutefois, comme il a déjà été démontré²⁰³¹, il existe en droit français des considérations **pratiques** qui peuvent conduire à l'inefficacité des mesures prononcées par l'arbitre français de même que pour les mesures prononcées par l'arbitre koweïtien. Par exemple, la nature coercitive et non pas exécutoire des astreintes confère une marge de manœuvre aux parties à l'arbitrage pour ne pas exécuter la mesure provisoire, ou au moins pour résister à celle-ci en retardant l'exécution. De plus, il existe une « impossibilité pour l'arbitre [français] d'exécuter directement les mesures ordonnées »²⁰³² à cause de leur forme si elles ont été rendues sous la forme d'une ordonnance, ce qui peut conduire soit à requalifier à nouveau ces mesures sous la

²⁰²⁹ M. ALENZI ; S. MAHMUD, « Le pouvoir d'arbitre... », préc., p.34 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.489 et 502. ; A. HINDY, *Les nouvelles tendances dans l'exécution des décisions arbitrales*, Dar Aljameha Aljadid, 1993, p.92. ; F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.480 s. ; A. Abo ALWAFI, *L'arbitrage dans les lois arabes*, Monshaat Almaaref, 1^{re} éd., 2000, p.80 s.

²⁰³⁰ M. ALENZI., préc.

²⁰³¹ *Supra* : n° 970.

²⁰³² A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 76.

forme de sentence, soit à obliger la partie victime de l'inexécution à attendre plus longtemps, et ce même en cas d'urgence, pour obtenir l'exécution des mesures prononcées qui n'interviendra qu'avec la sentence définitive. Ainsi, la partie victime d'une inexécution des mesures provisoires prononcées ne peut pas saisir le juge étatique pour obtenir l'*exequatur* à cause la forme des mesures prononcées par l'arbitre – ordonnance –, et elle ne peut pas non plus demander au juge étatique d'autres mesures similaires à cause des règles liées à la compétence exclusive.

993. Par conséquent, les arbitres français comme les arbitres koweïtiens ne peuvent pas renforcer leurs mesures à cause du défaut de leur *imperium*. S'il n'est pas possible d'exécuter immédiatement leurs mesures urgentes, de les faire exécuter par l'assistance du juge étatique, ou de les exécuter tardivement, cela enlève leur titre d'efficacité. Or, l'arbitre koweïtien n'a pas besoin comme en France de s'interroger sur la qualification de la forme qu'il donne aux mesures provisoires et/ou conservatoires (sentence ou ordonnance). De plus, au Koweït, la partie requérante de la mesure n'est également pas obligée d'attendre la sentence définitive, comme c'est le cas en France, puisqu'elle peut immédiatement demander l'assistance du juge étatique. Ainsi, on remédiera à la résistance de la partie adverse, du fait de l'absence d'*imperium* de l'arbitre au Koweït lorsque l'autre partie saisira le juge étatique.

2 : L'inefficacité seulement partielle grâce à la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et le recours au juge étatique

994. En droit koweïtien, les mesures provisoires et/ou conservatoires risquent d'être inefficaces à cause du défaut d'*imperium* de l'arbitre et ce, au même titre qu'en droit français. Cependant, au Koweït cette inefficacité peut n'être que partielle.

995. Exécution immédiate des sentences ou des ordonnances arbitrales. En droit français, à cause de l'absence d'*imperium* de l'arbitre et comme déjà expliqué, celui-ci peut prononcer ses mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme de sentence (plutôt que sous la forme d'ordonnance) pour renforcer leur efficacité. En effet, l'exécution de la mesure provisoire arbitrale sous le régime de la sentence est en France immédiate après l'*exequatur*, mais une incertitude perdure quant à la validité de cette qualification car il arrive que le juge

d'annulation requalifie la sentence en ordonnance²⁰³³. Au contraire, en droit koweïtien, la question de la qualification de la décision de l'arbitre en matière de mesures provisoires ne se pose pas de la même manière qu'en France puisqu'il n'a pas besoin de s'interroger sur les conséquences relatives à la forme qu'il donne à sa décision (sentence ou ordonnance), contrairement à l'arbitre français. En effet, l'arbitre koweïtien peut prononcer ses mesures sous la forme de sentences ou d'ordonnances et toutes ses décisions, quelle que soit leur forme, recevront l'*exequatur*²⁰³⁴, comme il sera question de l'expliquer ultérieurement²⁰³⁵. Par conséquent, au Koweït si les mesures provisoires ne bénéficient pas de la force exécutoire comme c'est le cas également en France et que l'arbitre koweïtien de surcroît est dans l'impossibilité d'assortir les mesures prononcées d'une astreinte contrairement à l'arbitre français, la partie requérante des mesures n'est pas obligée d'attendre l'exécution conjointe à l'exécution de la sentence définitive.

996. Absence de conflit avec les règles de la compétence exclusive. Si les mesures rendues par l'arbitre koweïtien risquent d'être inefficaces à cause de l'absence d'*imperium* de l'arbitre et en cas d'absence d'exécution spontanée de l'une ou l'autre des parties, elles sont néanmoins susceptibles d'être exécutées grâce à l'exécution forcée par le juge. La partie n'a donc pas besoin de recourir au juge des référés pour obtenir une mesure provisoire similaire à celle qui aurait déjà été prononcée par l'arbitre. En effet, les règles de la compétence exclusive du tribunal arbitral ne se posent pas au Koweït de la même manière qu'en France puisqu'après la constitution du tribunal arbitral, alors que les parties ne peuvent pas saisir le juge des référés après la constitution de ce tribunal pour obtenir une mesure similaire ou une nouvelle mesure provisoire, elles peuvent en revanche le saisir pour obtenir l'*exequatur*. Cette possibilité constitue une différence importante avec le droit français puisqu'en France les parties ne peuvent pas saisir le juge étatique ni pour l'*exequatur* (juge d'appui), ni pour une mesure provisoire (juge des référés) dès lors que le tribunal arbitral est déjà constitué²⁰³⁶.

997. Il apparaît en droits français et koweïtien que l'absence d'*imperium* de l'arbitre rend les mesures provisoires et/ou conservatoires inefficaces à l'égard des parties à la

²⁰³³ Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée... », préc. ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 76 s.

²⁰³⁴ M. ALENZI, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.503. ; En ce sens v. également : M. MAHMOUD, « Le contrôle du juge judiciaire sur la décision arbitrale », *Revue des études islamiques*, Égypte, 2017, p.295 s.

²⁰³⁵ *Infra* : n° 1024.

²⁰³⁶ *Supra* : n° 980.

convention d'arbitrage. Si l'exécution spontanée n'est pas caractérisée (avec ou sans mesure de contrainte), le défaut d'*imperium* rend l'arbitre et la partie victime incapables de faire exécuter lesdites mesures. La seule différence relative à l'absence d'*imperium* des arbitres français et koweïtiens est la temporalité dans laquelle le recours au juge étatique pourra intervenir alors qu'en droit koweïtien le juge étatique pourra être amené à intervenir beaucoup plus rapidement que le juge étatique français dans la procédure arbitrale. C'est pourquoi les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre koweïtien risquent d'être frappée d'une inefficacité, mais qui ne sera que partielle.

998. Si le défaut d'*imperium* de l'arbitre français ou koweïtien a des effets sur l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires entre les parties à l'arbitrage, il a également des effets au regard des tiers, c'est-à-dire les personnes autres que les parties à la convention d'arbitrage.

§ 2 : L'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires au regard des tiers

999. En matière de référé arbitral français ou koweïtien, afin de comprendre les effets de défaut d'*imperium merum* de l'arbitre sur l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires au regard des tiers (**B**), il est d'abord nécessaire de déterminer la notion de tiers dans le cadre d'une convention d'arbitrage (**A**).

A : Le tiers dans le cadre d'une convention d'arbitrage

1000. En droits français et koweïtien, le principe est que la convention d'arbitrage ne lie que les signataires initiaux. Cependant, il existe *a priori* dans les deux États deux exceptions à ce principe : la transmission et l'extension d'une convention d'arbitrage.

1001. Principe. En droits français et koweïtien, conformément au principe général de l'effet relatif des conventions, la convention d'arbitrage ne lie que les personnes qui y ont adhéré. En France, l'article 1199 du C. Civ. F. prévoit que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints

de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ». De même, au Koweït, l'article 201 du C. Civ. K. dispose que « les effets du contrat sont transmis aux contractants ou à leurs héritiers »²⁰³⁷. Ainsi, en France et au Koweït, au-delà des signataires initiaux à la convention (et de leurs héritiers en France et au Koweït), la convention d'arbitrage n'a en principe aucun effet à l'égard des tiers. De plus et conformément à ce principe, « l'arbitre n'a aucun pouvoir vis-à-vis des tiers »²⁰³⁸.

Toutefois, la pratique arbitrale est en France et au Koweït plus complexe que ce principe. En effet, il arrive dans certaines hypothèses qu' « interviennent des personnes dont il est difficile de dire si elles ont la qualité de tiers ou de partie [initiale] »²⁰³⁹. Ainsi, contrairement à la jurisprudence koweïtienne muette en la matière, la jurisprudence française édicte des règles déterminant les personnes ayant la qualité de partie à l'arbitrage même si celles-ci n'ont pas encore signé ladite convention.

1002. Exceptions : la transmission et l'extension d'une convention d'arbitrage. Que ce soit en droit français ou en droit koweïtien, il existe en général deux mécanismes pour que ladite convention soit opposable aux tiers : la transmission et l'extension de la convention d'arbitrage. Sur ce point, il ne faut pas confondre la transmission avec l'extension d'une convention d'arbitrage. En effet, « le phénomène de la transmission implique des ayants cause, c'est-à-dire des sujets de droit qui reçoivent des droits déjà nés et qui leur sont transmis en l'état »²⁰⁴⁰. Ainsi, elle « est purement objective : la convention d'arbitrage est transmise à un tiers initial au contrat de manière automatique [comme en matière successorale] »²⁰⁴¹.

En revanche, en ce qui concerne l'extension de la clause compromissoire, elle « met en cause des personnes qui sont liées au contrat originaire qui contient la clause compromissoire, même si elles ne sont pas celles qui ont négocié la convention »²⁰⁴². Ainsi, l'extension désigne « les cas dans lesquels un tiers se voit lié par une convention d'arbitrage à la suite d'un comportement qu'il a eu et qui établit qu'il l'avait acceptée »²⁰⁴³. Par exemple, au sein d'un groupe de sociétés, une convention d'arbitrage qui est conclue par l'une des sociétés du groupe peut l'étendre à une autre société du groupe. Lorsqu' « une société non-signataire de la

²⁰³⁷ تنص المادة ٢٠١ من القانون المدني الكويتي على انه " تتصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام".

²⁰³⁸ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.241.

²⁰³⁹ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 67.

²⁰⁴⁰ E. LOQUIN, Fasc. 1020, « Arbitrage, Compromis et... », préc., n° 143.

²⁰⁴¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.252.

²⁰⁴² É. LOQUIN, Fasc. 1020, « Arbitrage, Compromis et... », préc., n° 143.

²⁰⁴³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.252.

convention d'arbitrage s'est immiscée dans la formation, l'exécution ou la résiliation du contrat la contenant manifeste sa volonté d'y adhérer tacitement »²⁰⁴⁴.

1003. Or, il faut noter que le mécanisme de l'extension n'est dégagé que par la jurisprudence française qui considère qu'il n'est applicable qu'en matière d'arbitrage international français²⁰⁴⁵. Alors que notre sujet concerne la comparaison des droits internes relatifs à l'arbitrage français et koweïtien, nous ne nous intéresserons pas ici au mécanisme de l'extension de la convention d'arbitrage. Nous nous concentrerons plutôt sur le mécanisme de la transmission qui existe dans les systèmes arbitraux internes des deux pays.

1004. Transmission dans certaines hypothèses. En matière d'arbitrages français et koweïtien, une convention d'arbitrage peut automatiquement être transmise à une personne physique ou morale même si celle-ci ne l'a pas négociée et sans aucune expression de sa volonté. Toutefois, le mécanisme de la transmission d'une convention d'arbitrage est complexe puisque ce mécanisme peut intervenir dans plusieurs hypothèses en France et au Koweït.

1005. Par exemple, en droits français et koweïtien, le décès d'une personne physique qui était partie à une convention d'arbitrage rend ses héritiers parties à cette convention par la dévolution successorale²⁰⁴⁶. Ainsi, la convention d'arbitrage sera dans cette hypothèse transmise aux héritiers sans aucune expression de leur volonté²⁰⁴⁷.

1006. Par ailleurs, en matière d'arbitrage international français, la jurisprudence française a précisé que la clause compromissoire se transmet automatiquement dans le cadre des chaînes de contrats translatifs de propriété. En effet, il a été jugé dans un premier temps par la Cour de cassation en 2001 dans l'arrêt *Peavey* que « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause »²⁰⁴⁸. Par la

²⁰⁴⁴ H. CROZE, Fasc. 30, « ARBITRAGE. – Arbitrage international », préc., n° 28. En ce sens : Cass. Civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 10-17.708, Bull. Civ. I., n° 175. ; F.-X. TRAIN, « L'extension de la clause compromissoire », *Chronique des années 2012-2017, Rev. arb.* 2017, p.389.

²⁰⁴⁵ En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.251. ; Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 68 s.

²⁰⁴⁶ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. arb.*, 2016, n° 18. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.253. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.141 et 380.

²⁰⁴⁷ Il faut noter que la clause compromissoire peut également être opposée en France et au Koweït. En ce sens : Arts. 2061 du C. Civ. F. et 201 du C. Civ. K.

²⁰⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 6 février 2001, n° 98-20.776, Bull. Civ. I., n° 22 p.15.

suite, la même cour a affirmé en 2007 la règle de l'automaticité de la transmission²⁰⁴⁹. Enfin, cette règle de la transmission a été réaffirmée et étendue en 2010 dans l'arrêt *ABS* lorsque la Cour a jugé que « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne »²⁰⁵⁰.

1007. De plus, en matière d'arbitrage international français, il a également été jugé par la Cour de cassation que la convention d'arbitrage peut automatiquement être transmise par une cession de créance simple²⁰⁵¹, ou par bordereau Dailly²⁰⁵². De même, il a été jugé que la transmission de la convention d'arbitrage peut être caractérisée par une cession de contrat²⁰⁵³, ou même par la subrogation personnelle²⁰⁵⁴.

1008. Il convient de préciser ici que pour les cas de transmission évoqués en matière d'arbitrage international français, le principe de la transmission de la convention d'arbitrage peut être appliqué en matière d'arbitrage interne en France et au Koweït. En droit français, plusieurs auteurs de la doctrine pensent en effet que le principe de la transmission de la convention dans les chaînes de contrats, la cession de créance ou du contrat sont transposables au droit interne²⁰⁵⁵. Toutefois, le professeur Jean Baptiste RACINE rappelle que « si un principe général de transmission existe de manière indubitable dans le domaine international tel qu'il ressort de l'examen de la jurisprudence, il n'a pour l'heure vraiment émergé en tant que tel en matière interne »²⁰⁵⁶.

En droit koweïtien, la doctrine n'évoque, en matière d'arbitrage interne, que la transmission de la convention d'arbitrage par la dévolution successorale²⁰⁵⁷. Cependant, nous pensons que le mécanisme de la transmission a vocation, comme en droit interne français, à s'appliquer aux autres hypothèses évoquées en matière d'arbitrage interne koweïtien, c'est-à-

²⁰⁴⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, Bull. Civ. I., n° 129.

²⁰⁵⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 17 novembre 2010, n° 09-12.442, Bull. Civ. I., n° 240.

²⁰⁵¹ Cass. Civ. 2^{ème}., 20 décembre 2001, *Rev. arb.* 2002, p.379, note C. LEGROS.

²⁰⁵² *Ibidem*.

²⁰⁵³ CA Paris, 28 janvier 1988, *JDI*, 1989, p.1021, note D. COHEN.

²⁰⁵⁴ CA Paris, 13 novembre 1992, *Rev. arb.*, 1993, p.632, note J.-L. GOUTAL.

²⁰⁵⁵ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 69. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.253.

²⁰⁵⁶ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.252.

²⁰⁵⁷ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.380 s. ; A. Abo ALWAFI, *L'arbitrage dans les...op. cit.*, p.111 s.

dire également en matière de chaînes de contrats translatifs de propriété, de cession de créance et de contrat ou encore notamment en matière de subrogation personnelle.

1009. Ainsi, en droits français et koweïtien, la qualité de tiers à l'arbitrage peut être acquise en cas d'absence de signature de la convention d'arbitrage et en cas de transmission de celle-ci. A partir de cette hypothèse, si nous revenons au sujet de l'effet du défaut d'*imperium* de l'arbitre, qu'il soit français ou koweïtien, celui-ci handicapera également l'arbitre à l'égard des tiers.

B : Les aspects de l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires au regard des tiers

1010. L'arbitrage a en France et au Koweït une origine volontaire qui ne lie que les parties qui ont conclu. « Il n'est en principe pas possible d'attirer en procédure d'arbitrage des personnes qui ne sont pas parties à la convention d'arbitrage. C'est là une faiblesse procédurale de l'arbitrage par rapport à la justice étatique, qui connaît l'intervention forcée »²⁰⁵⁸. En effet, en plus de la nature contractuelle volontaire de l'arbitrage qui ne lie que les parties qui ont conclu, les arbitres des deux États n'ont pas d'*imperium* pour justifier une intervention forcée. Ainsi, dans les deux États et au regard des parties à l'arbitrage, le défaut d'*imperium* de l'arbitre a généralement des effets négatifs sur l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires en matière d'exécution. Or, à l'égard des tiers, ce risque d'inefficacité lié au défaut d'*imperium* des arbitres sera encore plus important et ce, dans plusieurs domaines.

1011. Matière probatoire. En droits français et koweïtien, les mesures provisoires et/ou conservatoires ont pour but d'éviter « soit la déperdition des preuves, soit l'évaporation des actifs »²⁰⁵⁹. Atteindre cet objectif sera difficile à l'égard des tiers, à cause de l'absence d'*imperium* de l'arbitre d'une part et de l'effet relatif de la convention d'arbitrage d'autre part.

À l'égard des tiers, la doctrine des deux États affirme que l'effet de l'absence d'*imperium* de l'arbitre peut clairement être remarqué dans l'impossibilité d'enjoindre à un tiers

²⁰⁵⁸ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 38.

²⁰⁵⁹ T. CLAY, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in J.-M. JACQUET, E. JOLIVET, *op. cit.*, p.22.

à l'instance arbitrale la production forcée de documents²⁰⁶⁰. Comme l'affirment également certains auteurs français, « on peut aussi regretter que le décret du 13 janvier 2011 n'ait prévu aucun mécanisme permettant de contraindre un tiers à comparaître comme témoin devant le tribunal arbitral »²⁰⁶¹.

Toutefois, même si un tiers accepte volontairement de comparaître comme témoin devant le tribunal arbitral, les arbitres des deux États n'ont pas la qualité pour recevoir son serment²⁰⁶². Ainsi, si les mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales peuvent d'une certaine manière échapper à l'effet relatif de la convention d'arbitrage du fait de cette acceptation volontaire à comparaître d'un tiers, elles ne peuvent pas, en tout état de cause, échapper à l'absence d'*imperium* de l'arbitre. En droits français et koweïtien, outre le fait que « le tribunal arbitral reste sans pouvoir à l'égard des tiers sur le seul fondement de la convention d'arbitrage »²⁰⁶³, le défaut d'*imperium* de l'arbitre en matière d'instruction rend également lesdites mesures inefficaces à l'égard de tiers.

1012. Matière financière. Un autre aspect de l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales à l'égard des tiers est mis en lumière par la doctrine française. En effet, que ce soit en France ou au Koweït, un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir « d'ordonner à une banque non-partie à la procédure arbitrale, de refuser d'effectuer un paiement auquel elle s'est engagée »²⁰⁶⁴. Selon la doctrine française, dans ce cas la seule solution pour atteindre l'efficacité des mesures ordonnées est alors de demander l'assistance du juge étatique²⁰⁶⁵.

Ainsi, en cas d'absence d'intervention du juge de l'État, toute mesure qui serait prononcée par l'arbitre à l'égard de la banque resterait sans effet, car la banque a dans ce cas la qualité de tiers et l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium* pour exercer un pouvoir de contrainte envers elle. Ici, cette impasse à l'exécution des mesures prononcées par l'arbitre est bien la conséquence notamment de son absence d'*imperium*. Sur cette hypothèse, nous pensons qu'un arbitrage koweïtien aboutirait à la même conclusion d'un risque d'inefficacité pour les mêmes raisons que dans le cadre d'un arbitrage français : la banque n'est pas considérée comme une

²⁰⁶⁰ V. EGÉA, « La jurisdiction de l'arbitre... », préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.141.

²⁰⁶¹ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 23.

²⁰⁶² Art. 1467, al. 2, du CPCF. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.398.

²⁰⁶³ Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 63.

²⁰⁶⁴ Th. CLAY, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in J.-M. JACQUET, E. JOLIVET, *op. cit.*, p.20.

²⁰⁶⁵ *Ibidem*.

partie à l'arbitrage et l'arbitre koweïtien est, à l'instar de l'arbitre français, dépourvu d'*imperium*.

1013. En matière d'exécution. En droits français et koweïtien, il reste une interrogation concernant l'exécution de la mesure provisoire déjà rendue par l'arbitre à l'égard des tiers.

1014. En droit koweïtien, lorsque l'arbitre prononce une mesure provisoire, que ce soit en matière probatoire ou financière, il existe toujours une possibilité de saisir le juge étatique pour en assurer l'exécution. En vertu de l'article 182 alinéa 3 du CPCCK²⁰⁶⁶, la règle générale est que toutes les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre sont susceptibles de recevoir l'*exequatur* et donc l'exécution forcée²⁰⁶⁷, comme il sera ultérieurement expliqué²⁰⁶⁸. Ainsi, lorsque l'arbitre ordonne à une banque, qui n'est pas partie à l'arbitrage, de ne pas procéder à un paiement auquel elle s'est engagée, ou lorsqu'il veut éviter la déperdition des preuves à l'égard des tiers, il existe toujours une possibilité d'intervention du juge étatique pour en assurer l'exécution.

1015. En revanche, cette intervention, comme nous l'avons déjà expliqué, n'est pas possible en droit français. Ainsi, l'éventuelle inefficacité des mesures provisoires prononcées par l'arbitre français n'est pas seulement due au fait que la personne concernée a la qualité de tiers, elle est due également à l'impossibilité d'intervention du juge étatique contrairement au droit de l'arbitrage koweïtien. Cette impossibilité d'intervention est due à plusieurs considérations. Notamment, le juge judiciaire ne peut pas intervenir en tant que juge d'appui si les mesures provisoires et/ou conservatoires déjà rendues par l'arbitre l'ont été sous la forme d'ordonnance²⁰⁶⁹. Ainsi, le défaut d'*imperium* de l'arbitre risque bien de causer une impasse dans l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires par le tiers. C'est donc la raison pour laquelle le professeur Thomas CLAY affirme qu'« en l'état actuel du droit positif, la seule solution pour l'arbitre reste de solliciter l'aide des juridictions étatiques pour contraindre un tiers à exécuter la mesure qu'il a prise. Mais, le fait même qu'il faille en passer par le juge

²⁰⁶⁶ L'art. 182 al. 3 du CPCCK prévoit que « les règles de l'exécution provisoire sont applicables au regard des décisions arbitrales ». En ce sens : M. ALENZI, préc.

²⁰⁶⁷ M. ALENZI, préc. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage ...op.cit.*, p.503.

²⁰⁶⁸ *Infra* : n° 1024.

²⁰⁶⁹ *Supra* : n° 974.

étatique dans ces cas-là souligne la faiblesse de la situation de l'arbitre, d'autant que le juge judiciaire n'est bien sûr pas tenu d'accorder à l'arbitre ce qu'il demande »²⁰⁷⁰.

1016. En général et que ce soit en France ou au Koweït, il ne faut pas confondre l'autorité de la chose jugée des décisions arbitrales et leur opposabilité vis-à-vis de l'engagement d'un tiers à la procédure arbitrale. L'autorité de la chose jugée des décisions produit ses effets entre les parties²⁰⁷¹. Cependant, l'opposabilité de ces décisions se manifeste à l'égard des tiers²⁰⁷². Or, l'engagement d'un tiers à la procédure arbitrale peut être caractérisé pendant ou après la mission arbitrale et de manière volontaire. Le tiers est obligé de respecter la décision de l'arbitre mais il n'est pas tenu de s'engager à l'instance arbitrale, et l'arbitre des deux États n'a pas d'*imperium* pour le forcer à intervenir.

1017. Le défaut d'*imperium* de l'arbitre français ou koweïtien à l'égard des parties à l'arbitrage et des tiers implique que l'intervention du juge étatique pour assurer l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales est parfois nécessaire.

Section 2 : L'intervention du juge étatique dans la mission arbitrale constituant une assistance à l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires

1018. « Dans un droit moderne et attractif de l'arbitrage, les rapports entre justice publique et justice privée ne doivent pas être conçus comme des rapports de concurrence, mais comme des rapports de coopération, voire même de partenariat : l'arbitrage ne peut réussir dans un pays s'il n'y a pas assistance à cette justice, qui a besoin de l'*imperium* de l'État puisqu'elle en est dépourvue »²⁰⁷³. Partant, dès lors que la justice arbitrale et la justice étatique ont des rapports de coopération et non pas de concurrence, l'absence d'*imperium* de l'arbitre dans les deux États ne devrait pas constituer dans ce cas un inconvénient pour la justice arbitrale.

1019. À cet égard, pour obtenir en droits français et koweïtien l'assistance d'une juridiction étatique et l'exécution forcée **immédiate** de toutes les décisions arbitrales, y compris

²⁰⁷⁰ Th. CLAY, « Les mesures provisoires demandées à l'arbitre », in J.-M. JACQUET, E. JOLIVET, *op. cit.*, p.20.

²⁰⁷¹ V.-H. BOYER, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », RTD civ. 1951, p.163. ; S. BOLLÉE, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb.* 2015, p.695.

²⁰⁷² S. BOLLÉE, *op. cit.* ; É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 39.

²⁰⁷³ L. CHEDLY, préc.

des mesures provisoires et/ou conservatoires, il est nécessaire en règle générale que ces décisions soient revêtues de l'exécution provisoire (§ 1). Dès lors que la décision arbitrale est assortie de l'exécution provisoire, elle est alors susceptible de recevoir l'*exequatur*, et donc l'exécution forcée (§ 2).

§ 1 : Le mécanisme de l'exécution des décisions arbitrales

1020. Si la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires n'est déterminée ni en France, ni au Koweït, la question de l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales peut poser difficulté car il existe dans les deux États deux systèmes différents pour pouvoir mettre en œuvre l'exécution des décisions rendues par l'arbitre en fonction qu'elles aient été rendues sous la forme de sentences ou d'ordonnances.

1021. Sentence. En droits français et koweïtien, si l'arbitre a rendu sa décision sous la forme d'une sentence arbitrale, son exécution peut être suspendue en raison de l'exercice d'une voie de recours par l'une des parties. L'arbitre, dans les deux États, peut donc prononcer l'exécution provisoire pour éviter l'effet suspensif de ce recours. Ainsi, l'exécution provisoire dispose dans les deux États d'un intérêt double. D'une part, elle permet de pallier les effets suspensifs d'un recours contre la sentence. D'autre part, elle permet également au juge étatique d'intervenir immédiatement, sans attendre la prescription des délais de recours contre cette sentence arbitrale.

1022. Ordonnance. En revanche, si la décision de l'arbitre a été rendue sous la forme d'une simple ordonnance octroyant des mesures provisoires et/ou conservatoires, la solution est différente en France et au Koweït. En France, cette ordonnance ne peut pas faire l'objet d'un recours et elle pourra ne pas être immédiatement exécutée, sauf si les mesures provisoires et/ou conservatoires sont rendues sous la forme d'une sentence. Dans ce cas, l'exécution des mesures prononcées sera effectuée dans les conditions du régime de la sentence et donc l'exécution provisoire interviendra dans les conditions prévues pour les sentences. Au Koweït, même si les ordonnances octroyant des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales ne font pas l'objet de recours, elles seront assorties de l'exécution provisoire de droit, et donc exécutées grâce à l'intervention immédiate du juge étatique.

1023. Par conséquent, la problématique générale réside dans la nature de la décision arbitrale qui doit être exécutée en droits français et koweïtien. Alors que l'objectif est de manière générale l'exécution immédiate des mesures provisoires et/ou conservatoires, il est logique que l'arbitre, en tout cas en droit français, a intérêt à qualifier sa décision en sentence. Que ce soit en droit français ou koweïtien, il conviendra donc d'expliquer la condition unique relative à l'exécution provisoire des sentences (**A**). Par ailleurs, il sera nécessaire de s'intéresser également aux modalités relatives à la mise en œuvre de cette condition en matière de référés arbitraux français et koweïtiens (**B**).

A : L'octroi de l'exécution provisoire, une condition nécessaire pour l'exécution immédiate des sentences arbitrales

1024. En général, que ce soit en France ou au Koweït, l'exécution provisoire est « une faculté accordée à la partie gagnante à un procès de poursuivre, à ses risques et périls, l'exécution immédiate de la décision judiciaire »²⁰⁷⁴. À cet égard, elle peut dans les deux États être envisagée à travers deux modalités : l'exécution provisoire de droit et l'exécution provisoire ordonnée²⁰⁷⁵.

1025. En matière d'arbitrages français et koweïtien, l'exécution provisoire de la sentence arbitrale est ordonnée par le tribunal arbitral (**1**). Toutefois, en cas de recours contre la sentence déjà rendue par l'arbitre français, le juge étatique français peut également l'ordonner (**2**).

1 : L'exécution provisoire ordonnée par le tribunal arbitral

1026. En droits français et koweïtien, conformément aux articles 1484 du CPCF et 182 alinéa 2 du CPCR²⁰⁷⁶, les législateurs confèrent aux arbitres le pouvoir d'assortir leurs sentences

²⁰⁷⁴ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p.482.

²⁰⁷⁵ En ce sens : R. LAFFLY, M. BARBA, *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « EXÉCUTION PROVISOIRE », 2020. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.498 s.

²⁰⁷⁶ L'art. 182 al. 3 du CPCR prévoit que « les règles de l'exécution provisoire sont applicable concernant les **décisions** arbitrales ».

de l'exécution provisoire. En général, l'exécution provisoire peut être ordonnée par le tribunal arbitral à la demande des parties pour pallier les effets suspensifs que l'exercice d'une voie de recours peut engendrer au détriment de l'exécution immédiate des mesures prononcées par la sentence arbitrale. Sur cette question, deux points importants doivent être soulignés. D'abord, l'exécution provisoire a pour but d'assurer l'efficacité de la sentence par l'exécution immédiate. Ensuite, la sentence sera assortie de l'exécution provisoire soit à la demande des parties, soit par la volonté libre de l'arbitre.

1027. Intérêt ? En matière d'arbitrages français et koweïtien, les décisions arbitrales, y compris les mesures provisoires et/ou conservatoires, doivent théoriquement être exécutées de manière spontanée²⁰⁷⁷. Toutefois, il arrive dans la pratique que l'une des parties à l'arbitrage n'accepte pas d'exécuter la sentence rendue par l'arbitre. Cette partie réticente à l'exécution des mesures prononcées par l'arbitre pourra donc contester donc ladite sentence devant le juge étatique en cas de convention prévoyant l'exercice d'une voie de recours. Ce recours a alors pour effet de suspendre l'exécution de la sentence. Or, dans les deux États, l'exercice des voies de recours ne suspend pas l'exécution de la sentence contestée si celle-ci est assortie de l'exécution provisoire²⁰⁷⁸. Par conséquent, la doctrine des deux États affirme que l'intérêt de l'exécution provisoire est de permettre l'exécution immédiate de la sentence et ce, sans la nécessité d'attendre plus de temps²⁰⁷⁹. Si les délais de recours contre la sentence sont prescrits, l'exécution par la force sera alors possible en France et au Koweït²⁰⁸⁰.

1028. Exécution provisoire demandée par les parties à l'arbitrage ou prononcée par le tribunal arbitral. En droits français et koweïtien, il existe différentes modalités selon lesquelles le mécanisme de l'octroi de l'exécution provisoire à une sentence pourra intervenir.

1029. En droit français, la sentence sera assortie de l'exécution provisoire soit par le tribunal lui-même, soit à la demande des parties à l'arbitrage. En l'espèce, l'exécution provisoire est souvent dans la pratique demandée par les parties à l'arbitrage²⁰⁸¹. Cette demande des parties interviendra dans deux situations. En effet, ces dernières ont, d'une part, la faculté

²⁰⁷⁷ *Supra* : n° 933.

²⁰⁷⁸ Arts. 1496 du CPCF et 182 al. 3 du CPCK.

²⁰⁷⁹ É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 45. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.500.

²⁰⁸⁰ Arts. 1494 du CPCF et 187 du CPCK.

²⁰⁸¹ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.551.

de s'accorder initialement dans leur convention pour assortir les sentences à venir de l'exécution provisoire. D'autre part, elles peuvent demander dans le cadre de la procédure arbitrale à ce que l'arbitre assortisse sa sentence de l'exécution provisoire. Concernant plus spécifiquement l'exécution provisoire prévue par la convention des parties, il a été jugé par la Cour de cassation française que « les règles de l'exécution provisoire des jugements ne figurant pas parmi les principes directeurs du procès, sont, dans l'instance arbitrale, supplétives de la volonté des parties ; il ne saurait dès lors être reproché à une cour d'appel d'avoir rejeté le moyen invoqué au soutien du recours en annulation d'une sentence et selon lequel la clause d'arbitrage ne pouvait imposer à l'arbitre d'assortir la sentence dans tous les cas, de l'exécution provisoire »²⁰⁸². Comme le dit justement le professeur Jean Baptiste RACINE, « les parties ont toujours la possibilité de contraindre à l'avance le tribunal arbitral à rendre une sentence assortie de l'exécution provisoire »²⁰⁸³. Ainsi, la convention des parties qui prévoirait à l'avance d'assortir toute sentence de l'exécution provisoire est licite et elle oblige toujours le tribunal arbitral à assortir toutes les sentences de l'exécution provisoire. Par ailleurs, que ce soit dans le cadre conventionnel ou dans le cadre de l'instance arbitrale, il arrive que les parties à l'arbitrage omettent de demander l'exécution provisoire de manière expresse. Par conséquent, dans le cas d'une telle omission, la jurisprudence et la doctrine françaises affirment que le tribunal arbitral a également dans cette hypothèse le pouvoir de l'ordonner d'office²⁰⁸⁴, c'est-à-dire d'assortir la sentence de l'exécution provisoire sans la demande des parties.

1030. En droit koweïtien, nonobstant le silence du législateur et de la jurisprudence en la matière, la doctrine affirme que dans la pratique arbitrale, le tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'assortir les sentences de l'exécution provisoire « sans la demande expresse des parties »²⁰⁸⁵. Toutefois, nous pensons que cette solution n'est pas optimale car il apparaît qu'alors que l'objectif principal des parties à l'arbitrage est le plus souvent l'exécution immédiate de la décision arbitrale, il arrive qu'elles omettent, comme en France, de demander de manière expresse l'exécution immédiate des mesures prononcées. Ainsi, nous pensons qu'il serait préférable, malgré le silence du législateur et de la jurisprudence et contrairement à l'avis actuel de la doctrine koweïtienne, que les arbitres puissent assortir leurs sentences de l'exécution provisoire même si les parties ne le demandent pas.

²⁰⁸² Cass. Civ. 2^{ème}., 21 novembre 2002, n° 01-02.705, Bull. Civ. II, n° 267 p.210.

²⁰⁸³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.551. En ce sens ; É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 46.

²⁰⁸⁴ CA Paris, 23 juin 1983, *Rev. arb.*, 1984, p.527, obs. Th. BERNARD. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.551.

²⁰⁸⁵ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.500 et 501.

1031. En général et que ce soit en France ou au Koweït, il existe également une autre hypothèse où une sentence peut être assortie de l'exécution provisoire grâce à l'intervention du tribunal étatique.

2 : L'exécution provisoire ordonnée par le tribunal étatique

1032. En principe, l'exécution provisoire qui accompagne une sentence doit être prononcée par le tribunal arbitral. Cependant, à l'occasion d'un appel ou d'un recours en annulation contre une sentence, il arrive que l'exécution provisoire soit accordée par le tribunal étatique. Or, ce mécanisme n'existe qu'en droit français, contrairement au droit koweïtien qui ne connaît pas ce mécanisme.

1033. Exécution provisoire prononcée par le tribunal judiciaire français. En droit français, il arrive que les parties à l'arbitrage omettent de demander à l'arbitre qu'il assortisse sa sentence de l'exécution provisoire ou bien que l'arbitre refuse de lui-même une demande des parties en ce sens. Pourtant, l'exécution provisoire peut être octroyée par le tribunal étatique. En effet, pour que le tribunal judiciaire accorde l'exécution provisoire, il est nécessaire que la demande d'exécution provisoire intervienne à l'occasion d'un appel ou d'un recours en annulation contre une sentence déjà rendue par l'arbitre. En l'espèce, l'article 1497 du CPCF prévoit qu'à l'occasion d'un appel ou d'un recours en annulation, le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peuvent « ordonner l'exécution provisoire de tout ou partie de cette sentence »²⁰⁸⁶. À cet égard, « le texte est muet sur les conditions d'octroi (alors que par renvoi aux textes applicables aux jugements, le régime antérieur à la réforme de 2011 obligeait le juge à établir le caractère nécessaire de l'exécution provisoire et son caractère compatible avec la nature de l'affaire). Il est possible que les juges soient plus souples et se contentent à défaut de nécessité de la mesure du seul intérêt pour le demandeur »²⁰⁸⁷. Cependant, il faut noter que dans tous les cas, la demande d'exécution provisoire doit intervenir à l'occasion d'un appel ou d'un recours en annulation.

²⁰⁸⁶ « Le nouveau texte supprime les références faites par l'ancien article 1479 du Code de procédure civile aux articles 525 et 526 du même code et donc aux conditions d'application de ces deux textes, qui diffèrent selon que l'exécution a été demandée ou pas aux premiers juges ». En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 47.

²⁰⁸⁷ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.551 s.

1034. L'inexistence d'une exécution provisoire prononcée par le tribunal judiciaire koweïtien. Contrairement à ce qui existe en France, le juge étatique koweïtien n'a pas le pouvoir d'ordonner l'exécution provisoire pour une sentence déjà rendue par l'arbitre. En effet, si le tribunal arbitral n'assortit pas sa sentence de l'exécution provisoire ou s'il refuse la demande des parties concernant l'octroi de l'exécution provisoire, la sentence reçoit l'*exequatur* dans certains cas déterminés par l'article 186 du CPCK. En vertu de cet article, si le délai de recours contre la sentence est prescrit (30 jours à compter de prononcé de la sentence)²⁰⁸⁸, ou s'il est impossible de contester cette décision (par exemple, du fait de la convention des parties ou du fait d'un texte de loi)²⁰⁸⁹, elle peut donc recevoir l'*exequatur*²⁰⁹⁰ et la sentence devra ainsi être exécutée par les parties.

1035. En droits français et koweïtien, le mécanisme de l'exécution provisoire des sentences est relativement clair et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les sentences sont susceptibles d'un recours ou d'une annulation, c'est pourquoi il est intéressant d'assortir une sentence de l'exécution provisoire dans les deux États pour éviter les difficultés liées à l'effet suspensif des recours. Ensuite, les sentences sont bien définies au moins par la jurisprudence française. Il n'y a donc pas de difficulté spécifique concernant la forme des sentences et leurs modalités d'exécution. Enfin, les textes sont en France et au Koweït assez clairs concernant l'exécution provisoire qui peut être accordée à des **sentences**, aucune controverse de la jurisprudence ou de la doctrine des deux États n'existe sur ce point à notre connaissance. Néanmoins, concernant la question spécifique des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales, une controverse existe. Une incertitude persiste donc sur ce point, mais uniquement en France.

B : La mise en œuvre de la condition en matière de référé arbitral

1036. La question relative à l'exécution provisoire concernant des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales se pose de manières différentes en droit français et en droit koweïtien. En droit koweïtien, lesdites mesures peuvent être, sans difficulté, assorties de

²⁰⁸⁸ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.500 s. ; en ce sens v. aussi : M. ALENZI, préc.

²⁰⁸⁹ *Ibidem*.

²⁰⁹⁰ *Infra* : n° 1077.

l'exécution provisoire. En droit français, la réponse est plus délicate. En effet, il existe en France deux situations. D'une part, l'exécution provisoire ne peut pas être prononcée par l'arbitre lorsqu'il rend son ordonnance octroyant des mesures provisoires, les parties doivent donc attendre la sentence définitive pour que les mesures prononcées dans l'ordonnance puissent être exécutées (1). D'autre part, les mesures provisoires peuvent être prononcées plutôt sous la forme d'une sentence, ce qui permettra aux mesures provisoires de bénéficier naturellement et sans difficulté de l'exécution provisoire (2).

1 : L'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires, sous la forme d'ordonnance arbitrale

1037. En droits français et koweïtien, si les mesures provisoires et/ou conservatoires sont rendues sous la forme d'ordonnance, seront-elles alors assorties de l'exécution provisoire ? La réponse à cette question est relativement claire en droit koweïtien, contrairement au droit français.

1038. Exécution provisoire des ordonnances par l'intermédiaire d'une sentence. En droit français, le législateur ne détermine pas la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires dans le CPCF. De plus, la jurisprudence ne met pas en place de cadre pour déterminer la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires, mais elle laisse à l'arbitre une grande souplesse concernant le choix entre l'ordonnance ou la sentence, comme nous l'avons déjà expliqué²⁰⁹¹. Si les mesures provisoires sont rendues sous la forme d'une ordonnance, l'exécution provisoire n'interviendra qu'au moment où la sentence définitive sera rendue. Au contraire, si les mesures provisoires sont rendues sous la forme d'une sentence, l'exécution provisoire accompagnera alors naturellement la décision en question. Alors que nous aborderons ultérieurement l'hypothèse dans laquelle la mesure provisoire est sous la forme d'une sentence²⁰⁹², nous allons directement étudier ici l'hypothèse dans laquelle les mesures provisoires sont rendues sous la forme d'une ordonnance.

²⁰⁹¹ *Supra* : n° 814.

²⁰⁹² *Infra* : n° 1044.

1039. En France, si les mesures provisoires et/ou conservatoires sont rendues sous la forme d'une ordonnance, elles ne seront pas assorties de l'exécution provisoire pour deux raisons.

La première raison résulte de l'article 1484 alinéa 2 du CPCF qui prévoit expressément que l'arbitre ne peut accorder l'exécution provisoire qu'à une sentence. La jurisprudence française définit les sentences comme des « actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »²⁰⁹³. Ainsi, alors que les mesures provisoires et/ou conservatoires sont naturellement des actes qui ne tranchent pas de manière définitive, en tout ou en partie, le litige, contrairement à la sentence, l'exécution provisoire ne pourra pas, en principe, être accordée à ces mesures puisqu'elle est réservée aux sentences conformément à l'article précité²⁰⁹⁴.

Quant à la seconde raison, l'intérêt fondamental de l'exécution provisoire est seulement de « pallier l'effet suspensif d'une voie de recours »²⁰⁹⁵, comme nous l'avons déjà expliqué²⁰⁹⁶. Ainsi, alors que les mesures provisoires et/ou conservatoires sont par principe plutôt rendues sous la forme d'ordonnances, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours autonome et ne peuvent en effet n'être contestées qu'au moment du recours contre la sentence définitive²⁰⁹⁷. C'est ce qu'affirme la cour d'appel de Paris lorsqu'elle juge que « seules peuvent faire l'objet de recours en annulation les véritables sentences arbitrales »²⁰⁹⁸. Ainsi, il n'y a aucun intérêt à conférer l'exécution provisoire à l'ordonnance octroyant des mesures provisoires et/ou conservatoires alors que celle-ci ne peut pas faire l'objet d'un recours autonome.

1040. Par conséquent et en tout état de cause, l'exécution provisoire ne concernera pas la mesure provisoire et/ou conservatoire rendue sous la forme d'une ordonnance sauf au stade ultérieur de la sentence définitive qui tranchera les questions portant directement sur le fond de l'affaire. Dans cette hypothèse, l'intervention immédiate du juge étatique au moment du rendu de la sentence définitive est possible pour conférer l'*exequatur* à l'ordonnance octroyant la

²⁰⁹³ Cass. Civ. 1^{re}., 12 octobre 2011, n° 09-72.439, Bull. I, n° 164. ; CA Paris, 1 juillet 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.834, note Ch. JARROSSON. ; CA de Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p.391, note Ch. JARROSSON.

²⁰⁹⁴ La doctrine française n'évoque que la notion de sentence lorsqu'elle tranche le sujet de l'exécution provisoire. En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 46 s. ; E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », 2008, JDI clunet, n° 1, chron. 3.

²⁰⁹⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.550. ; É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 45.

²⁰⁹⁶ *Supra* : n° 1027.

²⁰⁹⁷ É. LOQUIN, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure... », préc., n° 104.

²⁰⁹⁸ CA de Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p.391, note Ch. JARROSSON.

mesure provisoire et qui accompagne alors la sentence définitive ²⁰⁹⁹. Le juge intervient uniquement lorsqu'il existe, avec les mesures provisoires prononcées par l'ordonnance, une sentence assortie de l'exécution provisoire ou lorsque les délais de recours contre la sentence sont prescrits²¹⁰⁰. Comme l'affirment les avocats Alexis MOURRE et Alexandre VAGENHEIM, il existe en droit français une « impossibilité pour l'arbitre d'exécuter **directement** les mesures ordonnées »²¹⁰¹

1041. Exécution provisoire de droit pour les ordonnances arbitrales koweïtiennes.

En droit koweïtien, la solution est complètement différente du droit français. En ce sens, même si la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires n'est déterminée ni par le législateur, ni par la jurisprudence koweïtienne, l'ordonnance octroyant des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales sera assortie de l'exécution provisoire de droit. En effet, l'article 193 alinéa 1 du CCK prévoit expressément que « l'exécution provisoire de droit est octroyée dans les cas suivants : A- Les décisions en matière de référé quel que soit le tribunal qui les prononce [...] »²¹⁰². Selon la doctrine koweïtienne, cet article a vocation à s'appliquer aux procédures arbitrales comme aux procédures judiciaires (« quelque soit le tribunal qui les prononce »). En matière arbitrale, la doctrine précise alors que pour appliquer cette exécution provisoire de droit, il faut que les parties à l'arbitrage stipulent d'abord dans leur convention que l'arbitre a le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires, conformément à l'article 173 du CCK²¹⁰³. Ainsi, même si l'arbitre n'ordonne pas l'exécution provisoire, la mesure sera assortie de l'exécution provisoire de droit dès lors que les parties ont bien stipulé dans leur convention arbitrale que l'arbitre pouvait prononcer des mesures provisoires. Cette exécution provisoire de droit concernant les mesures provisoires est en opposition avec la solution adoptée pour les sentences pour lesquelles les parties doivent formuler la demande d'exécution provisoire dans le cadre de la procédure arbitrale²¹⁰⁴.

1042. Néanmoins, selon nous, une question se pose alors du fait que la doctrine koweïtienne étend l'application de l'article 193 du CCK à la matière arbitrale. Alors que la

²⁰⁹⁹ En ce sens : É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 45 s.

²¹⁰⁰ *Infra* : n° 1053.

²¹⁰¹ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 76.

²¹⁰² تنص المادة ١٩٣ فقرة ١ من قانون المرافعات على انه " النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في الأحوال التالية: أ- الأحكام الإدارية في المواد المستعجلة أيأ كنت المحكمة التي أصدرتها".

²¹⁰³ En vertu de l'art. 173 du CCK, l'arbitre n'a pas le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires sauf convention contraire des parties.

²¹⁰⁴ *Supra* : n° 1039.

doctrine koweïtienne considère (comme la doctrine française d'ailleurs) que l'exécution provisoire a pour but d'éviter l'effet suspensif d'un recours, nous nous demandons quel est alors l'intérêt de l'exécution provisoire dès lors qu'en droit koweïtien les mesures provisoires prononcées dans le cadre d'un référé arbitral ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Nous supposons en réalité que la volonté du législateur dans l'article 193 vise à englober seulement les tribunaux étatiques pas les termes « quelque soit le tribunal qui les prononce ». Il s'agirait selon nous ici de renvoyer en fait aux différents tribunaux judiciaires à l'exclusion du tribunal arbitral, contrairement à l'interprétation qui est faite par la doctrine koweïtienne qui considère ces termes comme une alternative entre juridiction judiciaire et juridiction arbitrale. Si nous suivons plutôt notre logique, les mesures provisoires arbitrales n'ont donc pas vocation à bénéficier de l'exécution provisoire de droit puisque les ordonnances judiciaires du juge des référés sont les seules susceptibles d'un recours, comme en France. Les mesures provisoires rendues en matière judiciaire sont en effet susceptibles de voies de recours contrairement aux mesures provisoires arbitrales, ce qui expliquerait alors plus logiquement l'intérêt d'octroyer l'exécution provisoire de droit aux mesures provisoires judiciaires dans le sens où cela permettrait alors effectivement à ces mesures d'éviter l'effet suspensif des voies de recours.

En revanche, si la volonté du législateur dans l'article 193 du CPCK vise à englober les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par le juge des référés et l'arbitre, comme le considère la jurisprudence koweïtienne actuellement, la seule justification que nous trouvons alors à la logique adoptée par l'article est la réception de l'*exequatur*.

1043. En général, si l'arbitre français ne peut pas assortir les mesures provisoires et/ou conservatoires de l'exécution provisoire car elles sont sous la forme d'ordonnance, il peut le faire mais lesdites mesures doivent être rendues sous la forme de sentence. Ainsi, lorsque l'ordonnance rendue par l'arbitre koweïtien est assortie de l'exécution provisoire de droit, le droit koweïtien sera écarté concernant l'exécution provisoire à une mesure provisoire étant sous la forme de sentence. L'hypothèse de l'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales sous le régime de sentence ne peut donc être applicable qu'en droit français.

2 : L'exécution des mesures provisoire et/ou conservatoire sous la forme d'une sentence arbitrale

1044. En matière de référé arbitral français, rendre une mesure provisoire et/ou conservatoire sous la forme d'une sentence implique de prendre en considération trois éléments importants. D'abord, la sentence, contrairement à l'ordonnance, peut être assortie de l'exécution provisoire. Ensuite, la sentence, contrairement à l'ordonnance également, est théoriquement susceptible de faire l'objet d'une voie de recours. Enfin, la sentence sera susceptible de recevoir l'*exequatur*, et donc son exécution forcée rapide sera possible, contrairement encore une fois à l'ordonnance.

1045. Incertitude concernant la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires en France. En France et tel qu'il a déjà été expliqué, « il existe en droit français une relative incertitude sur la possibilité de rendre sous la forme de sentence des mesures provisoires ou conservatoires »²¹⁰⁵. Ainsi, l'objectif ici n'est pas de justifier le pouvoir de l'arbitre de qualifier lesdites mesures sous cette forme, mais de démontrer l'objectif qu'il peut avoir lorsqu'il choisit cette qualification.

1046. Qualification de la mesure provisoire sous le régime de la sentence pour l'exécution forcée. En droit français, il est vrai que plusieurs auteurs contestent le fait que l'arbitre puisse accorder la qualification de sentence aux mesures provisoires prononcées puisque cette qualification permet de déroger aux règles relatives aux voies de recours contre les mesures provisoires et aux règles de l'autorité de la chose jugée. Les mesures provisoires ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un recours autonome²¹⁰⁶. Or, dès lors qu'elles sont qualifiées de sentence par l'arbitre, elles sont susceptibles de faire l'objet d'une voie de recours et ce, alors même qu'elles devraient en principe être dépourvues de l'autorité de la chose jugée²¹⁰⁷.

1047. Toutefois, si l'arbitre n'avait pas le pouvoir de choisir une telle qualification, à défaut d'exécution spontanée par les parties des mesures provisoires prononcées, il serait de fait impossible de les exécuter de manière immédiate. Selon certains auteurs français, l'arbitre utilise donc cette qualification de sentence pour des raisons purement pratiques²¹⁰⁸, notamment

²¹⁰⁵ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 78.

²¹⁰⁶ La CA de Paris affirme que « seules peuvent faire l'objet de recours en annulation les véritables sentences arbitrales ». En ce sens : CA de Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p.391, note Ch. JARROSSON.

²¹⁰⁷ Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée... », préc.

²¹⁰⁸ À cet égard : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.471 ; A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 78 ; Ch. JARROSSON,

pour que les mesures prononcées bénéficient de l'exécution provisoire et de l'*exequatur* qui permet l'exécution forcée. La raison de l'utilisation de cette qualification est donc d'accélérer la procédure arbitrale et d'assurer l'exécution rapide des mesures provisoires prononcées. Ainsi, à défaut de possibilité pour l'arbitre de prononcer les mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme de sentence, le risque serait alors celui d'une exécution très tardive avec l'obligation pour les parties d'attendre la sentence définitive pour pouvoir obtenir l'exécution des mesures prononcées par ordonnance. Cette situation irait alors à l'encontre de la nature urgente des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales qui nécessitent généralement une exécution immédiate.

À cet égard, certains auteurs en France pensent que « si cette solution devait être confirmée, la jurisprudence établirait ainsi un régime particulier et dérogatoire à la règle générale du contrôle de la qualification par le juge, destiné à permettre l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires que les arbitres auraient décidées de rendre sous la forme de sentence. Une décision provisoire ou conservatoire que les arbitres auraient décidée de rendre sous la forme d'ordonnance ne saurait quant à elle être qualifiée de sentence, quand bien même une des parties souhaiterait l'exécuter par la force »²¹⁰⁹. Par conséquent, nous pensons comme les professeurs Cécile CHAINAIS et Jean Baptiste RACINE, qu'« il serait sans doute souhaitable d'admettre en droit français la sentence provisoire »²¹¹⁰.

1048. En général, il apparaît en droit français qu'il existe donc deux hypothèses dans lesquelles les mesures provisoires et/ou conservatoires sont assorties de l'exécution provisoire. La première est celle dans laquelle les mesures provisoires ont été rendues initialement sous la forme d'une ordonnance mais cette ordonnance est ensuite accompagnée d'une sentence dans laquelle l'affaire a finalement été tranchée tant au fond qu'en référé²¹¹¹. La seconde est celle dans laquelle les mesures provisoires ont en fait directement été rendues sous la forme d'une sentence, ce qui leur permet de bénéficier naturellement de l'exécution provisoire. En revanche, en droit koweïtien, il n'existe qu'une seule manière pour lesdites mesures de pouvoir bénéficier de l'exécution provisoire. Il s'agit de l'exécution provisoire de droit qui sera conférée aux

« Réflexion sur l'imperium », *op. cit.* p.245 s. ; Ch. JARROSSON, J.-B. RACINE, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », préc., n° 66.

²¹⁰⁹ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 78.

²¹¹⁰ C. CHAINAIS, « Les mesures provisoires dans le nouveau de français de l'arbitrage », in J. van COMPERNOLLE, J.-F. van DROOGHENBROECK, A. SALETTI, (dir.), *L'arbitrage et le juge étatique*, éd. Bruylant, 2014, p.310. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.471.

²¹¹¹ Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée... », préc.

ordonnances de l'arbitre conformément à l'article 193 du CPCPK et dès lors, conformément à ce qui est préconisé par la jurisprudence koweïtienne, que les parties ont stipulé dans leur convention arbitrale que l'arbitre pouvait prononcer des mesures provisoires. Pourtant, il sera possible dans les deux États que les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par l'arbitre soient exécutées grâce à l'intervention de la force de l'État dans les cas où les mesures provisoires sont comme nous l'avons expliqué assorties de l'exécution provisoire et ce dès lors que le juge intervient dans la mission arbitrale en vue d'apposer la formule exécutoire.

§ 2 : La nécessité de l'*exequatur* pour l'exécution forcée des mesures provisoires et/ou conservatoires

1049. En droits français et koweïtien, pour que les mesures provisoires et/ou conservatoires soient exécutées par la force, il est en tous cas nécessaire qu'elles fassent l'objet d'une demande d'*exequatur* par le juge étatique même si elles sont rendues sous la forme d'une sentence et si elles sont assorties de l'exécution provisoire²¹¹². À cet égard, il faut noter dans les deux États que, même au titre de l'exécution provisoire des décisions arbitrales, elles doivent « faire l'objet d'un *exequatur* ([car] l'exécution provisoire ne dispense pas d'*exequatur* ; elle permet seulement l'exécution nonobstant l'existence de voies de recours à effet suspensif) »²¹¹³. Ainsi, la question de l'*exequatur* qui implique l'intervention du juge étatique se pose à travers plusieurs aspects : le juge compétent, les modalités de la saisine de ce juge, le contrôle qu'il opère sur la décision arbitrale concernée et sa décision octroyant ledit *exequatur*. Il conviendra donc de déterminer dans un premier temps quel sera le juge compétent en matière d'*exequatur* ainsi que les modalités de sa saisine par les parties (A). Par ailleurs, il est indispensable de s'intéresser à la manière dont le juge de l'*exequatur* opère un contrôle sur la décision arbitrale préalablement au rendu de sa propre décision concernant l'octroi (ou non) de l'*exequatur* (B).

²¹¹² « Les sentences sont exécutoires par elles-mêmes à l'expiration du délai d'appel ou pour agir en annulation. Le tribunal arbitral peut même les déclarer exécutoires par provision dans les mêmes conditions qu'un jugement. Dans ce dernier cas, la sentence devra recevoir exécution dès la notification de la sentence revêtue de l'*exequatur*. Mais, les sentences non *exequaturées* ne sont pas susceptibles d'exécution forcée, il faut une décision d'*exequatur* émanant d'une juridiction étatique ». En ce sens : L. WEILLER, Fasc. 20, « Arbitrage, arbitrage interne », préc, n° 70.

²¹¹³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.554.

A : Le juge de l'*exequatur* et les modalités de sa saisine

1050. En droits français et koweïtien, les lois déterminent quel est le juge compétent pour donner son assistance à l'exécution des décisions arbitrales (1). Par ailleurs, il existe dans les deux États des modalités spécifiques relatives à la saisine de ce juge (2). Toutefois, il faut noter ici que nous aborderons la compétence du juge de l'*exequatur* et la modalité de sa saisine, quelle que soit la forme de la décision arbitrale.

1 : Le juge compétent

1051. En droits français et koweïtien, la question de la compétence du juge de l'*exequatur* doit être matériellement et territorialement précisée.

1052. Compétence matérielle : le juge de l'*exequatur* français. En matière d'arbitrage français interne, le juge de l'*exequatur* se situe généralement dans le tribunal judiciaire conformément à l'article 1487 du CCPF. En effet, lorsque la décision arbitrale (que ce soit une sentence ou une ordonnance) fait l'objet d'une demande d'*exequatur* devant le tribunal judiciaire, celui-ci statuera à juge unique par voie d'ordonnance²¹¹⁴. Le juge qui sera donc matériellement compétent est le président de la formation ou son délégué qui exerce les fonctions de juge de l'*exequatur*²¹¹⁵. Ainsi, le juge de l'*exequatur*, qui intervient pour apposer la formule exécutoire sur les décisions arbitrales, n'est ni le juge de l'exécution, ni le président du tribunal judiciaire, mais le tribunal judiciaire lui-même²¹¹⁶.

1053. Deux exceptions. En droit français, il existe deux exceptions dans lesquelles la compétence relative à l'*exequatur* est accordée non pas au président de la formation ou à son délégué, mais aux magistrats de la cour d'appel. À cet égard, il faut noter que ces deux exceptions n'existent pas au Koweït pour des raisons déjà expliquées²¹¹⁷. Ainsi, il s'agit en

²¹¹⁴ L'art. R212-8 du Code de l'organisation judiciaire. En ce sens : L. WEILLER, Fasc. 20, « Arbitrage, arbitrage interne », préc, n° 70 s.

²¹¹⁵ Cass. Civ. 1^{re}., 9 décembre 2003, n° 01-13.341, Bull. Civ. I, n° 250 p.199. ; *Rev. arb.*, 2004, p.337, note S. BOLLÉE. ; *D.* 2004, p. 1055, note G. WEISBZERG. ; *RTD civ.* 2004, p. 547, obs. Ph. THÉRY.

²¹¹⁶ Cass. Civ. 1^{re}., 29 juin 1994, n° 92-18.084, Bull. Civ. I, n° 224 p.163. En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.555.

²¹¹⁷ *Supra* : n° 1034.

France des deux hypothèses visées à l'article 1498 du CPCF. La première hypothèse dans ledit article concerne l'exécution provisoire qui sera prononcée par le magistrat d'appel dans le cadre d'un appel ou d'un recours en annulation. Dans le cadre de tels recours, le magistrat peut en effet prononcer l'exécution provisoire dans le cadre de l'arrêt rendu concernant l'appel ou le recours en annulation, et peut alors également octroyer l'*exequatur* à la sentence arbitrale²¹¹⁸. S'agissant de la seconde hypothèse, en vertu de l'article 1498 alinéa 2 du CPCF, le rejet de l'appel ou bien du recours en annulation confère également et logiquement l'*exequatur* à la sentence arbitrale²¹¹⁹. Ainsi, ces deux exceptions à la règle posée par l'article 1487 du CPCF ont pour effet de changer le juge compétent par principe, c'est-à-dire le juge déterminé au sein du tribunal judiciaire, et confèrent donc la compétence relative à l'*exequatur* à la cour d'appel contrairement aux règles générales.

1054. Compétence territoriale : le juge de l'*exequatur* français. En vertu de l'article 1487 alinéa 1 du CPCF, le tribunal judiciaire territorialement compétent est celui dans le ressort duquel la décision arbitrale a été rendue. Ainsi, il faut noter qu'en matière d'arbitrage français interne, le tribunal territorialement compétent n'est pas celui dans le ressort duquel la décision doit être exécutée²¹²⁰.

1055. Compétence matérielle : le juge de l'*exequatur* koweïtien. En droit koweïtien, l'article 185 du CPCR prévoit que « la décision arbitrale n'est pas susceptible de l'exécution forcée sauf si le président du tribunal dans lequel la décision a été déposée, appose la formule exécutoire [...] »²¹²¹. Ainsi, le juge qui sera matériellement compétent et qui exercera les fonctions de juge de l'*exequatur* est soit le président du TGI, soit le président du TI, et non pas comme en droit français le président de la formation (ou son délégué) qui exerce les fonctions de juge de l'*exequatur*. Toutefois, il faut noter qu'en droit koweïtien, la question de la compétence territoriale ne se pose pas et ce, du fait de la surface de l'État du Koweït²¹²².

²¹¹⁸ Ch. JARROSSON, B. Le BARS, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », préc., n° 129 s. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.556.

²¹¹⁹ *Ibidem*.

²¹²⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.556.

²¹²¹ تنص المادة ١٨٥ من قانون المرافعات الكويتي على انه "لا يكون حكم المحكم قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابها بناء على طلب أحد ذوي الشأن".

²¹²² *Supra* : n° 115.

1056. En général et dans les deux États, les règles concernant la compétence matérielle des tribunaux étatiques sont considérées d'ordre public²¹²³. Ainsi, la demande relative à l'obtention de la formule exécutoire formulée auprès d'un juge qui ne serait pas matériellement compétent conduit à la caducité²¹²⁴.

1057. Si les lois des deux États déterminent la compétence du juge de l'*exequatur*, elles déterminent également les modalités relatives à la saisine de ce juge.

2 : La saisine du juge de l'*exequatur*

1058. En droits français et koweïtien, le juge de l'*exequatur* est saisi par une requête et non pas par voie d'assignation.

1059. Conditions préliminaires. En droits français et koweïtien, l'*exequatur* sera généralement sollicité par la partie la plus diligente²¹²⁵. En pratique, c'est la partie qui a intérêt à obtenir ledit *exequatur* qui le sollicitera. Toutefois, il a été jugé par la cour d'appel de Paris que rien n'empêche la partie perdante dans le procès de demander l'*exequatur* lorsqu'elle a un intérêt à le faire²¹²⁶. Sur ce point, la jurisprudence et la doctrine koweïtiennes sont silencieuses, mais nous pensons comme en France que rien n'empêche la partie perdante de le demander, dès lors qu'elle y a intérêt. Or, dans les deux États, il est en tous cas nécessaire que la demande d'*exequatur* soit accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage²¹²⁷. À défaut de ces documents, leurs copies qui réunissent les conditions requises et qui bénéficient du caractère d'authenticité valident donc ladite demande²¹²⁸.

1060. Condition procédurale en France. En France, le juge de l'*exequatur* est saisi par voie de requête et non pas par voie d'assignation, conformément à l'article 1487 du CPCF. La requête sera présentée devant le greffe du tribunal judiciaire. Pourtant, la procédure d'*exequatur* est non-contradictoire. L'absence de contradiction concernant la demande

²¹²³ C. TIRVAUDEY-BOURDIN, Fasc. 600-90, « Compétence, exception...e », préc, n° 45 s.

²¹²⁴ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.505. ; F

²¹²⁵ L'art. 1487 du CPCF. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.502 s.

²¹²⁶ CA Paris, 5 décembre 1963, *D.*, 1964, p.582, note J. ROPERT.

²¹²⁷ É. SANDER, préc.

²¹²⁸ *Ibidem*.

d'*exequatur* est critiquée par certains auteurs français car elle conduit à un risque d'erreurs éventuelles²¹²⁹. Toutefois, cette absence de contradiction peut être justifiée pour des raisons purement pratiques. En effet, « l'*exequatur*, pour des raisons d'efficacité de la sentence, se doit de reposer sur une procédure rapide et informelle »²¹³⁰. À cet égard, il faut noter qu'à titre exceptionnel, le juge de l'*exequatur* peut dans la pratique « appeler à la cause l'une des parties de manière à être éclairé sur certains points »²¹³¹. Dès lors que cette efficacité est caractérisée et permise par une procédure non contradictoire, une autre question se pose par ailleurs concernant le véritable contrôle qui est effectué par le juge judiciaire concernant l'ordonnance d'*exequatur*²¹³².

1061. Condition procédurale au Koweït. Au Koweït, les modalités relatives à la saisine du juge de l'*exequatur* sont similaires à celles qui existent en droit français, sauf en ce qui concerne le recours contre l'ordonnance d'*exequatur*. Il est nécessaire de préciser que, comme en France, le juge de l'*exequatur* est saisi par voie de requête, conformément à l'article 185 du CPC²¹³³. Ainsi, les procédures sont non-contradictaires, comme en France²¹³⁴. Cependant, l'ordonnance d'*exequatur* qui sera prononcée par le juge de l'*exequatur* koweïtien ne pourra faire l'objet d'un recours contrairement au droit français, et comme il sera ultérieurement expliqué²¹³⁵.

1062. En droits français et koweïtien, la compétence du juge de l'*exequatur* est donc clairement déterminée de même que les modalités de sa saisine. Notamment, il est admis, dans les deux États que les parties saisissent le juge de l'*exequatur* par voie de requête dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Au-delà de ces questions relatives au juge compétent et aux modalités de sa saisine, il est nécessaire de s'interroger sur la question du contrôle qu'opère le juge de l'*exequatur* sur la décision arbitrale, et sur la décision qu'il rend lui-même et qui accorde, ou non, l'*exequatur* à cette décision arbitrale.

²¹²⁹ J.-P. MIGNARD, B. HUET, « Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 249, p.10.

²¹³⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.557.

²¹³¹ *Ibidem.* ; En ce sens : É. SANDER, préc.

²¹³² J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*

²¹³³ L'art. 185 du CPC prévoit que « la décision arbitrale n'est pas susceptible de l'exécution forcée sauf que le président du tribunal dans lequel la décision a été déposée, appose la formule exécutoire [...] ».

²¹³⁴ La doctrine koweïtienne affirme que le président statue dans cette hypothèse comme le juge des requêtes. En ce sens : A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.502 s. ; F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.480 s.

²¹³⁵ *Infra* : n° 1072.

B : Le contrôle de la décision arbitrale préalable à la réponse du juge

1063. En droits français et koweïtien, si les parties saisissent le juge de l'*exequatur* par voie de requête, ce n'est que la première étape pour obtenir l'*exequatur*. Ce juge opérera donc un contrôle sur la décision arbitrale (1) en rendant une ordonnance qui octroie l'*exequatur* demandé à la demande des parties (2).

1 : Le contrôle du juge étatique et l'étendue de ses pouvoirs

1064. En droits français et koweïtien, la question du contrôle du juge étatique sur la décision arbitrale est délicate, car l'étendue de certains pouvoir de ce juge n'est pas expressément définie par les textes²¹³⁶. Dans les deux États, la question substantielle qui doit se poser est la suivante : quel contrôle sera précisément effectué par le juge étatique sur la décision arbitrale ? Autrement dit, quelle est l'étendue du contrôle opéré par le juge de l'*exequatur* sur la décision arbitrale. Sur ce point, la doctrine des deux États est divisée en deux courants.

1065. L'étendue des pouvoirs du juge de l'*exequatur* selon la doctrine. Une partie de la doctrine française, minoritaire, pense que le juge de l'*exequatur* dispose de larges pouvoirs pour contrôler la décision arbitrale soumise à la demande d'*exequatur*. En effet, cette partie de la doctrine affirme que « la jurisprudence antérieure au décret de 1980 était essentiellement dictée par la volonté de limiter l'abus des voies de recours »²¹³⁷. Ainsi, conformément à ce premier courant de la doctrine, l'abus des voies de recours contre les décisions arbitrales est la raison pour laquelle le contrôle du juge de l'*exequatur* est largement approfondi. En revanche, la majorité de la doctrine française et koweïtienne affirme le contraire. À cet égard, selon certains auteurs français et koweïtiens, le contrôle du juge étatique de la décision arbitrale dispose d'un « caractère d'une pure formalité »²¹³⁸, qui peut être similaire à un contrôle administratif²¹³⁹. D'autre auteurs français affirment également que le juge étatique de

²¹³⁶ É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 51 s. ; M. ALENZI, préc.

²¹³⁷ *Ibidem*. En ce sens v. : Ph. BERTIN, « Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale », *Rev. arb.*, 1983, spéc. p.281, n° 4.

²¹³⁸ R. BOULBÈS, « L'*exequatur* des sentences arbitrales. Suggestions pour une réforme », *JCP G*, 1964, 1822.

²¹³⁹ *Ibidem*. ; É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 51. ; Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.99 s. ; A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.506. ; M. ALENZI, préc.

l'*exequatur* ne peut exercer qu'un contrôle *prima facie* de la conformité de la sentence²¹⁴⁰. Ainsi, selon ces deux derniers courants, le juge de l'*exequatur* ne procède qu'à un examen sommaire concernant la décision arbitrale en question²¹⁴¹.

1066. Les critères posés par le juge de l'*exequatur*. Lorsqu'une demande d'*exequatur* est présentée devant le juge étatique, il vérifie d'abord que les conditions relatives à la saisine du juge de l'*exequatur* telles que nous les avons déjà expliquées sont remplies²¹⁴². Ensuite, dans un second temps et selon l'État dans lequel le juge se situe, le juge étatique vérifiera que la décision arbitrale respecte bien l'ordre public tout en se posant la question de la forme sous laquelle la décision a été rendue. Concernant ces deux critères qu'il s'agira ici de détailler, il est nécessaire de distinguer le droit français et le droit koweïtien.

1067. Deux critères en France. En droit français, selon plusieurs avis de la doctrine, le juge vérifie deux critères avant de pouvoir le cas échéant ordonner l'*exequatur* demandée par les parties : il vérifie la forme de la décision arbitrale d'une part et s'assure que l'ordre public a bien été respecté.

1068. Sentence. Concernant la décision arbitrale, ledit *exequatur* doit être conféré uniquement aux **sentences** arbitrales. En effet, ce critère « est implicite dans l'arbitrage [français] interne aux termes des articles 1487 et 1488 du CPC[F] »²¹⁴³ alors que ces dispositions évoquent uniquement le terme de « sentence ». En ce sens, il a également été affirmé par la Cour de cassation française que « l'*exequatur* devait être refusé si l'acte qui lui était soumis n'a pas un caractère contentieux et ne constitue pas une sentence arbitrale »²¹⁴⁴. Ainsi, même si le contrôle du juge de l'*exequatur* est ici sommaire, il peut tout de même opérer un contrôle sur la qualification de la décision présentée devant lui²¹⁴⁵. Par conséquent, ce contrôle de qualification de la décision arbitrale peut théoriquement affecter la possibilité de conférer ledit *exequatur* aux mesures provisoires et/ou conservatoires dès lors que l'*exequatur* ne peut être accordé qu'aux sentences. Ainsi, le juge de l'*exequatur* peut refuser d'accorder

²¹⁴⁰ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.560. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 911. ; S. CRÉPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, Thèse, LGDJ, 1995, p.174.

²¹⁴¹ B. MOREAU, *Répertoire de droit commercial Dalloz*, V° Sentence arbitrale, 2013, n° 333.

²¹⁴² *Supra* : n° 1059.

²¹⁴³ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.559.

²¹⁴⁴ Cass. Civ. 2^{ème}., 17 juin 1971, *JCP G*, 1971, 16914, note P. LEVEL. ; *Rev. arb.*, 1972, p.10, note B. MOREAU.

²¹⁴⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.559. ; B. MOREAU, « Sentence arbitrale », préc., n° 333 s.

l'*exequatur* à des mesures provisoires pourtant prononcées sous la forme d'une sentence s'il décide que la décision accordant ces mesures doit être requalifiée en ordonnance. Ainsi, si nous prenons le critère de la Cour de cassation, lesdites mesures provisoires ne sont théoriquement pas susceptibles en réalité de recevoir l'*exequatur*. Or, en pratique, contrairement au critère posé par la cour de cassation et comme il sera expliqué ultérieurement, cet *exequatur* peut facilement être conféré auxdites mesures²¹⁴⁶.

1069. Ordre public. S'agissant du critère d'ordre public, l'article 1488 alinéa 1 du CPCF prévoit expressément que « l'*exequatur* ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public ». En effet, avant le décret numéro 2011-48 du 13 janvier 2011, ce critère n'était pas clair²¹⁴⁷. Il est aujourd'hui cependant expressément précisé par le décret que la sentence ne doit pas entrer en contrariété avec l'ordre public. À cet égard, certains auteurs estiment que l'étendue du contrôle du juge étatique est ici encore superficielle²¹⁴⁸. Ainsi, pour s'abstenir de conférer l'*exequatur*, « il faut que la seule lecture de la sentence, sans investigations supplémentaires ni débats, révèle une contrariété manifeste selon les termes utilisés à l'ordre public »²¹⁴⁹.

1070. Droit koweïtien et ordre public. En droit koweïtien, le juge ne vérifie qu'un seul critère avant d'ordonner l'*exequatur* demandé par les parties. Il n'opère en effet qu'un contrôle superficiel de la conformité de la décision à l'ordre public²¹⁵⁰. Contrairement au droit français, le juge étatique koweïtien ne vérifie pas lors de son contrôle la forme que revêt la décision arbitrale, peu importe qu'elle ait été rendue sous la forme d'une sentence ou d'une ordonnance. En effet, l'article 185 du CPCCK prévoit que « la **décision** arbitrale n'est pas susceptible de l'exécution forcée sauf si le président du tribunal devant lequel la décision fait l'objet d'une demande d'*exequatur*, appose la formule exécutoire [...] »²¹⁵¹. Selon la doctrine koweïtienne, cet article ne précise pas la forme sous laquelle doit être rendue la décision arbitrale qui doit être revêtue de la formule exécutoire²¹⁵². Par conséquent, compte tenu de l'ambiguïté de

²¹⁴⁶ *Infra* : n° 1076.

²¹⁴⁷ É. LOQUIN, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE... », préc., n° 51 s.

²¹⁴⁸ En ce sens : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.561.

²¹⁴⁹ *Ibidem*.

²¹⁵⁰ L'art. 182 al. 3 du CPCCK prévoit que « les décisions arbitrales doivent être prononcées conformément aux règles d'ordre public ». ; En ce sens : Cass. Com., 8 janvier 2005, n° 227/2004.

²¹⁵¹ تنص المادة ١٨٥ من قانون المرافعات الكويتي على انه "لا يكون حكم المحكم قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابها بناء على طلب أحد ذوي الشأن".

²¹⁵² A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.506. ; F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.480 s.

l'article 185 du CPC et du silence de la jurisprudence koweïtienne sur cette question, la doctrine affirme que dans la pratique le juge peut conférer l'*exequatur* aux sentences et aux ordonnances octroyant des mesures provisoires et/ou conservatoires²¹⁵³.

1071. Dès lors que le contrôle des décisions arbitrales a été opéré, les juges étatiques doivent rendre leur ordonnance octroyant (ou non) l'*exequatur*.

2 : La décision octroyant l'*exequatur* et ses voies de recours

1072. En droits français et koweïtien, l'ordonnance du juge étatique octroyant l'*exequatur* est l'élément substantiel qui détermine l'exécution des décisions arbitrales par la force de l'État. Toutefois, il faut noter dans les deux États que « la procédure d'*exequatur* est simple et rapide et ne porte pas atteinte à l'efficacité de l'arbitrage »²¹⁵⁴, même en matière de référé arbitral. En droit français, l'*exequatur* peut être conféré aux sentences, ou même aux ordonnances sous certaines réserves. La décision d'*exequatur* est également susceptible, selon des conditions relativement strictes, de faire l'objet d'un recours. Au Koweït, l'*exequatur* peut être conféré aux sentences et aux ordonnances sans conditions mais en revanche, contrairement à ce qui existe en droit français, la décision octroyant l'*exequatur* à une décision arbitrale ne pourra jamais faire l'objet d'un recours.

1073. Ordonnance octroyant l'*exequatur* et sa voie de recours en France. En droit français, l'article 1487 alinéa 4 du CPC énonce que « l'*exequatur* est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues à l'alinéa précédent ». Selon cet article et l'article 1488 du même code relatif au contrôle que le juge de l'*exequatur* opère sur la décision arbitrale, lorsque ce juge constate que la décision portée devant lui constitue une véritable sentence qui ne déroge pas à l'ordre public, il appose la formule exécutoire dans la dernière page de la sentence²¹⁵⁵. Ainsi, une fois que la formule est apposée sur la sentence, elle devient un titre exécutoire²¹⁵⁶. Le recours contre l'ordonnance octroyant l'*exequatur* sera dans cette hypothèse impossible, conformément à

²¹⁵³ M. ALENZI, préc.

²¹⁵⁴ É. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique ... », préc., n° 103.

²¹⁵⁵ J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.562.

²¹⁵⁶ L'art. L 111-3-2 du CPC de l'exécution français.

l'article 1499 alinéa 1 du CPCF²¹⁵⁷. Toutefois, si le juge étatique refuse d'accorder ledit *exequatur*, il sera possible dans ce cas-là de contester l'ordonnance de refus, conformément à l'article 1500 alinéa 1 du même code²¹⁵⁸. Cette ordonnance peut ainsi être contestée en appel jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de sa signification²¹⁵⁹.

1074. Mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales et *exequatur*. Il apparaît en droit français que les règles relatives à la procédure d'*exequatur* telles que décrites précédemment sont mises en place au profit des sentences arbitrales, ce qui exclut en principe du champ de la procédure les ordonnances octroyant des mesures provisoires et/ou conservatoires. Les mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales prononcées sous la forme d'une ordonnance, au regard de ce principe, seront donc exclues du champ de la procédure d'*exequatur*. D'abord, tous les articles du CPCF réglementant la procédure d'*exequatur* en matière arbitrale exigent expressément que la décision portée devant le juge de l'*exequatur* soit une sentence, ce qui exclut que l'ordonnance puisse recevoir l'*exequatur*²¹⁶⁰. Les sentences sont définies par la jurisprudence française, comme nous l'avons déjà précisé, comme des actes de l'arbitre tranchant le fond de l'affaire et mettant fin à l'instance arbitrale²¹⁶¹. C'est pourquoi la Cour de cassation a exclu les mesures provisoires et/ou conservatoires de l'*exequatur* en affirmant que « l'*exequatur* devait être refusé si l'acte qui lui était soumis n'a pas un caractère contentieux et ne constitue pas une sentence arbitrale »²¹⁶². Néanmoins, il existe en droit français deux situations exceptionnelles dans lesquelles les mesures provisoires et/ou conservatoires pourront malgré le principe énoncé être revêtues de l'*exequatur*.

1075. Mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme d'une ordonnance et l'*exequatur* partiel. La première situation concerne le cas dans lequel les mesures provisoires et/ou conservatoires sont rendues sous la forme d'une ordonnance. Dans ce cas, la décision ordonnant les mesures provisoires peut finalement bénéficier de l'*exequatur* lorsqu'une sentence définitive est prononcée. En effet, la demande relative à l'*exequatur* pourra alors être formulée à l'égard de la sentence tranchant l'affaire au fond et englobant également les mesures provisoires prononcées sous la forme d'ordonnance dans le cadre du référé arbitral. Dans cette

²¹⁵⁷ L'art. 1499 al. 1 prévoit que « l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours ».

²¹⁵⁸ L'art. 1500 al. 1 du CPCF prévoit que « l'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa signification ».

²¹⁵⁹ En ce sens : E. LOQUIN, « Arbitrage en droit interne : acteurs... », préc., n° 84.

²¹⁶⁰ Par exemple v. les arts. 1487 et 1488 du CPCF.

²¹⁶¹ *Supra* : n° 815.

²¹⁶² Cass. Civ. 2^{ème}., 17 juin 1971, JCP G, 1971, 16914, note P. LEVEL.

situation, il existe cependant une incertitude concernant la possibilité pour le juge étatique de conférer l'*exequatur* partiel aux mesures provisoires rendues dans le cadre du référé. En effet, les solutions jurisprudentielles sur cette question maintiennent un doute quant à la possibilité d'accorder un *exequatur* soit à la sentence, soit à l'ordonnance et non au deux en même temps. Dans un premier temps, il a été jugé par la cour d'appel de Paris que le juge de l'*exequatur* ne pouvait procéder qu'à un examen sommaire au moment du contrôle de la décision arbitrale en question²¹⁶³. Un arrêt ultérieur a ensuite affirmé que ce juge ne disposait pas de la possibilité de procéder à un examen du fond de la sentence, et qu'il ne pouvait pas non plus conférer un *exequatur* seulement partiel ou sous réserve. Ainsi, la solution dégagée par ces arrêts est que le juge a uniquement le pouvoir d'accorder ou de refuser l'*exequatur*²¹⁶⁴. Cependant, d'autres arrêts rendus par la cour d'appel de Paris vont à l'encontre de cette solution²¹⁶⁵. La Cour de cassation a finalement affirmé de son côté qu'un *exequatur* partiel peut être conféré aux mesures provisoires²¹⁶⁶. Cependant, il faut noter dans l'hypothèse d'un *exequatur* partiel que les mesures provisoires doivent toujours être soumises au juge étatique en accompagnement d'une sentence tranchant l'affaire sur le fond afin de pouvoir recevoir ledit *exequatur* partiel.

1076. Mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme de sentence et *exequatur*. La seconde situation qu'il convient d'étudier est celle dans laquelle une mesure provisoire donnera lieu à un *exequatur* alors qu'elle a été prononcée dans le cadre d'une décision rendue par l'arbitre sous la forme de sentence. Cependant, dans cette hypothèse, le risque est que cette décision soit requalifiée en ordonnance au moment du contrôle du juge de l'*exequatur* qui vérifiera notamment la forme de la décision arbitrale, comme nous l'avons déjà expliqué. Or, s'il existe des arrêts de la jurisprudence française obligeant le juge étatique à accorder l'*exequatur* uniquement aux sentences, il existe également en parallèle d'autres arrêts, comme la jurisprudence *Otor*, qui autorisent l'arbitre à rendre ses mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme de sentences²¹⁶⁷. Si l'on met en parallèle ces deux solutions, lorsque lorsqu'un arbitre rend des mesures provisoires et/ou conservatoires sous la forme de sentence, il est quasiment sûr que celle-ci recevra l'*exequatur*, sans aucun contrôle approfondi de la part du juge étatique. Ainsi, d'un point de vue quantitatif, entre l'année 1981 et 1992, le

²¹⁶³ CA Paris, 29 mai 1973, *Rev. arb.*, 1973, p.182.

²¹⁶⁴ CA Paris, 26 juin 1981, *JDI*, 1981, 843, note, B. OPPETIT.

²¹⁶⁵ CA Paris, 5 mars 1982, *Rev. arb.*, 1982, p.459, note Th. BERNARD.

²¹⁶⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 28 avril 1987, *Rev. arb.*, 1991, p. 345, note, J.-H. MOITRY, C. VERGNE. En ce sens v. aussi : J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.562.

²¹⁶⁷ *Supra* : n° 824.

Tribunal de Grande Instance (aujourd'hui le tribunal judiciaire d'après numéro 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice) a refusé uniquement quatre demandes d'*exequatur* sur 1711 demandes²¹⁶⁸.

1077. En droit koweïtien, l'article 185 du CPCCK prévoit que « la **décision** arbitrale n'est pas susceptible de l'exécution forcée sauf si le président du tribunal devant lequel la demande d'*exequatur* a été déposée, appose la formule exécutoire [...], dans la dernière page de la décision arbitrale »²¹⁶⁹. Selon la doctrine koweïtienne, cet article exige que la décision arbitrale ne déroge pas l'ordre public²¹⁷⁰. La décision arbitrale qui octroie une mesure provisoire, qu'elle soit rendue sous forme de sentence ou d'ordonnance, devra donc théoriquement recevoir l'*exequatur* dès lors qu'elle ne déroge pas à l'ordre public. Nous pensons ainsi que le contrôle du juge étatique n'est que superficiel puisqu'il ne concerne que la conformité de la décision à l'ordre public. Par ailleurs, il faut noter que l'ordonnance du juge qui confère ou qui refuse d'accorder l'*exequatur* ne peut jamais faire l'objet d'une voie de recours²¹⁷¹, contrairement au droit français.

²¹⁶⁸ S. CRÉPIN, *op. cit.*, p.120. ; Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p.99 s. ; J.-B. RACINE, *Droit de...op. cit.*, p.561.

²¹⁶⁹ تنص المادة ١٨٥ من قانون المرافعات الكويتي على انه "لا يكون حكم المحكم قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابها بناء على طلب أحد ذوي الشأن(...)", ويوضع أمر التنفيذ بنيل أصل الحكم".

²¹⁷⁰ M. ALENZI, *préc.* ; S. MAHMOD, « Le pouvoir d'arbitre... », *préc.*, p.11 s. ; F. WALLI, *Le droit de l'arbitrage théorique...op. cit.*, p.480 s.

²¹⁷¹ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.509 s.

1078. Conclusion du titre II. En droits français et koweïtien, la question de l'*imperium* est une question délicate en matière d'arbitrage, et notamment s'agissant des mesures provisoires et/ou conservatoires. La justice arbitrale est efficace en matière de référé, mais elle a parfois besoin d'une assistance de la justice étatique. Dans les deux États, il est vrai que les mesures provisoires et/ou conservatoires pourront être exécutées efficacement grâce à l'influence positive de certains éléments expliqués dans les développements (par exemple : impact du milieu professionnel de l'arbitrage, la personnalité de l'arbitre, le caractère contraignant de la convention d'arbitrage ou encore le prononcé d'astreintes en droit français) ce qui explique que l'*imperium merum* du juge ne sera pas forcément nécessaire. Mais il existe toutefois des hypothèses dans lesquelles l'intervention de cet *imperium* est tout de même nécessaire pour pouvoir permettre l'exécution forcée des mesures provisoires qui ne seraient exécutées spontanément par les parties. Dans cette situation, la contrainte que permet l'*imperium merum* interviendra grâce à l'intervention du juge de l'État français ou koweïtien.

CONCLUSION

1079. En droits français et koweïtien, les arbitres peuvent répondre aux besoins des parties à l'arbitrage en octroyant des mesures provisoires et/ou conservatoires. Toutefois, dans les deux États, le juge arbitral n'est pas un juge étatique comme le juge des référés. En effet, le juge des référés dispose de tous les outils juridictionnels qui lui permettent d'accomplir sa mission de référé sans aucun obstacle. Lorsque nous pensons à l'arbitre français et koweïtien, il est nécessaire de prendre en compte les difficultés auxquelles ils sont confrontés avant, pendant et même après leur mission arbitrale.

1080. En général, plusieurs auteurs français et koweïtiens se focalisent sur les questions relatives aux difficultés relevant de la constitution du tribunal arbitral, à la variété des personnalités des arbitres, à la nature des mesures provisoires et/ou conservatoires mais également à leur forme complexe ou à l'absence d'*imperium* de l'arbitre. En espèce, il est correct d'affirmer que toutes ces difficultés constituent des obstacles et peuvent parfois perturber la rapidité de l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires ainsi que leur efficacité. Toutefois, nous estimons que la difficulté principale ne réside pas uniquement dans l'absence d'*imperium* de l'arbitre français ou koweïtien. A titre illustratif, en France, depuis 2004²¹⁷², l'arbitre français peut prononcer des astreintes pour combler le défaut de son *imperium merum* et pour garantir, *a fortiori*, l'efficacité de ses mesures provisoires. *De facto*, cette prérogative met en exergue le caractère quasi-secondaire de l'*imperium merum* de l'arbitre français. Contrairement à celui-ci, l'arbitre koweïtien n'a pas besoin de prononcer des astreintes, puisque ses mesures provisoires sont susceptibles de recevoir l'*exequatur*²¹⁷³. Ainsi, en France ou au Koweït, les arbitres peuvent, *in fine*, surmonter les obstacles de l'absence d'*imperium*.

1081. Par conséquent, selon nous et comme le démontre la présente étude, **l'obstacle principal est fondamentalement lié à l'unicité du juge arbitral et non pas lié uniquement à l'absence d'*imperium* des arbitres.** En effet, l'arbitre qui prononcera les mesures provisoires et/ou conservatoires pendant l'instance arbitrale, est celui qui statuera également sur le fond du

²¹⁷² Par exemple : CA Paris, 1^{re} chambre, 7 octobre 2004, n° 2004/13909 (affaire *Otor*). ; CA Paris, 2^{ème} chambre, 3 oct. 2013, n° 12/04088. ; CA Pau, 2^{ème} chambre, 23 octobre 2017, n° 16/02562. ; CA Rennes, 2^{ème}, chambre civ., 25 septembre 2020, n° 19-04142.

²¹⁷³ A. ABDULFATTAH, *Le droit de l'arbitrage...op. cit.*, p.502 s.

litige. Par ailleurs, il est vrai que les mesures provisoires et/ou conservatoires n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Ainsi, il n'existe aucun pré-jugement qui portera atteinte au fond du litige et donc à l'impartialité de l'arbitre. De la même manière, nous pouvons affirmer que l'impartialité de l'arbitre est rarement remise en cause lorsqu'il prononce un avis préalable dans le cadre d'un référé, alors même que le référé pourrait avoir des conséquences sur le fond de la décision²¹⁷⁴. En effet, il n'existe pas de fondement juridique pour considérer que l'unicité du juge arbitral est l'obstacle principal dans le référé arbitral.

1082. Cependant, l'impartialité de l'arbitre français ou koweïtien peut être soulevée lorsqu'il s'agit de s'intéresser à sa structure. En ce sens, la partialité de l'arbitre peut bouleverser la sûreté, la rapidité, l'efficacité et la justesse des mesures provisoires et/ou conservatoires en cas de contestations de la partie adverse mais également en cas d'hésitation de l'arbitre lui-même. A titre d'exemple, lorsqu'un arbitre partial prononce un avis préalable à un référé et que l'affaire est par la suite jugée au fond, l'avis préalablement rendu peut bouleverser le jugement de fond. De ce fait, l'arbitre ne peut donc pas demander une assistance du juge, soit parce qu'il n'existe pas de règle de droit, soit parce que le conflit de partialité le lui en empêche. Par conséquent, la loi donne obligation à ce qu'un même arbitre prononce les mesures provisoires et/ou conservatoires et traite dans le même temps le fond de l'affaire. Cette structure du tribunal arbitral et cette unicité de l'arbitre se retrouve aussi bien en France qu'au Koweït.

1083. Toutefois, tous les obstacles auxquels sont confrontés les arbitres des deux États peuvent en pratique être surmontés avec ou sans l'intervention du juge étatique. Lorsque le juge intervient dans la mission arbitrale, son rôle consiste uniquement à prêter son assistance et accélérer le référé arbitral²¹⁷⁵. Cette intervention reste dans une certaine mesure indispensable puisqu'une **justice privée** ne peut pas détenir de prérogatives trop importantes compte tenu de l'*imperium merum*²¹⁷⁶. De même, le rôle du juge est dans certains cas nécessaire lorsque l'impartialité de l'arbitre est remise en question. En effet, l'intervention du juge français ou du juge koweïtien dans la mission d'arbitrage ne porte pas atteinte au caractère alternatif de l'arbitrage car cette immixtion a pour objectif d'accélérer la procédure arbitrale. L'obtention de

²¹⁷⁴ A. CONSTANS, « L'Arbitrage et ses Évolutions - L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français », Avril 2010, RDJS, Po n° 2, 26. ; K. EL CHAZLI, « L'impartialité de l'arbitre », Décembre 2019, RDIDA, n° 2, 15.

²¹⁷⁵ Ph. FOUCHARD, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985, p. 5. ; Y. STRICKLER, *J. Cl. Code civil*, Fasc. 30, « ARBITRAGE. – Généralités », 2016, n° 4. ; M. ALENEAI, préc.

²¹⁷⁶ Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'imperium », *op. cit.*, p. 268.

mesures provisoires et/ou conservatoires par le biais du référé arbitral n'est qu'une alternative au référé judiciaire, peu importe l'impact de l'intervention – ou de la non-intervention - du juge judiciaire dans la procédure arbitrale.

1084. Par conséquent, le référé arbitral, en France et au Koweït, constitue une véritable alternative au référé judiciaire. Toutefois, la question substantielle qui est au cœur du sujet de cette étude demeure celle de l'efficacité - notamment grâce à la célérité de l'arbitrage - des mesures provisoires et/ou conservatoires rendues par les arbitres français et koweïtiens en comparaison des mesures arbitrales rendues par le juge judiciaire des référés.

1085. Dans les deux États, deux axes de réponse peuvent être envisagés concernant cette question. Si l'on envisage la justice arbitrale dans un rapport de confrontation avec la justice étatique, la réponse doit être nuancée puisque les mesures provisoires arbitrales seront tantôt efficaces et rapides, tantôt inefficaces et lentes. En effet, leur célérité et leur efficacité dépendent fondamentalement des circonstances liées à chaque instance arbitrale et des pouvoirs conférés aux arbitres des deux États, comme par exemple, le pouvoir d'astreinte conféré au seul arbitre français.

1086. Toutefois, si l'on envisage notre question au-delà d'un rapport de confrontation entre deux justices (justice privée et justice étatique) **il nous apparaît que la justice étatique ne s'inscrit jamais en concurrence avec l'arbitrage.** En effet, il faut concevoir les deux justices comme complémentaires, puisque la justice étatique a un rôle d'assistance immédiate pour la justice arbitrale, permettant *a fortiori* une meilleure efficacité et rapidité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales. À chaque fois que la justice privée est confrontée à des obstacles, la justice étatique peut en réalité lui conférer son assistance. Selon nous, c'est plutôt cet axe de réponse qui doit être privilégié en France et au Koweït car il y a ici une cohérence de conformité avec la nature urgente des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales et leur objectif. Par exemple, nonobstant l'unicité du juge arbitral et l'absence d'*imperium* des arbitres, rien n'empêche d'admettre en France et au Koweït que les mesures provisoires sont toujours rapides et efficaces grâce à la modernité de l'arbitrage.

1087. Avenir de l'arbitrage ? En droits français et koweïtien, d'autres questions fondamentales peuvent être envisagées pour mettre en lumière l'avenir des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales : pourrait-on imaginer qu'il puisse exister dans les deux États

une parfaite articulation entre le juge d'appui et le juge arbitral sur les difficultés liées aux mesures provisoires et/ou conservatoires ? Par exemple, si nous adoptons la position qui consiste à apporter la preuve qu'il n'existe aucune concurrence entre le juge arbitral et le juge étatique, l'arbitre ne doit pas hésiter à demander de sa propre initiative l'assistance du juge d'appui car il y aura un risque d'affecter son impartialité.

1088. Une autre question peut également être soulevée s'agissant de l'avenir de l'arbitrage. Pourrait-on imaginer que l'*imperium merum* soit conféré aux arbitres ? En effet, avant le décret de 2011, il n'était pas envisageable que l'arbitre français puisse prendre des mesures provisoires et/ou conservatoires sous astreintes. Cependant, depuis la promulgation de ce décret, il demeure possible pour l'arbitre de prononcer ces mesures sous astreintes. Ainsi, peut-on imaginer que l'arbitre puisse prendre des mesures sans avoir besoin d'obtenir l'*exequatur* ? Actuellement, le droit koweïtien ne permet pas à l'arbitre de prononcer des astreintes. Dès lors, nous remarquons que le droit positif koweïtien est le même que l'ancien droit français avant l'intervention du décret de 2011. Nous pourrions donc imaginer que ce droit évolue et que les arbitres koweïtiens prononcent à l'avenir des mesures sous astreinte, mais également des mesures provisoires sans l'obtention de l'*exequatur*. Enfin, aussi bien en France qu'au Koweït, est-il possible d'envisager que les arbitres puissent bénéficier de pouvoirs plus accrus, comme l'*imperium merum*, sous réserve d'un encadrement législatif et d'un contrôle très strict du juge étatique ?

BIBLIOGRAPHIE

❖ Sources de langue française

I. Ouvrages généraux

- AUDRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. XII, Marchal et Billard, 5^{ème} éd., 1922.
- ARMINJON (P.), *Précis de droit international privé*, t. III, 2^{ème} éd., Dalloz, 1952.
- CADIËT (L.), (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{re} éd., 2004.
- CADIËT (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2006.
- CADIËT (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013.
- CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016.
- CORNU (G.), *Les définitions dans la loi*, Dalloz, 1981.
- CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Dalloz, 2016.
- CABRILLAC R. (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2019.
- CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, spéc.
- CHAINAIS (C.), *La Protection juridictionnelle provisoire en droits français et italien*, Dalloz, 2007.
- COLSON (R.), *La fonction de juger : Étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006.

- **COURRÈGES (A.), DAËL (S.), *Contentieux administratif*, PUF, coll. Thémis, 4^{ème} éd., 2013, spéc.**
- DURAND (B.), *Introduction historique au droit colonial*, Paris, Economica, 2015.
- **DECLAREUIL (J.), *La justice dans les coutumes primitives*, Hachette Livre BNF, 1889.**
- **FOELIX (M.), *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, t. II, 4^{ème} éd., Marescq, 1866.**
- **FRICERO (N.), *Procédure civile*, 18^{ème} éd., Lextenso, 2021.**
- **GARSONNET (J.), CÉZAR-BRU (Ch.), *Traité théorique et pratique de la procédure civile et commerciale*, t. VIII, § 3042.**
- **GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014.**
- **GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile*, Précis Dalloz, 33^{ème} éd., 2016.**
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile*, Hyper Cours Dalloz, 5^{ème} éd., 2017.
- GLASSON (E.-D.), MOREL (R.), TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. V, Sirey, 1936.
- GUINCHARD (S.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018.

- GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), BLÉRY (C.), BOLARD (G.), BOLARD (V.), CAYROL (N.), CHOLET (D.), d'AMBRA (D.), FATTACCINI (C.), FERRAND (F.), FRICERO (N.), GERP (H.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2021/2022.
- GUINCHARD (S.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2009-2010.
- **GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016.**
- **GLASSON (E.), TISSIER (A.), MOREL (R.), *Traité de procédure civile*, t. V, Sirey, 3^{ème} éd., 1936.**
- GROTIUS (H.), *La liberté des mers : Mare liberum*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2013.
- GUETTIER (Ch.), *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1998.
- GARSONNET (E.), CÉZAR-BRU (C.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. 8, 1912, § 3042.
- HÉBRAUD (P.), *Rapport au colloque des Instituts d'études judiciaires*, Lille 1964.
- HECKETSWEILER (V.), *La fonction du peuple dans l'Empire romain, Réponse du droit de Justinien*, L'Harmattan, 2009.
- HÉRON (J.), Le BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015.
- LEFORT (Ch.), *Procédure civile*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2014.
- MEKKI (S.), STRICKLER (Y.), *Procédures civile*, PUF., Paris, 1^{re} éd., 2014.
- PASCAL (P.), *Les pensées*, Bureau de la bibliothèque économique, Paris, 1929.

- PISIER (É.), DUHAMEL (O.), *Locutions latines juridiques*, Dalloz, 2007.
- REY (A.) (dir.), *Dictionnaires Le Robert*, 1992.
- STRICKLER (Y.), *Manuels de Procédure civile*, Larcier, 6^{ème} éd., 2015-2016.
- SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. III, Sirey, 1991.
- SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. II, Sirey, 1973.
- SPINOZA (B.), *Traité politique*, II, 17, trad. C. APPUHN, Paris, Garnier, 2014.
- VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, Bière, Dalloz, 1956.
- VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, 20^{ème} éd., 1981.
- WEISS (A.), *Manuel de droit international privé*, t. III, Sirey, 9^{ème} éd., 1925, p.324.

II. Ouvrages spécialisés et travaux collectifs

- AZZALI (S.), *L'arbitre international et l'urgence*, Bruylant, 2014.
- BERNHEIM (L.), CASTEELE (V.), CLAY (Th.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012.
- BELLET (P.), *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991.
- BERTIN (P.), *Les référés des années 1980*, préf. P. Bellet, Paris, éd. Gaz. Pal., 1982.
- CARBASSE (J.-M.), « Le juge entre la loi et la justice : approche médiévales », in *mél. La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, dédié à Jean Marie CARBASSE, et Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999.

- CHEVRETTE (F.), « **Dominium et imperium : L'État propriétaire et l'État puissance publique en droit constitutionnel canadien** », *in* **mél. Dédié à J. PINEAU**, Montréal, Thémis, 2003.
- CLAY (Th.), *Code de l'arbitrage commenté*, Lexisnexis, 2015.
- CLAY (Th.), *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2021.
- CLAY (Th.) (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Université de Versailles, Lextenso éd., 2011.
- CAYROL (N.), « **La saisine du juge** », *in* **mél. De code en code, dédié à Georges Wiederkehr**, Dalloz 2009.
- DELAPORTE (V.), *Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé*, Trav. Com. fr. DIP 1986-1988.
- De BOISSÉSON (M.), *Le Droit français de l'arbitrage : interne et international*, Joly, 1990.
- ENGLEBERT (J.), *Les référés judiciaires : Principe et question de procédure*, Bruxelles, 2003.
- ESTOUP (P.), *La pratique des procédures rapides*, Lite, 2^{ème} éd., 2000.
- FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litic, 1996.
- FOUCHARD (Ph.), « **L'arbitrage commercial et le législateur**, *in* **Étude dédiée à René ROBLLOT**, LGDJ, 1984.
- FOULON (M.), « **Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile** », *in* **mél. Le juge entre deux millénaires, dédié à Pierre DRAI**, Dalloz, 2000.

- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les offices du juge », in *mél. Auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, dédié à Jean FOYER, PUF, 1997.
- GAUDEMET (Cf.), « Le concept d'imperium dans l'histoire Auguste », in *Étude de droit romain*, II, Institutions et doctrines politiques, dédié à Jovene NAPLES, 1979.
- **GUINCHARD (S.) (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2017/2018.**
- GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2015.
- JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, spéc.
- JESTAZ (Ph.), *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LGDJ, 1968.
- KAUFMANN (G.), RIGOZZI (A.), *Arbitrage international : Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^{ème} éd., Weblaw, 2010.
- **MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2014.**
- MOTULSKY (H.), *La nature juridique de l'arbitrage prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer*, in *Écrits*, t. II, Dalloz, 1974.
- **MONTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, t. II, Dalloz, 2010.**
- **MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense », in *mél. en l'honneur de P. ROUBIER*, t. II, Dalloz, 1961.**
- **NOUGEIN (H.-J.), DUPEYRÉ (R.), *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2012.**

- **PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1992.**
- POMIÈS (O.), *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, 2011.
- PILLET (P.), NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, t. VI, Sirey, 1924, suppl., 1928.
- POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant, 2002.
- **RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, Thémis, 1^{ère} éd., 2016.**
- RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999.
- ROBERT (J.), MOREAU (B.), *L'arbitrage, droit interne droit international privé*, Dalloz, 1993.
- **RUBELLIN-DEVICHI (V.), *L'arbitrage, nature juridique*, LGDJ, 1965.**
- SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éd., 2013.
- **STORME (M.), « Le juge et son panier », in mél. L. CADIET, dédié à Jacques HÉRON, LGDJ, 2008.**
- THÉRY (Ph.), « Judex Gladii (des juges et de la contrainte en territoire français) », in mél. *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Dédié à Roger PERROT Dalloz, 1996.
- Van COMPERNOLLE (J.), TARZIA (G.) (dir), *L'impartialité du juge et de l'arbitre - Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Van COMPERNOLLE (J.), Van DROOGHENBROECK (J.-F.), SALETTI (A.), (dir.), *L'arbitrage et le juge étatique*, éd. Bruylant, 2014.

III. Thèses et mémoires

- **Thèses**

- ALKHUHAIR (A.), *La saisine du juge des référés en matière civile. Étude comparative des droit français, égyptien et koweïtien*, Thèse, Strasbourg, 2019.
- **ALHOTI (N.), *Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance. Étude comparative entre le droit français et koweïtien*, Thèse, Strasbourg, 2014.**
- AKHOUAD (S.), *La notion de partie dans l'arbitrage*, Thèse, L'Université de Versailles Saint-Quentin, 2012.
- AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Thèse, Dalloz, 2002.
- BRUS (F.), *Le principe dispositif et le procès civil*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014.
- **BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, Thèse, 2013.**
- **CAPITOLIL (J.-L.), *La nécessité en droit*, Thèse, Antilles-Guyane, 1997.**
- **CLAY (Th.), *L'arbitre*, Thèse, Dalloz, 2001.**
- CHEKROUN (D.), *L'imperium de l'arbitre*, Thèse, Paris, 2008.
- CRÉPIN (S.), *Les sentences arbitrales devant le juge français, Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, Thèse, LGDJ, 1995.

- D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, Thèse, LGDJ, 1994.
- DESPRÉS (I.), *Les mesures d'instruction in futurum*, Thèse, Préf., Dalloz, 2004.
- De MENTHON (F.), *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Thèse, Paris, 1926.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse, Paris II, 1988.
- HENRY (A.), *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, Thèse, Nancy, 1913.
- LAHER (R.), *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Thèse, Mare et martin, 2016.
- MICHEL (G.), *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, Thèse, Limoges 2006.
- MOMMSEN (Th.), *Droit public romain*, Thèse, 2^{ème} éd., Paris, 1898.
- PRUJINER (A.), *Contribution à une théorie du droit judiciaire d'urgence : étude comparative de l'injonction interlocutoire et du référé*, Thèse, Laval, 1979.
- STRICKLER (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, Thèse, Université de Strasbourg, 1993.
- THÉRY (PH.), *Pouvoir juridictionnel et compétence. Étude de droit international privé*, Thèse, Paris II, thèse, 1981.
- Mémoires

- ALENEZI (A.), *l'arbitrage et l'urgence*, Mémoire de Master 2 (Cyril NOURISSAT), Université Jean Moulin Lyon III, 2017.
- ALKHUHAIR (A.), *Les conditions d'accès au juge des référés en cas d'urgence*, Mémoire de master 2 (D. d'AMBRA), Université de Strasbourg, 2015.
- BOSMAN (P.-A.), *Le rôle du juge d'appui avant et pendant l'instance arbitrale*, Mémoire du master 2 (Denis Philippe), UCLouvain, 2015.

IV. Encyclopédies

- **BERGÉ (J.-S.), *J. Cl. Droit international*, Fasc. 572-115, « PROTECTION INTERNATIONALE ET EUROPÉENNE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. – Sources. – Principes. – Contextes de mise en œuvre », 2018.**
- **BILLEMONT (J.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1200-90, « Tribunaux de commerce, Référé commercial, Ordonnance sur requête en matière commerciale », 2010.**
- **BILLEMONT (J.), *J. Cl. Commercial*, Fasc. 190, « Tribunal de commerce, référé commercial, ordonnance sur requête en matière commerciale », 2010.**
- BOLZE (A.), *J. Cl. Civil*, Synt., « Mesures d'instruction », 2019.
- BOLZE (A.), *J. Cl. Civil*, Synt., « Tribunaux de commerce », 2021, n° 51.
- BRUSCHI (M.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Référé commercial, 2007.
- **CADIET (L.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 190, « Clauses relatives aux litiges, clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige, clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », 2016.**
- **CAYROL (N.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Référé civil, mars 2016.**

- CROZE (H.), *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 20, « Référé, procédure », 2016.
- CROZE (H.), *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 30, « ARBITRAGE. – Arbitrage international », 2018.
- CROZE (H.), *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 10, « Référé, juridictions des référé, organisation, compétence », 2016.
- CROZE (H.), *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 10, « ASSIGNATION », 2016.
- CROZE (H.), LAPORTE (Ch.), *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, « SAISIE IMMOBILIÈRE. – Procédure jusqu'à l'audience d'orientation », 2012.
- DESPAQUIS (J.-M.), *J. Cl. Civil*, synt. « Action en justice », 2019.
- DECAUX (E.), TRIGEAUD (L.), *J. Cl. International*, Fasc. 245, « Arbitrage entre sujets du droit international : États et Organisations internationales, Principe généraux, Parties », 2013.
- DESDEVISES (Y.), *J. Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 220, « ASTREINTES. – Prononcé », 2020.
- DESDEVISES (Y.), *J. Cl. Civile*, Fasc. 1500-75, « ASTREINTES. – Introduction », 2019.
- DESDEVISES (Y.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 500-60, « Action en justice, Généralités », 2019.
- DEGOSSE (M.), *Répertoire du contentieux administratif Dalloz*, V° Juridictions administratives spécialisées – Régime juridique des juridictions administratives spécialisées, juin 2014.
- DEHARO (G.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Référé commercial, janvier 2017.

- **DESDEVISES (Y.), « Variations sur le fond en procédure civile », Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard, *Economica*, 1990.**
- Du RUSQUEC (E.), DÉFOSSEZ (M.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1700-10, « MESURES CONSERVATOIRES. – Dispositions communes », 2020.
- De SALVIA (M.), *J. Cl. Pénal*, Fasc. 6526, « Convention, européenne des droits de l'homme. – Recours individuel. – Compétence de la Cour européenne et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », 2008.
- De MONSEMBERNARD (M.), *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*, V° Référés d'urgence : le référé-suspension, avril 2020.
- De LEIRIS (É.), *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Communication électronique, novembre 2018.
- De VAREILLES (P.), *Répertoire de droit international Dalloz*, V° Jugement étranger : matières civile et commerciale – Régularité internationale du jugement étranger, septembre 2013.
- **DOUCHY-OUDOT (M.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Compétence, décembre 2014.**
- DREUILLE (J.-F.), *J. Cl. Lois pénales spéciales*, Fasc. 20, « État d'urgence », 2017.
- **EUDIER (F.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Jugement, janvier 2018.**
- FERRAND (F.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Preuve, décembre 2013.
- FOUCHARD (Ph.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 586-7-1, « Arbitrage commercial international, tribunal arbitral, constitution du tribunal arbitral, droit commun », 1991.

- FOUCHARD (Ph.), *J. Cl. Droit international*, Fasc. 586-7-3, « Arbitrage commercial international. – Tribunal arbitral. – Statut des arbitres », 1994.
- **FRICERO (N.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Tribunaux de grande instance, organisation et compétence, 2009.**
- GAILLARD (E.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 586-3, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, arbitrabilité », 1994.
- **GAILLARD (E.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 586-2, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, capacité et pouvoir, consentement », 1994.**
- GERBAY (N.), *J. Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Synt., « Décision judiciaire », 2020.
- GENTILI (Ch.), *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 10, « Délais de procédure civile », 2011.
- GOURDOU (J.), *J. Cl. Administratif*, Fasc. 1093, « Référé-suspension », 2018.
- GUINCHARD (S.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Procès équitable – Garanties procédurales, mars 2017.
- GRÉAU (F.), *J. Cl. Civil.*, Fasc. 224-20, « RÉGIME DE LA RÉPARATION. – Action en réparation. – Décisions judiciaires. Astreinte », 2018.
- JARROSSON (Ch.), *J. Cl. Commercial*, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit interne », 2014.
- JARROSSON (Ch.), Le BARS (B.), *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, « Arbitrage commercial, droit interne », 2013.
- **JARROSSON (Ch.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 199, « Arbitrage commercial, droit international », 2012.**

- JARROSSON (Ch.), Le BARS (B.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 197, « Arbitrage commercial, droit interne », 2014.
- LAFFLY (R.), BARBA (M.), *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « EXÉCUTION PROVISOIRE », 2020.
- LESOURD (N.), *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « ORDONNANCE SUR REQUÊTE. – Présentation », 2019.
- LEFEBVRE (Ch.), PILLEBOUT (J.-F.), *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, « MÉDIATION NOTARIALE. – Centres de médiation notariaux », 2017.
- LEDUC (F.), *J. Cl. Code Civil*, Fasc. 201, « RÉGIME DE LA RÉPARATION. – Modalités de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – Principes fondamentaux », 2016.
- Le BOT (O.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 50, « Référé, Juge des référés, Organisation, Dispositions générales », 2018.
- Le BAYON (A.), DESPAQUIS (J.-M.), TIRVAUDEY (C.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 600-80, « Compétence territoriale en matière civile », 2018.
- LOBIN (Y.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 500-90, « Action en justice, Classification des actions en justice », 2016.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. International*, Fasc. 720, « Arbitrage commercial international, notion », 2015.
- É. LOQUIN, *J. Cl. International*, Fasc. 720 « Arbitrage commercial international, notion », 2021.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1038, « Arbitrage, Instance arbitrale, Arbitrage de droit et amiable composition », 2018.

- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1036, « Arbitrage, Instance arbitrale, Procédure devant les arbitres », 2011. E. LOQUIN, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1034, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », 2018.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1024, « Arbitrage, compétence d'arbitrage, conditions de fond, litige arbitrale », 2016.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil, Synt.*, « Arbitrage en droit interne, notion, convention d'arbitrage, compétence », 2019.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil, Synt.*, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence », 2020.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil, Synt.*, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence », 2021.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1030, « Compétence arbitrale, introduction générale », 1994.
- **LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1022, « Arbitrage, convention d'arbitrage, conditions de fonds : consentement, capacité, pouvoir, objet, cause », 2012.**
- **LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1032, « Arbitrage, compétence arbitrale, investiture arbitrale, étendue », 2016.**
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1020, « Arbitrage, compromis et clause compromissoire », 2014.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1005, « Arbitrage, définition, nature juridique, distinction avec d'autres institutions, avantages et inconvénients », 2013.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1015, « Arbitrage, l'arbitre, conditions d'exercice, statut », 2015.

- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil.*, Fasc. 1800-72, « ARBITRAGE – La décision arbitrale – Voies de recours », 2020.
- LOQUIN (É.), *J. Ci. Civil.*, Fasc. 1800-70, « ARBITRAGE. – Instance arbitrale. – Arbitrage de droit et amiable composition », 2020.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1010, « ARBITRAGE. – Aperçu historique. – Aperçu de droit comparé », 2013.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. International*, Fasc. 725, « Arbitrage commercial international, sources », 2015.
- É. LOQUIN, *J. Cl. International*, Fasc. 725, « Arbitrage commercial international, sources », 2021.
- LOQUIN (É.), *J. Cl. Civile*, Fasc. 1800-71, « ARBITRAGE. – Sentence arbitrale », 2020.
- MONToux (D.), *J. Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 200, « INVENTAIRE. – Déclarations générales. – Serment. – Clôture », 2019.
- MOREAU (B.), BEREGOI (A.), DESCOURS-KARMITZ (R.), MALLET (P. E.), LELEU (A.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Arbitrage en droit interne, 2017.
- MOREAU (B.), BEREGOI (A.), DESCOURS-KARMITZ (R.), MALLET (P.-E.), LELEU (A.), *Répertoire de droit commercial Dalloz*, V° Arbitrage commercial, septembre 2013.
- MOREAU (B.), *Répertoire de droit commercial Dalloz*, V° Sentence arbitrale, 2013.
- MOURRE (A.), VAGENHEIM (A.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention du juge étatique, mesure provisoire et conservatoire », 2014.

- MOURRE (A.), VAGENHEIM (A.), *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention du juge étatique, mesure provisoire et conservatoire », 2020.
- MOURRE (A.), AMEZAGA (B.), *J. Cl. International*, Fasc. 780, « ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL. – Instance arbitrale. – Intervention du juge étatique. – Mesures provisoires et conservatoires », 2020.
- NIOCHE (M.), *J. Cl. International*, Fasc. 584-175, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civil et commercial, mesures provisoires et conservatoires », 2017.
- OUAISSI (H.), TIRVAUDEY (C.), *J. Cl. Civil, Synt.*, « Compétence judiciaire », 2019.
- PANSIER (F.-J.), « Compétence civile des tribunaux d'instance », *Répertoire de droit immobilier*, avril 2014.
- RACINE (J.-B.), *J. Cl. Contrats*, Fasc. 191, « CONVENTION D'ARBITRAGE. – Formation », 2008.
- RACINE (J.-B.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 919, « Convention d'arbitrage, formation », 2008.
- RAYMOND (G.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Assistance éducative, mars 2010.
- SERAGLINI (Ch.), *J. Cl. Civil, Synt.* 290, « Arbitrage international : convention arbitrale », 2018.
- SERAGLINI (Ch.), *J. Cl. Droit international, Synt.*, « Arbitrage international : notions », 2020.
- STRICKLER (Y.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 20, « Arbitrage, convention d'arbitrage », 2016.

- STRICKLER (Y.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 30, « Arbitrage, Procédure arbitrale », 2017.
- STRICKLER (Y.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 500-40, « Principe de la contradiction », 2018.
- STRICKLER (Y.), *J. Cl. Code civil*, Fasc. 30, « ARBITRAGE. – Généralités », 2016.
- STRICKLER (Y.), *J. Cl. Civil, Synth.*, « Arbitrage », 2019.
- SUDRE (F.), *J. Cl. Europe Traité*, Fasc. 6526, « Convention, européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit à un procès équitable », 2018.
- TAISNE (J-J.), DOUCHY-LOUDOT (M.), *Répertoire Procédure civile Dalloz*, V° Avocat, avril 2018.
- TIRVAUDEY (C.), *J. Cl. Civile, Synt.*, « Mesures conservatoires », 2000.
- **TIRVAUDEY-BOURDIN (C.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 600-90, « Compétence, exception d'incompétence », 2010.**
- TIRVAUDEY-BOUDIN (C.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1500-60, « TITRE EXÉCUTOIRE », 2020.
- **THÉRON (J.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 600-30, « Moyens de défense, Généralités », 2016.**
- VUITTON (X.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1200-90, « Référé, généralités, compétence », 2016.
- VUITTON (X.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-10, « Référé, Ordonnance, Caractéristique, Exécution provisoire, Voies de recours et de contestation, Mesures », 2019.
- VUITTON (X.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-05, « Référé. – Instance. – Procédure », 2019.
- VUITTON (X.), *J. Cl. Civil*, Fasc. 1300-20, « ORDONNANCES SUR REQUÊTE », 2019.

- VUITTON (X.), *J. Cl. Civil*, synt., « Référéés, civils », 2020.
- VUITTON (X.), *J. Cl. Civil*, synt., « Référéés, civils », 2021.
- WEILLER (L.), *J. Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 20, « Arbitrage, arbitrage interne », 2018.
- WEILLER (L.), *J. Cl. Procédure Formulaire*, Fasc. 10, « ARBITRAGE. – Tribunal arbitral », 2018.

V. Sélection d'articles, chroniques et études

- ADIET (L.), « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 1994, n° 48, doct. 3805.
- ANCEL (J.-P.), « L'arbitrage international en France », *APD*, 2009.
- ANCEL (J.-P.), « Le référé-contrat », *D.* 2006, P.2409.
- AUTEM (D.), « Une cour d'appel statuant en matière de droit visite ne peut, sans excéder ses pouvoirs, ordonner une mesure d'assistance éducative », *D.*, 1996.
- BATTEUR (A.), DOUVILLE (T.), « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.*, 2015.
- BÉGUIN (J.), ORTSCHIEDT (J.), SERAGLINI (Ch.), « Arbitrage - Droit de l'arbitrage », *JCP E*, 2014, n° 7, 1075.
- BÉGUIN (J.), SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.), « Droit de l'arbitrage », *JCP G*, 2008, n° 37, 11, 2088.
- BÉGUIN (J.), ORTSCHIEDT (J.), SERAGLINI (Ch.), « Arbitrage - Un second souffle pour l'arbitrage Arbitrage interne - À propos du décret du 13 janvier 2011 », *JCP G*, 2011, n° 11-12, doct. 322.

- BÉGUIN (J.), ORTSCHIDT (J.), « La sentence arbitrale est rendue : comment l'exécuter ? », *JCP G*, 2010, n° 1-2, 36.
- **BERGERES (M.-Ch.), DU CHEYRON (A.), « La contrainte par corps de l'article L.271 du livre des procédures fiscales », *RDF*, 1983.**
- BENSAUDE (D.), « Compétence du juge des référés et date de constitution du tribunal », *Gaz. pal.*, 2013, n°008.
- BERTIN (Ph.), « Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires », *Gaz. Pal.* 1979, 1, doct. p.294, n° 8, 9.
- BERTIN (Ph.), « Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale », *Rev. arb.*, 1983, spéc. p.281, n° 4.
- BLÉRY (C.), « Référés - Le référé procédural entre au Code de procédure civile Un texte bienvenu... mais encore insuffisant ! », *JCP G*, 2011, n° 39, 1006.
- BOULBÈS (R.), « L'exequatur des sentences arbitrales. Suggestions pour une réforme », *JCP G*, 1964, 1822.
- **BÉGUIN (J.), ORTSCHUDT (J.), SERAGLINI (Ch.), « Arbitrage, droit de l'arbitrage », *JCP G.*, 2018.**
- BONNEAU (Th.), « Principe d'impartialité », *Dr. sociétés*, 2008, comm. 16.
- BOYER (V.-H.), « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, p.163.
- BOLLÉE (S.), « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb.* 2015, p.695.
- BOUCKAERT (C.), DUPEYRÉ (R.), « Le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance », *Rev. droit ass.*, 2011, 361.

- BRUNET (J.-P.), « Les difficultés relatives au montant du recours de la victime contre le tiers responsable en cas de modification des prestations de la sécurité sociale », *Gaz. pal.*, 1974, 1, p.1.
- BOUCARON-NARDETTO (M.), « La compétence-compétence : le point de vue 1 », *Cah. Arb.*, 2013.
- BUTÉRI (K.), « La participation du juge des référés à la formation de jugement au fond », *D.*, 2004, p.2586.
- BURGELIN (J.-F.), « Quand le juge des référés prend parti », *D.*, 1990, n° 1.
- BRETZNER (J.-D.), DUMINY (E.), « Les variétés - Les tribulations du principe de la contradiction en matière d'ordonnance sur requête fondée sur l'article 145 du CPC », *RJDA*, 2018, n° 15, 18.
- BOLLÉE (S.), « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP* 2011. 553.
- **CARLEVARIS (A.), « Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 319, p.27.**
- **CAVALIEROS (Ph.), COLLETIER (S.), PARALIKA (M.), FOURET (J.), TRUONG-NGUYEN (C.), « Chronique des sentences arbitrales », *JDI clunet*, 2019, n° 3, chron. 5.**
- CALLONNEC (Th.), « L'appel des décisions ordonnant une expertise », *RJO.*, 1991.
- CHENU (D.), « L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011 », *LPA*, 2011, n°79, p. 3.

- CAYROL (N.), « Du bon usage de l'option de compétence entre juridiction des référés et juridiction du principal », RTD civ., 2017.
- **CAYROL (N.), « La suspension de la dénonciation régulière d'un contrat par le juge des référés », RDC, 2017, p.66.**
- CAYROL (N.), « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.* 2011. 904, n° 7,8 et 9.
- CAYROL (N.), « La saisine du juge des référés », RTD civ., 2018, p.970.
- CAYROL (N.), « Litispendance », RTD civ., 2015.
- CAYROL (N.), « La notion de *jurisdiction* », Procédures, 2020, n° 2, dossier 2. 2.
- CADIET (L.), « La renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1996, p.4.
- CASSON (P.), « La validité d'une clause compromissoire n'est pas soumise à l'article 48 du CPC », 2019.
- CHAINAIS (C.), « L'arbitre, le droit et la contradiction, l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010, p.3.
- CHEDLY (L.), « L'arbitrage international en droit tunisien Quatorze ans après le Code », *JDI clunet*, 2008, n° 2, doct. 4.
- CHABOT (G.), « Arbitrage et mesures d'instruction *in futurum* », *LPA*, 2006, p.18.
- CLAY (Th.), « Arbitrage - « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage Commentaire article par article (Première partie) », *JDI*, 2012, doct. 4.
- CLAY (Th.), « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. Arb*, 2011.

- CORNU (G.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *RID comp*, 1997, 49-2, p. 315.
- CORNU (G.), « Vocabulaire juridique », Presse Universitaire de France, 2^{ème} éd., 1991, p.630.
- CLÈRE (J.-J.), « L'Arbitrage révolutionnaire, apogée et déclin d'une institution », *Rev. arb.*, 1981, p.37.
- CORNU (G.), « La réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1980, p.583.
- COHEN (D.), « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.* 2011, p.611.
- COHEN (D.), « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006.
- COMMARET (D.-N.), « Une juste distance ou Réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998. Chron. 262.
- COMPERNOLLE (J. V.), « Magistrats - Arrêt AZF : l'impartialité d'un juge appréciée à l'aune de la jurisprudence de la Cour EDH », *JCP*, 2015, n° 8.
- CONTIS (N.), BREVOT (D.), « Le procès civil et les mesures avant dire droit », *JCP G*, 2010, n° 45-46, 1132.
- COSTARGENT (J.-R.), DELANOY (L.-Ch.), « Le pouvoir de relever des moyens d'office au regard des principes directeurs de la procédure en arbitrage international », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, n° 1, 2010, étude 1.
- COLI (U.), « Sur la notion d' « imperium » en droit public romain », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 1960, p.361.
- **CONSTANS (A.), « L'Arbitrage et ses Évolutions - L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français », Avril 2010, RDJS, Po n° 2, 26.**

- CROCE (M.), « Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international », *Gaz. pal.*, 2000, n° 062, p.3.
- CUNIBERTI (G.), « Sentence arbitrale », *JDI clunet*, 2003, n° 2, 100015.
- DAGOT (M.), « L'inventaire des meubles successoraux. Problèmes actuels », *JCP N*, 1990, n° 45, 101337.
- DANIS (M.), « Nécessité du respect du principe du contradictoire par les arbitres », *JCP E*, 2006, n° 47, 2660.
- DELPECH (X.), « Confirmation de la validité de la clause compromissoire par référence », *AJD*, 2006.
- De LOYNES de FUMICHON (B.), IMBERT (M.), « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.* 2003, p.26 s.
- DEBONO (A.-L.), « La nature des pouvoirs du bâtonnier », *AJDA* 2007, 645.
- De GAUCOURT (J.-L.), « Spécial Exequatur : De quelques avancées récentes en matière d'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2004, n°318, p.31.
- DIONISI PEYRUSSE (A.), « Actualités de la bioéthique », *AJ Fam.* 2016, p.8.
- EGÉA (V.), « La jurisdictio de l'arbitre face à l'urgence », *Procédures*, 2020 n° 2, dossier 4. 4.
- ESEINMANN (Ch.), « Sur la compétence des juridictions », *D.*, 1948.
- EL AHDAB (J.), « Pays arabes / Pays arabes », *Cah. arb.*, 2010, n°4, p.1207.
- **EL CHAZLI (K.), « L'impartialité de l'arbitre », Décembre 2019, RDIDA, n° 2, 15.**

- FOUCHARD (Ph.), « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985, p. 5.
- FOUCHARD (Ph.), « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.*, 2001.
- FOULON (M.), STRICKLER (Y.), « Rétractation des ordonnances sur requêtes et délégation du président du tribunal », *Gaz. Pal.*, 2013.
- FOULON (M.), STRICKLER (Y.), « Le référé-différend », *RRJ.*, 2014-3, p. 1280.
- FRISON-ROCHE (M.), « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, n° 53.
- FRISON-ROCHE (M.), « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016, p.85.
- FRÉJAVILLE (M.), « La valeur pratique d'astreinte », *JCP*, 1951, I, 910.
- FRIOCOURT (M.), « Arbitrage et propriété intellectuelle », *APD*, t. 52, 2009, p.273.
- GARNCARZYK (C.), DOSSEVILLE (F.), « L'arbitrage des pratiques sportives : jugement et décision », *Bulletin de psychologie*, 2007/3, n° 489, p.11.
- GAILLARD (E.), « Chronique des sentences arbitrales », 2008, *JDI clunet*, n° 1, chron. 3.
- GAUDEMET (J.), « *Dominium-imperium*, les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits* 1995, p.3.
- **GILBERT (S.), « L'immixtion du référé-liberté dans le champ de la voie de fait : vers une perte de sens de la voie de fait », *J. Cl., DA*, 2013, n° 3, comm. 24.**
- GOLDMAN (B.), « L'action complémentaire du juge et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », *Rapport général pour le sixantième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI*, 1984, p.291.

- **GOLDMAN (C.), « Mesures provisoires et Arbitrage international », *RDAl*, 1993.**
- GOLDMAN (B.), « L'action complémentaire du juge et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », *Rapport général pour le sixantième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI*, 1984, p.291.
- GRANDJEAN (Ph.), « L'évolution du référé commercial », *Rev. Jurisp. com.*, 1993, p.177.
- GRANDJEAN (J.-P.), FOUCHARD (C.), « Le choix de l'arbitre - Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cah. dr. entr.*, 2012, n° 4, dossier 21.
- GUINSHARD (S.), « L'arbitre et le respect du principe du contradictoire », *Rev. arb.*, 1997, p.192.
- **HAUSER (J.), « Assistance éducative : compétence exclusive du juge des enfants », *RTD civ.*, 1995.**
- HÉBRAUD (Ph.), « Rôle du juge des référés, saisi à la suite d'une ordonnance sur requête qui a prononcé l'expulsion d'un occupant », *RTD civ.*, 1951, p.413.
- HÉBRAUD (Ph.), « Action en justice », *RTD civ.*, 1961, p.61.
- JALLAMION (C.), « Arbitrage et pouvoir politique du XVIIe au XIXe siècle », *Rev. Arb.*, 2005, p.3.
- JALLAMION (C.), « La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2015, p.739 s.
- JARROSSON (Ch.), J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. Arb.*, 2011, p.16.

- JARROSSON (Ch.), « L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage », *Procédures*, 2012.
- JARROSSON (Ch.), « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, 2007, n° 8-9, étude 17.
- JARROSSON (Ch.), RACINE (J.-B.), « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. arb.*, 2016, n° 18.
- JARROSSON (Ch.), « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p.5.
- JARROSSON (Ch.), « L'arbitrage et la Convention EDH » *Rev. arb.* 1989, p.573.
- JEANCLOS (Y.), « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle », *Rev. arb.*, 1999, p.417.
- JARVIN (S.), « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.*, 1998, p.611.
- JOURDAN-MARQUES (J.), « L'imbroglio dans la qualification de la décision relative aux mesures provisoires », *Cah. arb.*, 2012, n° 2, p.397.
- KEBIR (M.), « Référé : cessation du trouble manifestement illicite et violation d'une règle de droit », *Dalloz actualité*, 11 septembre 2012.
- KLEIMAN (E.), SALEH (S.), « Célérité et loyauté en Droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelle responsabilité pour les arbitres et les parties ? », *Cah. Arb.*, 2012, p.99.
- KRIEGK (J-F.), « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », *LPA*, 2006, n°5, p.6.
- KESSEDJIAN (Ch.), « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.* 1995, p.381.

- LAFONT (S.), « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000, p.557 s.
- LAHER (R.), « Juge de l'exécution et résolution de la vente su adjudication : une clarification opportune », *Gaz. Pal.*, 2017.
- LEFRANCE (D.), « Censurer Coluche, à quel titre ? », *D.*, 2009, n° 852.
- LEVEL (P.), « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992.
- **LEVEL (P.), « Une première retouche au droit de l'arbitrage (Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972) », *JCP*, 1972, t. I.**
- LEVEL (P.), « ARBITRAGE. — Arbitrage international. Notion. Arbitres. Récusation. Chambre de commerce internationale. Règlement d'arbitrage. Décisions d'un organisme d'arbitrage. Recours. Demande en nullité. Irrecevabilité. Responsabilité civile. Irrecevabilité », *JCP G*, 1987, n° 12, II 20755.
- Le BARS (B.), « Arbitrage - La réforme du droit de l'arbitrage Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *JCP G*, n° 4, 2011, 67.
- Le NINIVIN (D.), « La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile », *RJO*, 1982, p. 154 et 155. Ch. LESBATS, « L'évolution du contrôle du juge en matière gracieuse », *RJO*, 2001, p.3.
- LOQUIN (É.), « Les règles matérielles du commerce international », *Rev. arb.* 2005.
- LOQUIN (É.), « Les garanties de l'arbitrage », *LPA* 2, 2003, p.13 s.
- LOQUIN (É.), « De l'obligation faite aux arbitres de soumettre tout argument de fait ou de droit relevé d'office par lui à la discussion des parties », *RTD com.*, 1996, p.445.
- LOQUIN (É.), « L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence », *Rev. Arb.*, 1976, p.223.

- **MALINVAUD (C.), « Modification de la loi modèle CNUDCI sur les mesures intérimaires : un texte de compromis sur les mesures ex parte », *Gaz. pal.*, 2007, n° 114, p.12.**
- MARTIN (R.), « Les cheminements des pouvoirs judiciaires depuis 1789 », *RTD civ.* 2004, 251, n° 12.
- **MAYER (P.), « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de *Civil law* et de *common law* », *Rev. Arb.*, 1995, p164.**
- MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, vol. 217, 1989.
- MAYER (P.), « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », *RID. comp*, Lausanne, 1999, n°13.
- **MEKKI (S.), « Du bon usage des mesures d'instruction in futurum en matière de discrimination », *Gaz. Pal.*, 25 mai, *Chron. n 131h8*, p. 26.**
- MEIJERS (E.-M.), « Le développement des ordonnances sur référé en France », *Rev. histoire de droit français et étranger*, 1984, n° 1, p.259.
- MIGNARD (J.-P.), HUET (B.), « Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 249, p.10.
- **MINOLI (E.), « Rapport général, IVe Congrès international de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1972, p.234.**
- **NORMAND (J.), « La compétence territoriale du juge des référés », *RTD civ.* 1980.**
- NORMAND (J.), « Le référé de l'article 145 », *RTD civ.*, 1983, p.783.

- NORMAND (J.), « Une mesure d’instruction à future peut être ordonnée en référé indépendamment de tout mesure d’interdiction afin de constater l’accomplissement éventuel d’un acte illicite », *RTD civ.*, 1994, p.670.
- NORMAND (J.), « L’autonomie des référés de l’article 145 du nouveau code de procédure civile », *RTD civ.*, 1983, p.187.
- NORMAND (J.), « Urgence et référé provision », *RTD civ.*, 1977, p. 360-361.
- NORMAND (J.), « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *RTD civ.*, 1983, p.782.
- NORMAND (J.), « Du quelques limites du référé provisoires », *RTD civ.*, 1999, n° 177.
- **NORMAND (J.), « Juridiction compétente pour connaître des mesures provisoires ou conservatoires et incidence d’une procédure d’arbitrage au fond », *Rev. Crit. DIP*, 1999.**
- **NORMAND (J.), « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts Van Uden Mietz », *Rev. Crit. DIP*, 1999.**
- NORMAND (J.), « Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoir du juge des référés », *RTD civ.*, 1979, p.654 s.
- NORMAND (J.), « La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », *RTD civ.*, 2002, p.137.
- NORMAND (J.), « Référés. Le contrôle de l’illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1997, p.216.
- NOTTÉ (G.), « Réforme de l’arbitrage », *JCP E*, 2011, n° 3, 20, act. 26.
- NOURISSAT (C.), « Le nouveau droit français de l’arbitrage (décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l’arbitrage) », *Procédures*, 2011, n° 3, étude 3.

- NOURISSAT (C.), « L'arbitre et le droit de la famille », 2020, *Procédures* n° 2, dossier 3. 3.
- PAPADATOU (D.), « L'arbitrage byzantin », *Rev. arb.*, 2000, 349, spéc., n° 9.
- PARISOT (V.), « Conflit de juridictions - Conflit de juridictions. – Effets internationaux des décisions étrangères. – Reconnaissance ou exequatur d'une décision américaine homologuant des sentences arbitrales. – Procédure par défaut. – Intérêt à agir, en l'absence de biens saisissables en France, du bénéficiaire de la décision... », *JDI clunet.*, 2020, n° 4, 20.
- PERROT (R.), « Demande en rétractation - Nature contentieuse de la procédure ultérieure », *Procédures*, 2003, n° 4, comm. 86.
- PERROT (R.), « Appel-nullité : excès de pouvoir et incompétence », *RTD civ.*, 1997.
- PERROT (R.), « Signification des actes d'exécution », *Procédures*, 2007, n° 2, comm. 41. 41.
- PERROT (R.), « Le contentieux de l'exécution », *Procédures*, 2008, n° 8-9, dossier 13. 13.
- PERROT (R.), « La compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1974, 2^{ème} sem., Doct., p.900.
- PERROT (R.), « La réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. Arb.* 1980, p. 644.
- PERROT (R.), « Impartialité du juge et cumul des fonction », *RTD civ.*, 1999. n° 193.
- PIERRE-MAURICE (S.), « Ordonnance sur requête et matière gracieuse », *Dalloz*, 2003.

- PLESSIX (B.), « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *D.*, FRDA, 2007.
- ROBERT (J.), « Bilan d'une réforme », *Rev. arb.*, 1980.
- PERROT (R.), « La notion d'incident mettant fin à l'instance », *Procédures*, 2007, n° 1, comm. 8.
- ROUSSE (J.-P.), « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1974, 2^{ème} sem., Doctr., p.837.
- SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.), « Droit de l'arbitrage », *JCP G*, 2007, n° 51-52, 19, doct. 216.
- SOLUS (H.), « Compétence territoriale et compétence d'attribution », *JCP I*, 1947.
- STERN (S.), « Arbitrabilité des litiges portant sur des projets de grands travaux », *Rev. arb.* 1972, p.266.
- STRICKLER (Y.), FOULON (M.), « L'envoi en possession par voie de requête de l'article 1008 du Code civil », *JCP G*, 2015, n° 15, 435.
- STRICKLER (Y.), « Autorité de la chose jugée du jugement au principal sur une ordonnance de référé - Mise en œuvre d'une clause résolutoire insérée à un contrat de bail », *Procédures*, 2017, n° 6, comm. 120.
- STRICKLER (Y.), « Le juge du fond n'est pas juge d'appel de la décision de référé - Appréciations divergentes en référé et au principal », *Procédures*, 2019, comm. 151.
- THÉRY (Ph.), « À propos du défaut de pouvoir juridictionnel : observations sur l'usage abusif d'une notion dévoyée », *RTD civ.*, 2017, p. 722.
- TERRÉ (F.), « La Méditerranée, source d'un droit », *D.* 2009. 30.

- TRAIN (F.-X.), « L'extension de la clause compromissoire », *Chronique des années 2012-2017, Rev. arb.* 2017, p.389.
- TROUILLY (P.), « Espèces nuisibles, Destruction d'espèces classées nuisibles et notion d'urgence », *J. Cl. Environnement et Développement durable*, 2007.
- VELISSAROPOULOS-KAKAROSTAS (J.), « L'arbitrage dans la Grèce antique, époque archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000, p.9.
- VIATTE (J.), « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1976, 2e sem., Doct., p.710.
- VIX (O.), « Le notaire, le juge et l'auxiliaire de justice Variations sur le statut du notaire dans le domaine gracieux », *JCP N*, 2019 n° 36, 6, act. 708.
- WEILLER (L.), « L'irrésistible ascension de l'obligation de révélation », *Procédures* n° 3, 2012, comm. 73.
- WEILLER (L.), « La nécessaire motivation du manquement de l'arbitre à son devoir d'indépendance et d'impartialité », *Procédures* n° 12, 2012, comm. 354.
- WEILLER (L.), « Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité », *LPA*, 2013, n°32, p.1.
- WEILLER (L.), « Covid-19 - L'influence de la crise sanitaire sur les procédures arbitrales », *Procédures*, 2020, n° 6, étude 18.
- WEILLER (L.), « Arbitrage - Charge de la preuve du non-respect de la contradiction par l'arbitre », *Procédures*, 2015, n° 2, comm. 44.
- WEILLER (L.), « Compétence arbitrale dans le cadre d'un litige entre avocats », *Procédures*, 2014, n° 10, comm. 268.

- WIEDERKEHR (G.), « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », RIDC, 1998.

VI. Jurisprudence.

- CA Lyon, 3^{ème}, chambre civ., 25 janvier 2007, n° 02-05449.
- **CA Nîmes, 4^{ème}, chambre com., 22 juin 2017, n° 16-010.73.**
- CA Paris, 14^{ème}, chambre civ., 7 novembre 2007, n° 07-07304.
- **CA. Paris, 1^{ère} chambre com., 11 avril 2002, n° 2002/194052.**
- **CA Paris, 1^{re} chambre, 28 novembre 2007, n° 07/05780.**
- CA Paris, 1^{re} chambre, 8 avril 2014, n° 12/20478.
- CA Paris, 1^{re} chambre, 7 octobre 2004, n° 2004/13909.
- CA Paris, 1^{re} chambre, 9 juillet 1992, n° 1992/023182.
- Cass. Civ. 1^{re}., 13 décembre 2012, n° 11-26.019, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-128.06, Bull. civ. I, n° 103, p.69.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 29 février 2012, n° 11-127.82, Bull. civ. I, n° 40.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 15-166.96, Bull. civ. I, P+B.
- **Cass. Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007, n° 05-218.58, Bull. civ. I, n° 21, p.19.**

- **Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2015, n° 14-166.54, inédit.**
- **Cass. Civ. 1^{ère}, 2 avril 2014, n° 11-146.92, Bull. civ. I, n° 59.**
- **Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 2014, n° 13-158.27, inédit.**
- Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 2000, n° 79-199.20, Bull. civ. I, n° 37, p.24.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, n° 91-151.94, Bull. civ. I, n° 313, p.218.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 3 février 2010, n° 09-13.618, Bull. civ. I, n° 31.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 06-11157, inédit.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 5 janvier. 1999, n° 96-21.430, Bull. civ. I, n° 2, p.1.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 avril 2014, n° 12-35.270, Bull. civ. I, n° 69.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1998, n° 95-20627, Bull. civ. I, n° 70, p.47.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, n° 86-17204, Bull. civ. I, n° 105.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 1978, n° 77-10662, Bull., I, n° 116, p.94.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 1 février 1983, n° 81-16815, Bull., I, n° 46, p.40.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-17.708, Bull. civ. I, n° 175.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2018, n° 17-11.628, Bull. I, n° 59.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 1 février 1989, n°86-15.288, inédit.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 6 décembre 2005, n° 03-16.572, Bull, civ. I, n°463, p.391.

- Cass. Civ. 1^{re}, 26 avril 1977, n° 76-11270, Bull., I, n° 188, p. 147.
- Cass. Civ. 1^{re}, 3 janvier 1979, n° 77-10288, Bull., I, n° 2, p. 2.
- Cass. Civ. 1^{re}, 8 février 1960, n° 58-12602, Bull., I, n° 84, p.70.
- Cass. Civ. 1^{re}, 4 juillet 2006, n° 05-11591, Bull. Civ. I, n° 337, p.291.
- Cass. Civ. 1^{re}, 18 novembre 1976, n° 85-11.324, Bull. civ. I. n°269.
- Cass. Civ. 1^{re}., 9 décembre 2003, n° 01-13.341, Bull. Civ. I, n° 250 p.199.
- Cass. Civ. 1^{re}, 29 juin 1994, n° 92-18.084, Bull. Civ. I, n° 224 p.163.
- Cass. Civ. 1^{re}, 20 novembre 2013, n° 12-25.266, Bull. Civ. I, n° 222.
- Cass. Civ. 1^{re}, 6 février 2001, n° 98-20.776, Bull. Civ. I., n° 22 p.15.
- Cass. Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, Bull. Civ. I., n° 129.
- Cass. Civ. 1^{re}, 17 novembre 2010, n° 09-12.442, Bull. Civ. I., n° 240.
- Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 04-13.999, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, n° 01-15.912, Bull. Civ. I, n° 302 p.252.
- Cass. Civ. 1^{re}, 19 décembre 2012, n° 11-10.973, Bull. Civ. I., n° 262.
- Cass. Civ. 1^{re}, 5 novembre 2014, n° 13-11.745, Bull. Civ. I., n° 181.
- Cass. civ. 1^{re}, 19 février 2014, n° 13-14.672, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{re}, 1 octobre 2014, n° 13-22.853, Bull. Civ. I, n° 159.

- Cass. Civ. 1^{re}., 12 octobre 2011, n° 09-72.439, Bull, I, n° 164.
- Cass. Civ. 1^{re}., 12 octobre 2011, n° 10-14.687, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{re}., 20 octobre 1959, n° 57-10.110, Bull. Civ. I., n° 419 p.347.
- Cass. Civ. 1^{re}, 30 janvier 1979, n° 77-13228, Bull., I, p. 33.
- Cass. Civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-20.299, Bull, I, n° 193.
- Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 1997, n° 95-16556, Bull., I, n° 204, p.136.
- Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 2003, n° 00-13.471, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{re}., 6 oct. 2010, n° 09-10.530, Bull. I, n° 817.
- Cass. Civ. 1^{re}, 15 juin 2017, n° 16-17.108, Bull, I.
- Cass. Civ. 1^{re}., 22 septembre 2010, n° 09-17.410, Bull, I, n° 176.
- Cass. Civ. 1^{re}, 23 nov. 2004, n° 02-18.410, Inédit.
- Cass. Civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, n° 05-15.822, Bull, I, n° 485, p.417.
- Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, n° 89-18.708 et 89-18.726, Bull, I, n° 2 p.2.
- Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 96-15.732, Bull. Civ. I, n° 188.
- **Cass. Civ 2^{ème}, 12 février 1992, n° 90-18711, Bull. civ. II, n° 49, p.24.**
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 12 décembre 1973, n° 72-12188, Bull. civ. II, n° 334, p.271.**
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 3 mars 2016, n° 14-27131, inédit.**

- **Cass. Civ. 2^{ème}, 4 décembre 2003, n° 01-16.420, Bull. civ. II, n° 361, p.298.**
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 12 décembre 1976, n° 76-101.30, Bull. civ. II, n° 329, p.257.**
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 12 décembre 1976, n° 75-13.429 et 75-14091, Bull. civ. II, n° 330, p.255.**
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 4 avril 2002, n° 00-18.009, Bull. II, n° 68 p.57.**
- **Cass. Com., 9 avril 2002, n° 98-16.829, Bull. Com. n° 69 p.72.**
- Cass. Civ. 2^{ème}, 22 juin 1978, n° 77-124.79, Bull. civ. II, n° 167, p.130.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juin 1982, n° 81-109.93, Bull. civ. II, n° 75.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 18 février 2016, n° 14-25.766, Bull. Civ. II., n° 968.
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 21 janvier 1999, n° 95-187.61, Bull. civ. II, n° 16, p.11.**
- Cass. Civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, n° 01-170.16, Bull. civ. II, n° 131, p.112.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 21 novembre 2002, n° 00-22.864, inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 2 juillet 1970, n° 69-106.09, Bull. civ. II, n° 233, p.177.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2010, n° 09-65256, Bull., II, n° 134, p. 120.
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 30 avril 2009, n° 08-154.21, Bull. civ. II, n° 105.**
- Cass. Civ. 2^{ème}, 18 juillet 1984, n° 83-13225, Bull., II, n° 138, p.97.
- **Cass. Civ. 2^{ème}., 30 mars 2000, n° 98-15.849, Inédit.**
- **Cass. Civ., 2^{ème}, 7 mai 2002, n° 00-12.510, Bull, II, n° 91 p.73.**

- Cass. civ. 2^{ème}, 10 janvier 2013, n° 12-12.375, inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 5 mars 2015, n° 13-18134, Inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 3 septembre 2015, n° 14-20.453, inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 17 janvier. 1996, n° 93-18.361, Bull. civ. II, n° 3, p.2.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, n° 99-21.662, Bull. civ. II, n° 168, p.116.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, n° 99-17.875, Bull. civ. II, n° 171, p.118.
- Cass. Civ. 2^{ème}., 22 novembre 2012, n° 11-19.524, inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juin 1998, n° 95-10563, Bull., II, n° 200, p.118.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 14 mars 1984, n° 82-16076, Bull., II, n° 49, p.34.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 11 octobre 1995, n° 93-11006, Inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 17 janvier 1990, n° 88-18615, Bull., II, n° 12, p.6.
- Cass. Civ. 2^{ème}., 5 avril 1962, n° 60-10630, Bull., II, n° 381, p. 271.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 11 décembre 2008, n° 07-20255, Bull. civ. II, n° 262.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 11 octobre 1995, n° 92-20265, Inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, n° 98-14490, Bull., II, n° 13, p.9.
- **Cass. Civ. 2^{ème}, 9 novembre 2006, n° 06-10.714, Bull., II, n° 311 p.289.**
- Cass. Civ. 2^{ème}, 20 mars 2003, n° 01-03.014, Inédit.

- Cass. Civ. 2^{ème}, 1 mars 2018, n° 16-25.462, Bull. II, n° 38.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 16 mai 2013, n° 12-19.086, Inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 11 décembre 2008, n° 07-20.255, Bull, II, n° 262.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 23 mars 2017, 15-23.090, Bull, II, n° 243.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 2 décembre 2004, n° 02-20.194, Bull, II, n° 514 p.440.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 23 octobre 2003, n° 01-00.242, Bull, II, n° 326 p.265.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 4 mars 2004, n° 02-15.270, Bull, II, n° 91 p.78.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 30 novembre 1978, n° 77-13.901, Bull, II, n° 259 p.198.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 14 décembre 1992, n° 91-12.438, n° 308 p.152.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 11 mars 1993, n° 93-60.084, Bull. civ. II, n° 101.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mai 1989, n° 88-11.941, Bull. Civ. II, n° 105 p. 53.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mars 1982, n° 81-10.023, Bull. Civ. II, n° 38.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 23 juin 2011, n° 09-15.572, Bull. Civ. II, n° 139.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 29 janvier 2004, n° 02-15.774, inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 30 janvier 2003, n° 01-01.128, Bull. Civ. II, n° 25 p.20.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, n° 04-11.121, Inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 8 janvier 2015, n° 13-27.740, Inédit.

- Cass. Civ. 2^{ème}, 15 octobre 2015, n° 14-17.564, Bull. Civ. I, n° 311.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 10 avril 2014, n° 13-14.051, Inédit.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 6 décembre 2001, n° 99-21.870, Bull. Civ. II, n° 182 p.127.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 15 février 2001, n° 99-13.102, Bull. Civ. II., n° 27 p.20.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 17 octobre 2002, n° 01-00.982, Bull. Civ. II, n° 223 p.176.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 21 novembre 2002, n° 01-02.705, Bull. Civ. II, n° 267 p.210.
- **Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mars 1986, n° 84-175.24, Bull. civ. III, n° 34, p.26.**
- **Cass. Civ. 3^{ème}, 21 février 2007, n° 06-12457, Bull., III, n° 26, p.23.**
- Cass. Civ. 3^{ème}, 8 février 1989, n° 87-162.37, Bull. civ. III, n° 32, p.18.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 24 février 1999, n° 96-187.42, Bull. civ. III, n° 51, p.35.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, n° 90-174.58, Bull. civ. III, n° 160, p.98.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 4 mai 2010, n° 09-680.30, inédit.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 1995, n° 92-21269, Bull., III, n° 90, p.60.
- Cass. Civ.3^{ème}, 20 novembre 1984, 83-10471, Bull., II, n° 194, p.151.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 25 janvier 1989, n° 87-15940, Bull., III, n° 22, p.12.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 7 juin 1979, n° 78-10595, Bull. civ. III, n°113.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 27 novembre 1990, n° 89-17249, Bull. Civ. III, n° 254 p.143.

- Cass. Civ. 3^{ème}, 26 octobre 1982, n° 81-14461, Bull., III, n° 207, p.153.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, n° 81-14547, Bull., III, n° 83, p.66.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 10 février 1988, n° 86-18864, Bull., III, n° 34, p.18.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2013, n° 11-25262, Bull. civ. III, n° 5.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mars 1980, n° 78-15175, Bull., III, n° 57, p.40.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 30 mai 2007, n° 06-19068, Inédit.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2007, n° 06-11026, Inédit.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 5 avril 2011, n° 10-12840, Inédit.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 1977, n° 76-10319, Bull., III, n° 33, p.26.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 19 juillet 1995, n° 93-19451, Bull., III, n° 206, p.173.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 22 février 1983, n° 81-11440, Bull., III, n° 53, p.43.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 25 novembre 1992, n° 90-21364, Bull., III, n° 310, p.190.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 5 octobre 1976, n° 75-13645, Bull., III, n° 330, p.252.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 19 février 2003, n° 01-16991, Bull, III, p.41.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 25 septembre 2012, n° 10-20.125, Inédit.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 10 janv. 2012, n° 10-28.271, Inédit.
- Cass. Civ. 3^{ème}, F., 8 déc. 2010, n° 09-71.124, Bull, Civ. III, n° 216.

- Cass. Com., 9 juillet 1991, n° 89-182.54, Bull. com. n° 252, p.176.
- **Cass. Com., 17 septembre 2013, n° 12-177.41, Bull. com. n° 134.**
- **Cass. Com., 27 octobre 1998, n° 95-197.18, inédit.**
- **Cass. Com., 26 mai 1992, n° 90-130.08, Bull. com. n° 205, p.142.**
- Cass. Com., 17 juin 1997, n° 95-115.67, inédit.
- Cass. Com., 16 février 2016, n° 14-102.254, inédit.
- Cass. Com., 15 mai 2012, n° 10-26391, inédit.
- Cass. Com., 15 mai 2012, n° 11-13972, inédit.
- Cass. Com., 22 avril 1966, n° 64-12133, Bull., III, n° 189, p.162.
- Cass. Com., 25 octobre 1983, n° 82-13595, Bull., IV, p. 237.
- Cass. Com., 25 octobre 1983, n° 82-13596, Bull., IV, p. 237.
- Cass. Com., 10 juin 1976, n° 75-12917 Bull., IV, n° 189, p. 163.
- Cass. Com., 6 mars 1985, n° 83-17039, Bull., IV, n° 91, p. 80.
- Cass. Com., 4 mai 2010, n° 09-66.513, Inédit.
- Cass. Com., 14 février 2012, n° 11-12.619, Inédit.
- Cass. Com., 8 janvier 2008, n° 06-13.746, Bull. Com., n° 2.
- Cass. Com., 21 janvier 2004, n° 01-10.918, Inédit.

- Cass. Civ. Soc., 19 décembre 2012, n° 10 -20526 et 10-20528, Bull. Soc., n° 341.
- Cass. Soc., 10 janvier 1980, n° 78-41.250, Bull. Soc., n° 36.
- Cass. Soc., 26 juin 1991, n° 88-17936, Bull., V, n° 331, p.204.
- Cass. Soc., 13 juin 2007, n° 06-18336, Bull., V, n° 103, p.108.
- Cass. Soc., 22 juin 2011, n° 10-10.563, inédit.
- Cass. Soc., 10 juillet 2013, n° 12-12.181, Inédit.
- **Cass. Ass. Plén., 6 novembre 1998, n° 94-17.709, Bull. A.P, n° 5.**
- **Cass. Ass. Plén., 6 novembre 1998, n° 95-11.006, Bull. A.P, n° 4.**
- **Cass. Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, Bull., Ass. plén., n° 6, p.11.**
- **Cass. Ass. plén., 4 juillet 1986, n° 84-15735, Bull., Ass. plén., n° 11, p.19.**
- **CE, 19 janvier 2001, n° 228815, Bull, p.378.**
- **CE, 22 janv. 1867, n° 37132, Pajoi.**
- **CE, 30 juillet 2014, n° 380492, inédit.**
- **CE, 13 juin 2006, n° 294072, inédit.**
- **CE, 24 février 2006, n° 279364, inédit.**
- **CJCE, 17 novembre 1998, Aff. C-391/95, Van Uden, point n° 40.**
- **CEDH 21 févr. 1975, Golder c. Royaume-Uni, req., n° 4451/70.**

- CEDH, gr. ch., 3 avr. 2012, **Boulois c/ Luxembourg**, § 91, n° 37575/04.
- CEDH, 23 oct. 1985, **Benthem**, série A n° 97, n° 8848/80.
- CEDH, 3 April 2008, 5ème Section, **Regent Company v/Ukraine**, Application n° 773/03.
- CEDH, 23 avr. 1996, **Remli c/ France** : Rec. CEDH 1996, II, n° 16839/90.
 - Sentences arbitrales
 - Aff. CCI, n° 8894, 1997, sentence intérimaire.
 - Aff. CCI, n° 12779, 2003, procedural order.
 - Aff. CCI., n° 8307, Bull. CIArb. CCI Vol. 22, Special Supplement, 2011, p.19, para.16.
 - Aff. CCI. n° 12361, 2011, Bull. CIArb. CCI, vol. 22.
 - Aff., *Biwater Gauff Ltd. c. United Republic of Tanzania*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, ordre de procédure n° 1 du 31 mars 2006, para. 76.
 - Aff. CCI, n° 10596/2000, sentence intérimaire, YCA 2005, vol. XXX, p.66.

VII. Notes de jurisprudence et observations

- ARSEGUEL (A.), obs. sous TI Paris, 17 mai 1976, *D.* 1977, p.272.
- BANDRAC (M.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 20 novembre 2003, *Rev. arb.* 2004, p.283.
- BATIFFOL (H.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 20 février 1979, *Rev. crit., DIP*, 1979, p.809.

- BERNARD (T.), obs. sous CA Paris, 24 février 1984, *Rev. arb.*, 1985, p.175.
- BENSAUDE (D.), note sous CA Paris, 4 et 11 avr. 2002, n° 2001/02540 et n° 2001/06533, *Rev. arb.*, 2003, p.143.
- BENSAUDE (D.), note sous CA Paris, 4 avr. 2002, Nafimco c/ Foster Wheeler : *Rev. arb.* 2003, p. 160.
- BERNARD (Th.), note sous CA Paris, 5 mars 1982, *Rev. arb.*, 1982, p.459.
- BELLET (P.), note sous CA Paris, 28 juin 1991, *Rev. arb.*, 1991, p.87.
- BETTO (J.-G.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 30 septembre 1999, *Rev. Arb.*, 2000, p.267.
- BERNARD (Th.), obs. sous CA Paris, 23 juin 1983, *Rev. arb.*, 1984, p.527.
- **BLANCHOT (A.), note sous TGI Paris, 24 janvier 2002, *Gaz. Pal.*, p.43.**
- BOITARD (M.), obs. sous TGI Seine, 24 novembre 1965, *RTD com.*, 1966, p.326.
- BOITARD (M.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 25 mai 1959, *RTD com.*, 1960, p.74.
- BOUJEKA (A.), obs. sous Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p.29, *LPA*, 5 mars 2002, n° 46, p.19.
- BRENNER (Cl.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 4 janvier 2012, n° 11-40.081, *Gaz. Pal.* 26-28 février 2012, p.14.
- BOLLÉE (S.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, *Rev. arb.* 2004, p.337.
- BOITARD (M.), obs. sous CA Paris, 15 janv. 1966, *RTD com.* 1966, 579.
- BUREAU (D.), note sous CA Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2001, p.543.

- BUREAU (D.), obs. sous TGI Paris 13 juillet 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.625.
- BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 8 juillet 2010, *Rev. crit. DIP*, 2010, p.743.
- BUREAU (D.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 20 novembre 2013, *Rev. arb.* 2014, p.383.
- CADIET (L.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 18 novembre 1992, *JCP G*, 1993, I, 3678, n° 10.
- CALLÉ (P.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 3 février 2010, et 14 avril 2010, *Rev. Arb.*, 2010, p.495.
- CALLÉ (P.), note sous CA Paris, 2 juin 2005, *Rev. arb.*, 2005, p.1015.
- CAYROL (N.), obs. sous Cass. Civ. 3, 30 mars 2017, n° 16-10366, *Bull.*, III, n° 47, p. 51, *RTD civ.*, 2017, p.728.
- **CAYROL (N.), obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 21 décembre 2017, n° 16-25469, *Bull.*, III, *RTD civ.*, 2018, p.970.**
- CAPITANT (H.), note sous Cass. Civ., 17 mai 1927, *DP*, 1928, I, 25, concl. Matter.
- COUCHEZ (G.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Rev. arb.*, 1989, p.494.
- **COULON (J.-M.), obs. sous Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, *Bull.*, Ass. plén., n° 6, p.11, *D.* 1996, p.497, *Concl. Avocat générale J.-F. WEDER.***
- **CROZE (H.), obs. sous Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, *Bull.*, Ass. plén., n° 6, p.11, *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 334.**
- COURTEAULT (P.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}., 7 juillet 1979, *Rev. Arb.*, 1980, p.78.

- COUCHEZ (G.), obs. sous Cass. civ. 1^{re}., 14 mars 1984, *Rev. Arb.*, 1985, p.69.
- COUCHEZ (G.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}., 6 mars 1990, *Rev. Arb.*, 1990, p.633.
- CLAY (Th.), obs, sous CA Paris, 7 octobre 2004, *D.* 2005, p.3062.
- **CLAY (Th.), obs. sous CA Paris, 9 septembre 2010, *D.* 2010, pen., p.2934.**
- CLAY (Th.), note sous CA Paris, 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, p.186.
- COHEN (D.), note sous CA Paris, 28 janvier 1988, *JDI*, 1989, p.1021.
- COHEN (D.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 8 juillet 2009, *Rev. arb.*, 2009, p.529.
- CHAMPENOIS (G.), note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 2000, *Défrenois* 2000, art. 37242, n° 79.
- De FONTMICHEL (M.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 29 février 2012, *Rev, arb.*, 2012, p.359.
- DOUCHY-OUDOT (M.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}., 21 avril 2005, n° 03-156.07, *Bull.*, II, n° 116, p 105, *Dr. Et proc.*, 2005, p. 291.
- DUBARRY (J.-Ch.), LOQUIN (É.), note sous CA Paris, 19 mai 1993, *RTD com.*, 1993, p.492, (l'affaire *Labinal*).
- DUPREY (P.), obs. sous CA Paris, 5 mai 2004, *Rev. Arb.*, 2006, p.751.
- Du RUSQUEC (E.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 11 décembre 2001, n° 00-18547, *Bull.*, I, n° 313, p.199, *JCP*, 2002, II, n° 10106.
- FLÉCHEUX (G.), note sous CA Rennes, 26 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1985, p.439.

- FOUCHARD (Ph.), obs. sous TGI Paris, (ord. réf.), 10 avril 1990, *Rev. arb.*, 1994, p.545.
- FOUCHARD (Ph.), obs. CA Paris, 14 janvier 1975, *Rev. Arb.*, 1976, p.24.
- FOUCHARD (Ph.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Rev. Arb.* 1999, p.260.
- FOUCHARD (Ph.) note sous Cass. Civ., 4 juillet 1972, *Rev. arb.* 1972, 67.
- FRICERO (N.), CEDH, 3 février 2009, n° 44807/06, *Poelmans c/ Belgique*, *JCP G* 2009, n° 16, II, 10070.
- GAILLARD (E.), note sous CA Paris, 13 juin 1996, *Rev. arb.* 1997, p.251.
- GAUDEMET-TALLON (H.), obs. sous CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden*, *Rev. arb.* 1999, p.151.
- GANETON (J.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}., 10 janvier 2013, *Gaz. Pal.*, 2013, p.13.
- GAUDEMET-TALLON (H.), obs. sous CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden*, *Rev. arb.* 1999, p.151.
- GUINCHARD (S.), MOUSSA (T.), obs. sous Cass. Com., 6 mars 1985, Bull. n° 91, *Gaz. Pal.* 1985. 2. Pan. 206.
- GUINCHARD (S.), MOUSSA (T.), obs. sous Cass. Civ.3, 19 mars 1986, n° 84-17524, *Gaz. pal.*, 1987, 1^{er} sem., *Somm.*, p.56.
- GUINCHARD (S.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 février 1983, n° 81-16184, Bull., I, n° 56, p.49, *Gaz. Pal.* 1983, Pan., p. 178.
- GOUTAL (J.-L.), note sous CA Paris, 13 novembre 1992, *Rev. arb.*, 1993, p.632.
- HÉBRAUD (Ph.), obs. sous Cass. com., 3 juillet 1951, *RTD civ.* 1954, p.353.

- HÉBRAUD (Ph.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}., 20 octobre 1959, n° 57-10.110, *RTD. civ.* 1959, p.778.
- HORY (A.), note sous Cass. Com., 29 juin 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.817.
- IDOT (L.), note sous CA Paris, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p.478 (l'affaire *Ganz*).
- IDOT (L.), note sous CA Paris, 28 avril 1988, *Rev. arb.*, 1989, p.164.
- JARROSSON (Ch.), obs. sous CA Paris, 19 mai 1998, *Rev. Arb.*, 1999, p. 603.
- JARROSSON (Ch.), note sous CA Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.*, 1994, p.391.
- JARROSSON (Ch.), note sous CA Paris, 1 juillet 1999, *Rev. arb.*, 1999, p.834.
- JARROSSON (Ch.), note sous CA Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p.645 (l'affaire *Labinal*).
- **JARROSSON (Ch.), note sous Cass. Civ., 10 juillet 1873, *Rev. arb.*, 1992, p.399.**
- JARROSSON (Ch.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Rev. Arb.* 1989, p. 481.
- JEULAND (E.), note sous CA Paris, 7 octobre 2004, *Rev. arb.* 2005, p.737.
- KEBIR (M.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 12 juillet 2012, n° 11-20687, *Bull.*, II, p.131, *Dalloz actualité*, 11 septembre 2012.
- KEBIR (M.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 16 mai 2012, n° 11-18181, *Bull.*, I, n° 109, p.97, *Dalloz actualité*, 5 juin 2012.
- LALOU (H.), note sous Cass. Civ. 4 mai 1910, *DP*, 1910, 1, p.385.
- LEURENT (B.), note sous CA Paris, 2 avril 1998, *Rev. arb.* 1999, p.821.

- LEVEL (P.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, *JCP G*, 1972, II, 17189.
- LEVEL (P.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}., 17 juin 1971, *JCP G*, 1971, 16914.
- LEVEL (P.), note sous T. Civ. Seine, 14 mars 1963, *JCP*, 1963, II, p.13396.
- LEGROS (C.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}., 20 décembre 2001, *Rev. arb.* 2002, p.379.
- Le POITTEVIN (Ph.), note sous CA Paris, 24 avril 1980, *Rev. Arb.*, 1981, p.176.
- **LÉCURYER (H.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 8 février 2000, *Rev. arb.*, 2002, p.661.**
- LOQUIN (É.), obs. sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 12 avril 2016, n° 14/14884, *Rev. arb.*, 2017, p.234.
- LOQUIN (E.), note sous CA Paris, 13 juin 1996, *JDI*, 1997, p.151.
- LOQUIN (É.), note sous CA Paris, 11 mars 1994, *RTD com.*, 1994, p.700.
- LOQUIN (É.), note sous CA Paris, 28 novembre 2002, *RTD com.*, 2003, p.479.
- LOQUIN (É.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}., 11 oct. 1995, *RTD com.*, 1996, p.664.
- LOQUIN (É.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, *Rev. arb.*, 1975, p. 235.
- LOQUIN (É.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 15 juin 1975, *Rev. arb.*, 1976, 189.
- MALAURIE (Ph.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 12 oct. 1972, *D.* 1974, p.536.
- MEKKI (S.), obs. sous Cass. Soc., 19 décembre 2019, n° 10-20526, *Bull., soc.*, p.370, *Gaz. Pal.*, 25 mai 2013, *Chron.*, n° 131h8, p.26.
- MEURISSE (R.), note sous Cass. Crim., 10 décembre 1958, *D.* 1959, p.170.

- MOURRE (A.), PEDONE (P.), obs. sous CA Paris, 7 octobre 2004, *Gaz. Pal.*, 2004, n° 339.
- MOURRE (A.), PEDONE (P.), note sous CA Paris, 7 octobre 2004, *JDI*, 2005, p.341.
- MOREAU (B.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}., 17 juin 1971, *Rev. arb.*, 1972, p.10.
- MOITRY (J.-H.), VERGNE (C.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 28 avril 1987, *Rev. arb.*, 1991, p. 345.
- MOITRY (J. H.), VERGNE (C.), obs. sous CA Paris, 8 juin 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 917.
- **MOTULSKY (H.), note sous Cass Civ., 7 mai 1963, *Rev. Crit.*, p.615.**
- MOTULSKY (H.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 20 juin 1957, n° 7.209, *Bull.*, II, n° 459, *JCP*, 1958, II, n° 10773.
- MUIR WATT (H.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 11 décembre 2001, n° 00-18547, *Bull.*, I, n° 313, p.199, *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 371.
- NAJJAR (I.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juin 2002, *Bull. civ. II*, n° 130, *D.* 2002, p.2439.
- NIBOYET (J.-P.), note sous Cass. Civ., 19 février 1930, et Cass. Civ., 27 janvier 1931, *S.* 1933, 1, p.41.
- NIBOYET-HOEGY (M. L.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 9 octobre 1990, *Rev. Arb.*, 1991, p.305.
- NIBOYET-HOEGY (M. L.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 6 novembre 1990, *Rev. Arb.*, 1991, p.311.

- NORMAND (J.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}., 17 mai 1982, n° 81-10993, Bull., II, n° 75, p. 53, RTD civ., 1983, p. 588.
- OETSCHIEDT (J.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}., 12 octobre 2011, *JCP G*, 2011, p.2545.
- OETSCHIEDT (J.), obs. sous CA Paris 4 et 11 avril 2002, n° 2001/02540 et n° 2001/06533, *JCP G*, 2003, I, 105.
- OPPETIT (B.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 26 octobre 1976, *Rev. arb.*, 1977, p.336.
- OPPETIT (B.), note sous CA Paris, 26 juin 1981, *JDI*, 1981, 843.
- ORTSCHIEDT (J.), note sous CA Paris, 25 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004, p.671.
- PERROT (R.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}., 13 mai 1987, Bull. civ. II, n° 112, *RTD civ.*, 1988, p.181.
- PERROT (R.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}., 17 décembre 2009, n° 09-11847, Bull., II, n° 292, p. 269, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 33.
- PERROT (R.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p.77, *Rev. Procédures*, avril 1996, comm. n° 107.
- PERROT (R.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}., 14 mai 2009, n° 07-21094, Bull., II, n° 127, p. 119, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 268.
- PERROT (R.), obs. sous Cass. Com., 14 février 2012, n° 11-12833, Inédit., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 109.
- PERROT (R.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}., 24 juin 1998, Bull. civ. II, n° 222, *Procédures*, 1998, comm. 191.
- PELLOUX (R.), obs. sous CEDH, 16 juill. 1971, n° 2614/65, Ringeisen, série A n° 13, § 94 : AFDI 1974, p. 334.

- PELLERIN (J.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p.977.
- PELLERIN (J.), obs. sous CA Paris, 10 novembre 1995, *Rev. arb.*, 1997, p.596.
- PELLERIN (J.), note sous CA Paris, 11 mars 1994, *Rev. arb.*, 1996, p.139.
- PINSOLLE (Ph.), note sous CA Paris, 26 octobre 2000, *Rev. Arb.*, 2001. p.200.
- PINSOLLE (Ph.), note sous CA Paris, 25 mai 2000, *Rev. arb.*, 2001, p.199.
- PIC (P.), note sous CA Paris, ch. 1, 8 avril 2014, n° 12/20478, *Rev. arb.* 2015, p. 118.
- PUTMAN (E.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 28 juin 2006, n° 05-19283, *Bull.*, II, n°173, p.166, *Dr., proc.*, 2006, p. 344.
- **PUIGELIER (C.), obs. sous Ass. Plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, D., 2002, p. 598.**
- RACINE (J.-B.), note sous CA Paris, 23 mai 2002, *Rev. arb.*, 2002, p.971, 1^{re}, esp.
- RAYNAUD (P.), obs. sous TGI Seine, (civ. Réf.), 13 mai 1958, *RTD civ*, 1958, p.687.
- RAYNAUD (P.), obs. sous Cass. Civ., 10 novembre 1947, *S.*, 1948, 1^{re} partie, p.157.
- **REDIN (J.-D.), note sous Cass Civ., 7 mai 1963, JDI, p.82.**
- RIVIER (R.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 16 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989, p.491.
- ROBERT (J.), note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, *D.* 1973, jurispr. p.2.
- ROBERT (J.), note sous Cass. Com., 29 novembre 1950, *S.*, 1951, I, p.120.
- ROBERT (J.), note sous CA Paris, 25 mars 1983, *Rev. arb.*, 1984, p.363.

- ROPERT (J.), note sous CA Paris, 5 décembre 1963, *D.*, 1964, p.582.
- **SERAGLINI (Ch.), obs. sous CA Paris, 28 novembre 2002, *JCP G*, 2003, I, 164, n° 3.**
- SERRA (Y.), obs. sous CA Aix-en-Provence, 2 mai 1990, *D.* 1992, p.57.
- SERAGLINI (Ch.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, *JCP G*, 2011, I, 1286, n° 1.
- STRICKLER (Y.), obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-10366, *Bull.*, III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.
- STRICKLER (Y.), obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 3 septembre 2015, n° 14-20453, *Rev., Procédures*, 2015, comm. n° 317.
- TEYNIER (E.), P. PIC, obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, *Rev. Arb.* 2007, p.290.
- THÉRY (Ph.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 9 décembre 2003, *RTD civ.* 2004, p. 547.
- THÉRY (Ph.), note sous Cass. Civ., 22 novembre 2001, *Rev. arb.*, 2002. p.372.
- TRAIN (F. X.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 12 octobre 2011, *Rev. arb.* 2012, p.86.
- TRAIN (F.-X.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 8 juillet 2009, *Cah. Arb.*, 2010, p.97.
- WEILLER (L.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 12 octobre 2011, *Procédures*, 2011, comm. 369.
- WEISBZERG (G.), note sous Cass. Civ. 1^{re}., 9 décembre 2003, *D.* 2004, p. 1055.
- BERNARD (Th.), note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 13 mai 1981, *Rev. Arb.*, 1983, p.110.

- TGI. Paris, 10 juin 1982, *Rev. arb.*, 1983, p.182.
- CA Paris, 19 janvier 1954, *Gaz. pal.* 1954, 1, p.332.
- CA Paris, 7 janvier 1954, *Gaz. pal.* 1954, 1, p.224.
- CA Paris, 13 décembre 1950, *Gaz. pal.* 1951, 1, p.269.
- Cass. Civ. 2^{ème}., 20 juin 1957, *JCP G*, 1958, II, 10773.
- Cass. com., 14 novembre 1959, *Gaz. pal.*, 1960, 1, p.191.
- **Cass. Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, *JCP*, 1987, IV, p.62.**
- Cass. Civ. 2^{ème}., 22 novembre 2012, *Rev. arb.*, 2012, p.884.
- Cass, civ, 3^{ème}., 20 décembre 1982, *Rev. arb.*, 1986, p.236.
- Cass. com., 24 mars 1954, *Rev. arb.*, 1955, p.95.
- Le Tribunal Civil d'Alès, 5 février 1948, *D.*, 1948, *Jurisprudence*, p.150.

VIII. Colloques

- **BOSTANJI (S.), HORCGANI (F.), MANCIAUX (S.), (dir.), *Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2014, p.63**
- **JACQUET (J.-M.), JOLIVET (E.) (dir.), *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : Évolutions et innovation*, Litec, 2007.**
- **JULIEN (P.), (dir) *La justice civile au vingt-et-unième siècle*, Aix-en-Provence, Edilaix, 2003.**
- **KEUTGEN (G.), (dir), *L'éthique dans l'arbitrage* Bruylant, 2011, p.140.**

IX. Sites Internet

- <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/koweit/presentation-du-koweit/>
- http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf
- [https://eg.ambafrance.org/L-histoire-et-l-evolution-des.](https://eg.ambafrance.org/L-histoire-et-l-evolution-des)

❖ Sources de langue arabe²¹⁷⁷

I. Ouvrages généraux

- ABDULFATTAH (A.), *Les procédures civiles koweïtiennes*, t. I, 2^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2010-2011.
- ABDULFATTAH (A.), *Les procédures civiles koweïtiennes*, t. II, 2^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2010-2011.
- ABDULFATTAH (A.), *Les règles de l'exécution en droit des procédures civile koweïtiennes*, t. I, 3^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2015-2016.
- ABDULFATTAH (A.), ALENZI. (M.), *Les règles de l'exécution en droit des procédures civile koweïtiennes*, t. II, 3^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2015-2016.
- ABDULFATAH (A.), ALENZI (M.), *Les procédures civiles koweïtiennes*, t. I, 4^{ème} éd., Dar Alkotob, 2017.
- ABOALLAIL (I.), *La théorie de droit*, t. II, 4^{ème} éd., Majles Alnasher Alelmi, 2009.
- ABOALWAFFA (A.), *Le précis en droit international public*, Dar Alnahdah, 5^{ème} éd., 2010.
- ABOHAKMAH (M.), *L'histoire de l'État du Koweït*, t. I, 1^{re} éd., Dar Aljameah, 1967.
- ALDANASOURI (A.), OKAZ (H.), *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, t. II, 9^{ème} éd., Dar Almatboàt Aljamieyah, 2014.
- ALENEZI (R.), *Le droit international public koweïtien*, 3^{ème} éd., Dar Alnasher Aljadid, 2009.

²¹⁷⁷ Traduction personnelle.

- ALSALEH (O.), *Le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït*, t. I, 2^{ème} éd., Koweït, Dar Alkitab, 2003.
- ALJORF (T.), *La théorie de l'État et les principes généraux de ses systèmes politiques*, Dar Alnahdah, 1978.
- ALSAMDAN (A.), *Le droit koweïtien international privé*, 2^{ème} éd., s. n., 2001.
- ALSHYBANI (M.), ALMOTAIRIE (B.), *La juridiction et les juges au Koweït : De la création de l'Émirat jusqu'à l'émergence de l'État*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 1999.
- ALNOWYBET (M.), *L'intermédiaire de l'explication du code de procédures pénales koweïtien*, 2^{ème} éd., 2008.
- ALTABTABAEI (A.), *Le régime constitutionnel au Koweït, étude comparative*, 5^{ème} éd., 2009.
- HISHAM (A.), ABOMOHAMMED (A.), *La biographie du prophète*, t. I, Dar Al-Rayyan de patrimoine, 1987.
- IBRAHIME (M.), *Les règles basiques des procédures civile et commerciale*, 1985.
- ISMAIL (N.), *Les origines des procédures civiles et commerciales : L'organisation judiciaire – La compétence judiciaire*, 1^{ère} éd., Monshaat Almaaef, 1986.
- JAMEI (A.), *Les principes des procédures*, 1^{ère} éd., Dar Alfekr Alarabie, 1973.
- MAHMUD (A.), *Le précis des procédures civiles*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2011.
- MAHJOUB (J.), ALDRAIEI (S.), ALHINDIANI (K.), *Le droit de propriété au Koweït, étude comparative*, 3^{ème} éd., 2012.

- RAGEB (W.), *Les principes de la juridiction civile*, 4^{ème} éd., Dar Alfekr Alarabie, 2004.
- RAGEB (W.), MAHMUD (S.), *Le Code de procédure civile selon les dernières modifications législative*, L'institution de Dar Alkotob, 1994.
- RESQ (T.), *Le précis en procédures civiles koweïtiennes et ses modifications selon la loi du 2015, par rapport à la doctrine et à la jurisprudence*, t. I, 1^{ème} éd., Dar Alnahdah, 2016.
- SEEF (R.), *L'explication du Code de procédure civile et commerciale*, 9^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob 1969.
- SULTAN (H.), *L'organisation du droit public à la lumière de Charia*, t. II, Dar Alnahdah, 1986.
- WALLI (F.), *Explication de droit de la juridiction judiciaire civile*, L'ouvrage universitaire, 1993.
- WALLI (F.), *Le précis en procédure civile*, L'institution de Dar Alkotob, 2001.
- WALLI (F.), *Le précis en procédure civile*, L'institution de Dar Alkotob, 1986.
- YASSIN (M.), *La théorie du procès en Charia et en procédures civiles et commerciales koweïtiennes*, 3^{ème} éd., Dar Alnafaes, 2005.

II. Ouvrages spécialisés

- **ABDULFATTAH (A.), *Le droit de l'arbitrage koweïtien, Étude comparative avec la France après la réforme du 2011*, 2^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2012.**
- A. ABOALWAFI, *L'amiable compositeur et l'arbitrage forcé*, 3^{ème} éd., Monshaat Almaaref, 1978.

- ABDALTAWAB (M.), *Le précis de la juridiction des référés*, 2^{ème} éd., L'institution de Almaaref, 1988.
- ABOALWAFI (A.), *La convention d'arbitrage et ses procédures*, Monshaat Almaaref, 1974.
- ABOALWAFI (A.), *Le contrat d'arbitrage*, Dad Almatbiat Aljamyeh, 2009.
- ABOALWAFI (A.), *L'arbitrage dans les pays arabes*, 1^{ère} éd., L'institution de Almaref, 2000.
- ABDELKADER (M.), *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, 1^{re} éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 1998.
- ALAMERAH (K.), *Les principes en droit de l'arbitrage privé en droit koweïtien, égyptien, français*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2016.
- ALAMERAH (K.), *L'arbitrage institutionnel, étude comparative en droit interne et international*, 1^{re} éd., Dar Alnahdah, 2013.
- ALHADAD (H.), *Le pouvoir de la juridiction étatique pour prendre des mesures provisoires et conservatoires en cas de litige international avec la juridiction arbitrale*, Dar Alfeker Aljamey, 1988.
- ALFYSYARIY (A.), *Le rôle de la justice de l'État pour l'efficacité de l'arbitrage, étude comparative*, Monshaat Almaaref, 1998.
- ALJOUSIFI (H.), *L'effet négatif de la convention d'arbitrage et l'étendus de ses effets sur la compétence judiciaire*, Dar Alfeker Aljamey, 2014.
- ALMSHAHDANI (A.), *La juridiction des référés*, Le Caire, Dar Shatat, 1984.
- ALMOLAH (A.), *L'amiable composition en charia et en droit koweïtien*, 1^{re} éd., 1998.

- ALNIMER (A.), *La compétence et l'ordonnance dans l'instance en référé*, Alexandria, L'institution de Almaaref, 1976.
- ALNIDANI (H.), *L'effet relatif de la convention d'arbitrage*, Dar Alnasher Aljadid, 2009.
- ALQADY (Kh.), *L'arbitrage commercial international*, 1^{re} éd., Dar Alshorouq, 2002.
- ALREMH (A.), *La décision de l'arbitrage conformément au Code de procédures civiles et commercial, au code de l'arbitrage judiciaire, « étude comparative en droit koweïtien, en droit égyptien et en Charia »*, 2^{ème} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2009.
- ALREMH (A.), *L'arbitrage dans les États du Golfe Arabe*, Koweït, 2013.
- ALTHUAWI (M.), *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence selon le Code de procédure civile égyptien*, 1^{re} éd., Alexandria, Libraire juridique d'alwafaa, 2011.
- ALYOUSEFI (H.), *Les effets négatifs de la convention d'arbitrage*, Dar-Alfeker Aljamey, 2014.
- ALZEBIE (M.), *Le code de l'arbitrage comme un système juridique conventionnel d'une nature spécial*, 1^{ère} éd., Monshaat Almaaaref, 2010.
- BARAKAT (A.), *le contentieux arbitral en droit égyptien et en droit comparé*, Dar Alnahdah, 1996.
- DESOUQI (A.), *L'arbitrage commercial interne et international, selon le législateur et la jurisprudence*, Monshaat Almaaref, 2014.
- DOÉDAT (T.), *Les garanties des justiciables dans le contentieux arbitral*, Dar Alfeker Aljadid, 2009.

- DOUIDRAN (T.), *Les garanties des justiciables dans le contentieux arbitral, étude comparative*, Dar Al-jameah Aljadid, 2009.
- DOWEDAR (T.), *Les garanties d'accès à la justice en procès arbitral*, Dar Aljameha Aljadid, 2009.
- ESKANDER (Z.), *L'arbitrage et la justice de l'État, étude comparative*, L'institution ALjamyeh, 2008.
- GHANEM (Y.), *La juridiction des référés et ses enjeux pratique dans les États arabes*, 1^{ère} éd., Syrie, Homs, Tanwir des services d'impression, 1999.
- HARJAH (M.), *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés*, Dar Almatboat Aljamieyah, 1989.
- HARJAH (M.), *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, Dar Althqafah, 1984.
- HASHISH (A.), *La nature de la mission arbitrale*, Dar Alfeker Aljamey, 2000.
- HINDY (A.), *L'exécution des décisions arbitrales nationales et internationales*, Dar Aljameah Aljadid, 2015.
- HINDY (A.), *Les nouvelles tendances dans l'exécution des décisions arbitrales*, Dar Aljameha Aljadid, 1993.
- KHATER (T.), *L'impartialité du juge et son indépendance entre la théorie et la pratique, étude comparative*, Dar Aljameah Aljadid, 2015.
- MAHMOD (S.), *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, 1^{re} éd., L'institution de Dar Al kotob, 1999.
- MAHMOD (S.), *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, 2^{ème} éd., Dar Alnahda Alarabiya, 2007.

- MAHMUD (S.), *Le pouvoir d'arbitre pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires au koweïtien*, L'institution de Dar Alkotob, 2004.
- MAHMUD (S.), ALMOLA (A.), ALMOLA (A.), *L'arbitrage normal (l'amicable composition) en Charia et droit koweïtien*, L'institution de Dar al Kotob, 1^{ère} éd. 1998.
- MILIGIE (A.), *Les règles de l'arbitrage en droit koweïtien*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 1996.
- MOUHAMED (A.), *L'organisation procédurale des contentieux arbitraux*, Dar Aljameah Aljadid, 2018.
- MOURAD (A.), *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés*, Dar Alfiker, 1989.
- MOUSA (A.), *Les garanties du procès dans les contentieux arbitraux*, Dar Aljameah Aljadid, 2018.
- RAGHEB (W.), ABDULFATTAH (A.), *Les principes de la justice civile koweïtienne*, 3^{ème} éd., L'institution de Dar Alnasher, 1994.
- RATEB (M.-A.), KAMEL (M.), RATEB (M.-F.), *La juridiction des référés*, t. I, 6^{ème} éd., le monde de l'ouvrage, 2009.
- RUSHDY (M.), *Le juge des cas urgents*, t. II, Alexandrie, 1952.
- SALAMAH (A.), *L'urgence dans la procédure civile internationale*, 1^{ère} éd., Dar Alnahdah, 1988.
- SALEH (H.), *Le jugement provisoire, étude comparative*, Dar Almatboat Aljameya, 2013.

- **SEDQY (A.), *La notion de l'écrit en matière d'arbitrage*, Dar Alnahdah Alarabia, 2004.**
- SHAABAN (M.), ALMERSHED (F.), *Le procès de référé en droit koweïtien*, 1^{ère} éd., L'institution de Dar Alkotob, 2015.
- TAMMAM (S.), *Le principe de la contradiction et les contentieux arbitraux*, 1^{re} éd., Dar Alnahdah, 1998.
- WALLI (F.), *Le droit de l'arbitrage théorique et pratique*, 1^{er} éd., Monshat Almaaref, 2007.
- WALLI (F.), *Le droit de l'arbitrage théorique et pratique*, 2^{ème} éd., Monshat Almaaref, 2013.
- WALLI (F.), *L'arbitrage dans les contentieux internes et internationaux, théorique et pratique*, 1^{er} éd., Monshat Almaaref, 2014.

III. Thèses et mémoires

- ALIBRAHIM (H.), *La notion de souveraineté de l'État classique*, mémoire de master 2, Université de moyen orient, 2013.
- ALQAHTANY (S.), *L'arbitrage commercial dans l'Arabie saoudite et dans les Pays du Golf, Étude comparative*, Mémoire de master 2, Riyad, 2012.
- FERYAL (A.), *L'exécution des décisions arbitrales*, Mémoire de master 2, Riyad, 2006.

IV. Sélection d'articles, chroniques et études

- ABDULFATTAH (A.), « Les procédures de récusation des arbitres dans le Code de procédure civil koweïtien », *Revue de la faculté de droit, université du Koweït*, n° 4, 1984.
- ABDULFATTAH (A.), « Le devoir de juge dans le respect du principe de la contradiction », *Le revue d'avocat koweïtien*, 1987, année 10.
- ABOALLAIL (I.), « Les règles et les procédures de l'arbitrage conformément à la Chambre de Commerce Internationale », *Revue de droit, Université du Koweït*, Année 17, n° 1, 1993.
- **ALENZI (M.), « Le pouvoir de tribunal sur la demande en référé en droit koweïtien et comparé », *Revue de la Charia et de droit, Université des Émirats Arabes Unis*, 2014, 28^{ème} année.**
- ALNAHY (S.), « Commentaires sur l'ancien droit irakien », *Revue sumérien*, t. I, 2, 1949.
- ALOTAIBI (J.), « La mondialisation et la souveraineté de l'État », *la revue des science politique de l'université du Koweït*, n° 23, 2009.
- FAHMY (W.), « Les conditions de compétence du juge des référés », *Revue de l'Association des Avocats Koweïtiens*, 1982, 5^{ème} année, Juillet et Août.
- **MAHMUD (S.), « Le pouvoir d'arbitre pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires en droit égyptien et koweïtien », *Revue de la faculté de droit, université du Koweït*, n° 3, année 25, 2001.**
- MOULLAH (A.), « Les mesures provisoires et/ou conservatoires dans l'arbitrage et leur rapport avec la justice étatique », *Le revue d'avocat*, Année 23, 1999.
- MAHMOUD (M.), « Le contrôle du juge judiciaire sur la décision arbitrale », *Revue des études islamiques*, Égypte, 2017.

- SHOQRY (A.), « La civilisation arabe anicienne », Revue de la tradition arabe, t. I, année 1, 1979.

V. Jurisprudence

- TI, référés /6, 22 décembre 2003, n° 2003/3698.
- TI, référés /6, 16 décembre 2004, n° 2003/3988.
- **TGI., Chambre de l'état des personnes, 3 octobre 2018, n° 451/2018, non publié.**
- **TGI., Chambre de l'état des personnes, 6 août 2018, n° 646/2018, non publié.**
- **CA. com., 13 novembre 2000, n° 1322/2000.**
- **CA. civ., 8 mars 1978, n° 28/1976.**
- **Cass. Civ., 20 octobre 1986, n° 55/1986.**
- **Cass. Civ., 4 décembre 2000, n° 165/1999.**
- **Cass. Civ., 2 février 2004, n° 112/2003.**
- **Cass. Civ., 25 mai 1966, n° 17/1966.**
- **Cass. Civ., 17 juin 1974, n° 6/1974.**
- **Cass. Civ., 25 mai 1966, n° 183/1966.**
- **Cass. Civ., 25 mai 1966, n° 1261/1966.**
- **Cass. Civ., 19 décembre 1993, n° 93/157.**

- Cass. Civ., 7 février 2000, n° 192/1999.
- Cass. Civ., 2 décembre 2000, n° 64/2000.
- Cass. Civ., 26 juin 1999, n° 220/1998.
- **Cass. Civ., 4 février 2002, n° 449/2001.**
- Cass. Civ., 10 mai 1992, n° 135/1999.
- Cass. Civ., 10 mai 1992, n° 135/1990.
- Cass. Civ., 24 février 1972, n° 23/1973.
- Cass. Civ., 5 février 2000, n° 13/1999.
- Cass. Civ., 4 mars 2000, n° 41/1999.
- Cass. Civ., 24 octobre 2005, n° 683/2004.
- Cass. Civ., 20 décembre 2010, 463/2010.
- Cass. Civ., 6 novembre 2014, n° 908/2013.
- Cass. Civ., 13 février 2006, n° 511/2004.
- Cass. Civ., 23 avril 2008, n° 257/2007.
- Cass. Civ., 20 décembre 2010, n° 461/2010.
- Cass. Civ., 2 juin 1976, n° 19/1971.
- Cass. Civ., 9 mai 2005, n° 182/2004.

- Cass. Civ., 8 février 2003, n° 531/2002.
- **Cass. Civ., 17 décembre 1989, n° 193/1989.**
- Cass. Civ., 5 janvier 1978, n° 229/1987.
- **Cass. Com., 25 septembre 1991, n° 341/1989.**
- **Cass. Com., 22 Avril 2006, n° 412/2004.**
- **Cass. Com., 14 novembre 1994, 133/1993.**
- **Cass. Com., 30 novembre 1993, n° 106/1993.**
- **Cass. Com. 17 mai 2001, n° 683/2001.**
- **Cass. Com., 17 mai 2001, n° 737/2001.**
- **Cass. Com. 17 mai 2001, n° 740/2001.**
- **Cass. Com., 25 mars 2006, n° 772/2002.**
- **Cass. Com., 30 novembre 1993, n° 106/1990.**
- **Cass. Com., 4 novembre 1996, n° 132/1996.**
- **Cass. Com., 22 juin 1996, n° 467/1966.**
- Cass. Com., 22 février 1988, n° 39/1987.
- Cass. Com., 9 février 2010, n° 1416/2008.
- Cass. Com., 19 juillet 1998, n° 252/1997.

- Cass. Com., 19 novembre 1995, n° 33/1995.
- Cass. Com., 19 novembre 1995, n° 36/1995.
- Cass. Com., 19 novembre 1995, n° 39/1995.
- Cass. Com., 19 décembre 1993, n° 175/1993.
- Cass. Com., 13 novembre 1994, n° 96/1994.
- Cass. Com., 14 mai 1979, n° 1979/16.
- Cass. Com., 18 avril 1979, n° 1978/35.
- Cass. Com., 8 mars 1978, n° 1976/28.
- Cass. Com., 26 janvier 2004, n° 385/2001.
- Cass. Com., 23 janvier 1981, n° 66/1981.
- Cass. Com., 28 janvier 1958, n° 17/1958.
- Cass. Com., 22 mai 2004, n° 243/2003.
- Cass. Com., 28 juin 1999, n° 445/1998.
- **Cass. Com., 5 décembre 1998, n° 274/1998.**
- Cass. Com., 28 juin 1998, n° 446/1998.
- Cass. Com., 10 juin 1995, n° 223/1995.
- Cass. Com., 17 novembre 1982, n° 48/1982.

- Cass. Com., 22 février 1984, n° 46/1983.
- Cass. Com., 27 mars 1985, n° 188/1984.
- Cass. Com., 8 juin 1981 n° 45/1981.
- Cass. Com., 10 janvier 1993, n° 9/1991.
- Cass. Com., 25 mai 2005, n° 1008/2004.
- Cass. Com., 7 mai 2001, n° 683/2000.
- Cass. Com., 7 mai 2001, n° 740/2000.
- Cass. Com., 18 février 2004, n° 222/2003.
- Cass. Com., 14 novembre 1994, n° 133/ 1993.
- Cass. Com., 30 janvier 1988, n° 140/1988.
- Cass. Com., 8 janvier 2005, n° 277/2004.
- Cass. Com., 4 juin 2000, n° 563/1999.
- Cass. Com., 9 décembre 1981, n° 34/1990.
- Cass. Com., 8 janvier 2005, n° 227/2004.
- Cass. Com., 15 février 2011, n° 155/2010.
- Cass. Com., 5 mars 1986, n° 146/1985.
- Cass. Com., 1 février 1990, n° 441/1998.

- **Cass. Com., 11 mai 2002, 668/2001.**
- Cass. Soc., 8 juin 1981, n° 44/1981.
- Cass. AD., 28 février 2000, n° 395/1999.

VI. Revue jurisprudentielle

- Cass Civ. K. et Égyptienne, 24 février 1972, 1003-156-23, L'ensemble des décisions.
- Cass. Civ., 23 décembre 1981, revue de la jurisprudence et de la loi, 1984, 10^{ème} année, n° 3, p.67 et 71.

VII. Sites Internet

- <https://www.paci.gov.kw/stat/>
- <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/koweit/presentation-du-koweit/>
- <https://www.gcc-sg.org>
- https://archive.org/details/sumer_201609/sumer01/page/n33/mode/2up
- <https://iedja.org/le-code-civil-egyptien-une-belle-histoire-mais-quel-avenir/>

❖ Sources de langue anglaise

I. Ouvrages

- BORN (G.), *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009.
- DELVOLVÉ (J.-L.), ROUCHÉ (J.), POINTON (G.), *French Arbitration Law and Practice, A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- SCHWARTZ (B.), *Le paradoxe du choix*, P. C., 2005.

II. Sélection d'articles, chroniques et études

- BAEZ (J.), « The New French Arbitration Law : One Step Forward, Two Steps Back ? », *Arbitration Law Review*, 2012, 4.
- SCHWARTZ (E.), « The New French Arbitration Decree : The Arbitral Procedure », *Cah. arb.* n° 2, 2011, 45 et 60.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux paragraphes)

A

Absence de contestation sérieuse : 380, 385 s., 398, 404, 424, 442, 558 s.

V. Contestation sérieuse.

Absence de saisine au principal : 345 s., 351.

Absence de l'autorité de chose jugée : 150, 361, 366, 443, 551, 775.

V. Autorité de chose jugée.

Acte juridique : 329, 339, 340.

Acte d'administration : 199.

Acte de disposition : 199, 200.

Activité professionnelle : 210 s.

Amiable composition : 30, 44, 245, 717.

Appel :

- contre la sentence : 568, 1032 s.

- contre l'ordonnance : 177, 362, 393, 443, 750, 808 s., 818 s.,

- *exequatur* : 1053, 1073.

Arbitrabilité : 214 s., 257.

Arbitrage :

- *ad hoc* : 25, 26, 28.

- avantages : 44.

- définition : 1, 2.

- flexibilité : 49.

- histoire : 3 s.

- inconvénients : 50 s.

- institutionnel : 25 s., 28, 470.

- multipartite : 654, 659, 690.

Arbitre :

- désignation : 243 s., 567, 652 s., 690, 699, 704.

- devoirs : 607, 610, 668, 722 s.

- d'urgence : 527.

- nombre : 243 s., 651, 653, 690.

- obligations : 568, 570.

- psychologie : 663 s., 782, 797.

- récusation : 569, 570, 676 s., 683.

- révocation : 267, 676 s.

Assignment :

- à jour fixe : 176.

- au fond : 585.

- En référé : 162, 586 s., 599 s., 601., 615 s., 625, 633, 641.

Astreinte : 770, 872 s., 900 s., 914 s., 944, 952, 967, 972 s., 981, 985 s., 995, 1088.

Audience : 176, 577, 585 s., 595, 603, 610, 615 s., 632 s., 636, 643.

Autorité de chose jugée :

- au principal : 785, 802, 815.

- au provisoire : 361 s., 443, 551, 775 s., 784 s., 791 s., 819, 825, 863, 1081.

V. Chose jugée.

C

Capacité :

- de compromettre : 199, 201, 204.

- pour être arbitre : 673 s.

Circonstances nouvelles : 393, 443, 551, 779 s., 820.

Clause attributive : 123, 235.

Clause compromissoire :

- autonomie : 188.
- « blanche » : 244 s., 690 s.
- définition : 11.
- par référence : 232.
- validité 183 s.

Comparution :

- devant l'arbitre : 46, 597 s.
- devant le juge du fond : 585.
- devant le juge des référés : 586 s.

Compétence-compétence : 254 s.

Compétence :

- définition : 167.
- distinction : 329.
- *ratione materiae* : 186.
- *ratione loci* : 114, 186.

Compétence d'attribution :

- en cours d'arbitrage : 253 s., 282, 292 s.
- option de compétence « judiciaire » : 69 s., 118 s.

Compétence de l'arbitre :

- autonomie : 186 s.
- définition : 184.

Compétence exclusive :

- arbitre : 312 s.
- Juge aux affaires familiales : 103.
- juge d'appui : 682 s.,
- juge du fond : 71, 91, 99 s., 107.
- juge de l'exécution : 96 s.
- juge de la mise en état : 91, 103.
- juge des référés : 71 s., 101 s., 153, 322, 763 s.

Compétence internationale : 133 s., 137, 139 s.,

Compétence territoriale : 65, 110 s., 684, 686, 1055.

Compromis :

- autonomie : 188 s.
- définition : 11.
- mention de l'objet du litige : 237 s.

Conciliation : 13.

Contestation sérieuse : 380 s., 404, 423 s., 442 s., 553 s.

Convention d'arbitrage :

- consentement : 192 s., 209 s.
- effets : 251 s.
- extension : 1000, 1002 s.
- forme : 223 s.
- nullité : 189, 201 s., 210, 227, 246.
- tiers : 999 s.
- transmission : 1000, 1002, 1004, 1006 s.
- vices de consentement : 194 s.

D

Défaut (d'une partie) : 479, 621, 644, 722.

Délai de l'arbitrage : 601, 609, 702.

Délai de Comparution :

- arbitre : 597 s.
- juge : 583 s.

Demande en justice : 156 s.

Domage imminent : 419, 421, 424 s., 537.

Droit :

- administratif : 512, 515 s.
- de l'homme : 86, 545, 716, 852.
- de l'Union européenne : 130, 141 s., 295.
- des régimes matrimoniaux : 204.
- des sociétés : 204.

- international : 139 s., 233, 246, 290, 502, 524 s., 846 s., 854.

E

Écrit : 189 s., 225 s., 233 s., 640.

V. convention d'arbitrage.

Exception d'incompétence : 272, 274 s., 284 s., 288, 295.

Exécution provisoire : 973 s., 943, 974 s., 1024 s.

V. sentence.

Exequatur : 849, 942, 973 s., 1049 s.

- partiel : 1075 s.

Expertise : 12.

F

Fin de non-recevoir :

- contestation sérieuse : 390 s.

- convention d'arbitrage : 272 s.

- défaut d'urgence : 376 s.

- distinction : 275, 283.

I

Impartialité : 86, 544 s., 553, 560 s., 642, 666, 668, 1081.

Imperium :

- définition : 770, 836 s. 863.

- distinction : 864 s.

- *jurisdictio* : 770, 860 s., 884.

- *merum* : 770 s., 860, 864 s.

- *mixtum* : 871 s.

- origine : 838 s.

In limine litis : 160, 163, 271 s., 284, 287.

Injonction : 442, 882, 885.

Instance arbitrale :

- déroulement : 573 s.

- détermination des règles applicables : 45, 452 s.

- principe de célérité : 603 s., 760.

- principe du contradictoire : 479, 574 s., 643., 708 s.

- principes directeurs du procès : 474 s., 546.

Intervention : 679 s., 964 s., 1018 s.

J

Juge d'appui :

- compétence : 682 s.

- intervention : 689 s., 698.

- procédure : 701 s.

Juge de la mise en état : 91 s.

Juge de l'exequatur :

- compétence : 1051 s.

- procédure : 1058 s.

- voies de recours : 1072 s.

Juge des référés :

- compétence : 68 s.

Juge unique : 84, 91.

Juridiction du fond :

- caractère facultatif : 70 s.

- option de compétence : 70 s.

Jurisdictio : 770, 860 s., 884.

V. *imperium*.

L

Litispendance : 80 s.

Liquidation (des astreintes) : 97, 99, 104, 921.

M

Mesure :

- d'anticipation : 34, 385.
- d'instruction *in futurum* : 307 s., 357, 366, 396 s., 879 s., 901, 979.
- de sauvegarde : 418 s.

Motif légitime : 397 s., 400 s.

N

Nature :

- de l'astreinte : 873.
- de l'arbitrage : 19.
- des mesures *ex parte* : 745 s.
- des mesures provisoires et/ou conservatoires : 775 s.

O

Objet :

- de la demande : 149 s.
- de la convention d'arbitrage : 205, 240 s.
- du litige : 199, 238 s.

Obligation de révélation : 568, 570.

Obstacle (dans l'arbitrage) :

- obstacle conjoncturel : 662 s.
- obstacles structurel : 647 s.
- obstacle de la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires : 812 s.
- obstacle de la nature des mesures provisoires et/ou conservatoires : 775 s.

Office du juge :

- convention d'arbitrage : 272 s., 287.
- exception d'incompétence : 156 s.

- fin de non-recevoir : 162, 272 s., 283, 377 s., 390 s., 406, 802.

P

Pouvoir juridictionnel : 105, 107, 144, 146, 154, 166 s., 281, 325 s.

Prescription : 159 s., 734 s., 818, 1021.

Preuve : 196, 228 s., 397 s., 414, 570, 739, 885, 1011.

Principe dispositif : 480.

Principe de la contradiction : 643, 711 s.

Principes directeurs du procès civil : 45, 455, 474 s., 842, 546.

Principe de célérité : 603 s., 760.

R

Rapidité : 46, 608.

Recours :

V. Voies de recours.

Recours en annulation : 734, 819, 1032 s.

Référé :

- référé *-in futurum* : 396 s.
- référé préventif : 421 s.
- référé-provision : 303, 418, 435 s., 796.
- référé prud'homal : 126.
- référé-sauvegarde : V. Référé- préventif.
- référé-urgence : 366 s.

Référé arbitral :

- conditions de compétence : 180 s.
- conditions des pouvoirs : 508 s.
- déroulement de l'instance : 573 s.
- fin de l'instance : 831 s.

Renvoi : 172 s.

S

Saisies conservatoires : 319.

Saisine : 160, 273, 327 s., 364 s., 386 s., 701 s.,
1058 s.

Séparation des pouvoirs (de l'arbitre) : 548 s.,
795 s.

Sentence :

- annulation : 567, 732 s.
- exécution forcée : 823, 973 s., 1046 s.
- exécution provisoire : 937, 1024 s.
- exécution spontanée : 937.
- forme : 799 s.
- opposabilité aux tiers : 1010 s.

Statut de l'arbitre : 952.

Statut des personnes : 341.

Sûretés judiciaires :

V. Saisies conservatoires

T

Témoignage : 150, 397, 412, 838, 949.

Tierce : 13, 883, 1000 s.

Tribunal arbitral :

- caractère éphémère : 650 s.
- constitution : 318, 527, 648 s., 680, 688 s., 698,
980.
- dessaisissement : 826 s.

Tribunal judiciaire : 22, 36, 71, 85, 91, 97, 100,
320, 370, 385, 437, 549, 683, 809, 973, 1033 s.

Trouble manifestement illicite : 423 s., 431 s.

U

Urgence :

- condition : 105, 107, 145 s., 153, 160 s., 300,
366 s., 411, 509 s.
- appréciation : 376 s.
- historique : 518.
- notion : 369 s.

V

Voie de recours :

- contre le jugement au fond : 802 s.
 - contre l'ordonnance de l'*exequatur* : 1072 s.
- V. Juge de l'*exequatur*
- contre l'ordonnance de l'arbitre octroyant des
mesures provisoires et/ou conservatoires : 818,
825.
 - contre l'ordonnance du juge étatique octroyant
des mesures provisoires et/ou conservatoires :
704, 804 s.
 - contre l'ordonnance sur requête : 749, 750.
 - contre la sentence : 815.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	- 9 -
PARTIE I : LE RÉFÉRÉ ARBITRALE, UNE ALTERNATIVE EN QUÊTE DE CRÉDIBILITÉ	- 42 -
Titre I : Une indifférence quant au fondement de la compétence.....	- 43 -
Chapitre I : La compétence du juge des référés, une compétence juridictionnelle -	- 45 -
Section 1 : Les règles matérielle et territoriale, critères de compétence du juge des référés	- 46 -
§ 1 : La compétence d'attribution du juge des référés	- 46 -
A : La compétence partagée en matière de référé judiciaire	- 47 -
1 : Le caractère facultatif de la compétence du juge des référés et du juge du fond	- 47 -
2 : Le référé en cours d'instance au fond	- 52 -
B : La compétence limitée en matière de référé judiciaire.....	- 57 -
1 : Les règles souples limitant la compétence du juge des référés	- 57 -
2 : Les règles d'exclusivité privant le juge des référés de sa compétence	- 61 -
§ 2 : La compétence territoriale du juge des référés.....	- 69 -
A : Les règles de la compétence territoriale interne du juge des référés	- 70 -
1 : Les règles principales de la compétence territoriale du juge des référés ...	- 70 -
2 : Le rôle de la volonté dans la compétence territoriale du juge des référés .	- 73 -
B : Les règles de la compétence territoriale internationale du juge des référés ..	- 77 -
1 : La compétence du juge des référés conformément au lieu du domicile du défendeur	- 77 -
2 : La compétence du juge des référés conformément au lieu de l'exécution de la mesure demandée	- 79 -
Section 2 : Les critères controversés de la compétence du juge des référés	- 83 -
§ 1 : La compétence controversée du juge des référés koweïtien au regard de son pouvoir juridictionnel	- 84 -
A : Le caractère provisoire de la demande en référé et l'urgence, conditions de la compétence du juge des référés koweïtien	- 84 -

B : Les sanctions du non-respect des conditions de compétence du juge des référés koweïtien	- 88 -
§ 2 : La réfutation des conditions controversées de la compétence du juge des référés koweïtien	- 93 -
A : Les concepts doctrinaux, une réfutation théorique.....	- 93 -
B : Le système de renvoi de l'action, une réfutation pratique.....	- 98 -
Chapitre II : La compétence de l'arbitre, un fondement conventionnel.....	- 103 -
Section 1 : Le fond et la forme de la convention déterminant la compétence des arbitres ..	103 -
§ 1 : Le fond de la convention déterminant la compétence des arbitres	- 104 -
A : Les conditions étendues de validité de la convention d'arbitrage	- 104 -
1 : L'autonomie de la compétence des arbitres et de la convention arbitrale ..	- 105 -
2 : Le consentement des parties à l'arbitrage	- 110 -
3 : La capacité, le pouvoir des parties et le contenu de la convention d'arbitrage..	- 113 -
B : Les conditions étroites de validité de la convention d'arbitrage	- 121 -
1 : Les conditions liées à la convention d'arbitrage	- 122 -
2 : L'arbitrabilité du litige	- 128 -
§ 2 : La forme de la convention déterminant la compétence des arbitres	- 132 -
A : Les règles relatives à l'écriture de la convention d'arbitrage.....	- 133 -
1 : Une convention d'arbitrage écrite	- 133 -
2 : La clause compromissoire par référence	- 136 -
B : Les règles relatives à la mention de l'objet du litige et à la désignation de l'arbitre
.....	- 139 -
1 : La mention de l'objet du litige dans le cadre d'un compromis	- 139 -
2 : La désignation des arbitres	- 143 -
Section 2 : Les effets de la convention d'arbitrage sur la compétence de l'arbitre et du juge	étatique
§ 1 : Les effets généraux de la convention d'arbitrage sur la compétence de l'arbitre et	du juge étatique
A : La compétence des arbitres et le respect des parties de leur compétence, effets	positifs de la convention d'arbitrage
1 : La compétence des tribunaux arbitraux	- 147 -
2 : Le respect des parties de la compétence arbitrale	- 152 -

B : L'incompétence des tribunaux étatiques	- 155 -
1 : La convention d'arbitrage, obstacle à la compétence du juge du fond	- 156 -
2 : La compétence du juge de fond malgré l'existence de la convention d'arbitrage	- 164 -
§ 2 : Les effets spécifiques de la convention d'arbitrage sur les compétences de l'arbitre et du juge des référés	- 169 -
A : Le juge des référés et l'arbitre simultanément compétents	- 169 -
1 : Le caractère facultatif de la compétence du juge des référés et de l'arbitre-	170
-	
2 : Les conditions spécifiques de la compétence du juge des référés en présence de la convention d'arbitrage.....	- 173 -
B : Le juge des référés ou l'arbitre isolément compétents	- 179 -
1 : Le caractère exclusif de la compétence du tribunal arbitral, présomption logique	- 179 -
2 : Les exceptions de la compétence exclusive de l'arbitre, présomption préventive	- 182 -
Titre II : Une différence quant à l'étendue des pouvoirs	- 187 -
Chapitre I : Un pouvoir issu des conditions de saisine du juge.....	- 189 -
Section 1 : La condition de la saisine du juge des référés liée à sa fonction provisoire	190 -
§1 : La nécessité de l'absence de saisine au principal.....	- 191 -
A : La notion du principal	- 191 -
B : L'absence de saisine au principal, une condition remplie en cas d'ordonnance d'une mesure provisoire et/ou conservatoire.....	- 196 -
§2 : Le lien entre l'absence de saisine au principal et l'interdiction de porter préjudice au principal	- 199 -
A : La notion de préjudice au principal	- 200 -
B : L'interdiction de porter préjudice au principal, une garantie pour le caractère provisoire de l'ordonnance de référé.....	- 203 -
Section 2 : Les conditions de la saisine du juge des référés liées aux différents types de référés	- 205 -
§1 : Le référé classique et le référé <i>in futurum</i>	- 206 -
A : La condition de l'urgence, première condition pour le référé classique	- 206 -

1 : La notion d'urgence	- 207 -
2 : La mise en œuvre de la condition d'urgence.....	- 209 -
B : La condition de l'absence de contestation sérieuse, deuxième condition pour le référé classique	- 211 -
1 : La notion de l'absence de contestation sérieuse.....	- 212 -
2 : La mise en œuvre de la condition de l'existence d'une contestation sérieuse ...-	215 -
C : La saisine avant tout procès et l'existence d'un motif légitime, conditions propres au référé <i>in futurum</i>	- 217 -
1 : La saisine du juge des référés avant tout procès	- 219 -
2 : L'existence d'un motif légitime	- 222 -
§2 : Les référés spéciaux : Référés français	- 226 -
A : Le référé préventif, notion et condition unique	- 227 -
1 : La notion de référé sauvegarde ou préventif : la définition du dommage imminent et du trouble manifestement illicite.....	- 228 -
2 : La condition de l'obtention d'une mesure de référé préventif et le contrôle de la Cour de cassation française	- 231 -
B : Le référé-provision, notion et condition unique	- 233 -
1 : La notion de référé-provision.....	- 233 -
2 : La condition unique de l'octroi du référé-provision	- 235 -
Chapitre II : Un pouvoir issu de la mission confiée aux arbitres	- 239 -
Section 1 : Les critères théoriques d'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre en droits internes et internationaux.....	- 240 -
§ 1 : Les critères de droits internes pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires.....	- 241 -
A : L'existence d'un critère procédural large pour encadrer les pouvoirs de l'arbitre et pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires.....	- 241 -
1 : Le critère de l'exercice des pouvoirs de l'arbitre, un critère général	- 242 -
2 : Le critère d'octroi des mesures provisoires et conservatoires, un critère controversé	- 244 -
B : Les limites posées aux conditions d'octroi des mesures provisoires.....	- 248 -
1 : Les limites de la convention d'arbitrage	- 249 -
2 : La limite d'impérativité des règles du droit	- 251 -

§ 2 : Les critères de l'arbitrage international pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires	255 -
A : Les critères liés à la demande des parties et au dommage irréparable	257 -
1 : L'existence de la demande des parties	257 -
2 : L'existence d'un préjudice irréparable.....	259 -
B : Les critères liés au fond de l'affaire et à l'intérêt des parties	261 -
1 : La proportionnalité des intérêts des parties à l'arbitrage	261 -
2 : La chance raisonnable de succès au fond.....	263 -
Section 2 : Les critères pratiques d'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre en droits internes français et koweïtien	265 -
§1 : Le concept d'urgence, premier critère fondamental pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre	265 -
A : Le concept d'urgence	265 -
1 : Le concept philosophique d'urgence.....	266 -
2 : Le concept juridique d'urgence : Droit administratif.....	268 -
B : L'urgence comme critère fondamental pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires par l'arbitre	271 -
1 : L'encadrement international de la condition d'urgence pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires	271 -
2 : L'exigence de la condition d'urgence pour l'octroi des mesures provisoires et/ou conservatoires	273 -
§ 2 : L'absence de préjudice au principal, second critère nécessaire pour le prononcé des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre	277 -
A : Le fondement du critère de l'absence de préjudice au principal.....	277 -
1 : L'obligation de respecter le droit des parties à bénéficier d'un procès équitable	278 -
2 : L'absence de séparation des pouvoirs des arbitres.....	282 -
B : La mise en œuvre de critère devant les arbitres, en comparaison au juge des référés	286 -
1 : La nécessité de l'absence de contestation sérieuse dans le cadre du référé arbitral	286 -
2 : Les conséquences « éventuels » de l'abandon du critère d'absence du préjudice au principal	291 -

PARTIE II : LE RÉFÉRÉ ARBITRAL, UNE SOLUTION EN QUÊTE D'UNE NÉCESSAIRE COMPLÉMENTARITÉ - 295 -

Titre I : Un déroulement entre célérité et difficultés - 296 -

Chapitre I : La célérité confrontée aux difficultés de constitution du tribunal arbitral ou à la personnalité de l'arbitre - 298 -

Section 1 : Quelle célérité de l'arbitrage en comparaison avec la procédure judiciaire de référé ? - 299 -

§ 1 : Le traitement des mesures provisoires et/ou conservatoires assuré par des garanties de délais - 299 -

A : Les délais de comparution devant le juge des référés - 300 -

1 : La comparution en cas de référé ordinaire - 300 -

2 : La comparution en cas de référé d'heure à heure - 303 -

B : Les délais de comparution devant l'arbitre - 305 -

1 : La célérité assurée par la convention d'arbitrage, une célérité similaire à celle du référé ordinaire - 306 -

2 : La célérité grâce à la loi, une célérité similaire au référé d'heure à heure - 309 -

§ 2 : La célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires assurée par le respect des droits de la défense - 312 -

A : Le respect des droits de la défense garanti classiquement par l'appréciation du juge des référés et le contrôle de la Cour de cassation - 313 -

1 : L'appréciation du caractère suffisamment long du délai de la défense ... - 313 -

2 : Le contrôle de la Cour de cassation - 316 -

B : Le respect des droits de la défense garanti par le mécanisme moderne de la liberté procédurale - 318 -

1 : La liberté procédurale de l'arbitrage assurant le respect des droits de la défense - 319 -

2 : Les limites soumises aux arbitres et aux stipulations des parties à l'arbitrage .. - 324 -

Section 2 : La constitution du tribunal arbitral et la personnalité de l'arbitre, des obstacles à la célérité de l'arbitrage - 327 -

§ 1 : Les obstacles structurel et conjoncturel dans l'arbitrage - 327 -

A : L'obstacle structurel : la difficile constitution du tribunal arbitral - 327 -

1 : Le caractère éphémère du tribunal arbitral - 328 -

2 : L'acceptation par les arbitres de leur mission	332 -
B : L'obstacle conjoncturel : la délicate question de la personnalité de l'arbitre-	335
-	
1 : Les obstacles liés à la psychologie de l'arbitre	335 -
2 : Les obstacles psychiatriques de l'arbitre.....	339 -
§ 2 : L'intervention du juge étatique résolvant la difficulté liée aux obstacles de l'arbitrage	343 -
A : Les conditions de l'intervention du juge étatique dans la mission arbitrale	343 -
1 : Les compétences du juge étatique	343 -
2 : Les pouvoirs du juge étatique.....	346 -
B : Les limites de l'intervention du juge étatique et les procédures de la saisine-	349
-	
1 : Les limites de l'intervention du juge étatique	349 -
2 : Les procédures de saisine du juge étatique	352 -
Chapitre II : La célérité confrontée au principe du contradictoire et à la nature des mesures provisoires	355 -
Section 1 : Le principe du contradictoire et les mesures non-contradictaires, des obstacles souples et stricts sur la célérité et la possibilité de prononcer des mesures provisoires.....-	355 -
§ 1 : Le principe du contradictoire, un obstacle souple face à l'exigence de célérité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales	356 -
A : La notion de principe du contradictoire	357 -
1 : Une notion fondamentale dans l'action judiciaire et arbitrale	357 -
2 : Le contenu strict de la contradiction dans l'action judiciaire et arbitrale	360 -
B - La souplesse du principe du contradictoire dans l'instance arbitrale.....	365 -
1 : La souplesse du principe de la contradiction mis en théorie.....	365 -
2 : La souplesse du principe de la contradiction mis en pratique.....	369 -
§ 2 : Les mesures non-contradictaires, un obstacle strict empêchant de prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires	371 -
A : Le contour des mesures <i>ex parte</i> et leurs conditions.....	372 -
1 : La définition et la nature des mesures <i>ex parte</i>	372 -
2 : Les conditions requises pour le prononcé d'une mesure <i>ex parte</i>	376 -
B : L'exclusivité des mesures <i>ex parte</i> du fait de l'absence d' <i>imperium</i> des arbitres	380 -

1 : La compétence exclusive du juge des requêtes, un obstacle théorique opposé à la compétence arbitrale.....	381 -
2 : L'absence d' <i>imperium</i> , un obstacle pratique devant les arbitres	384 -
Section 2 : La nature des mesures provisoires et conservatoires, un obstacle éventuel à la célérité et l'efficacité du référé arbitral	387 -
§ 1 : L'autorité de la chose jugée des mesures provisoires et la personnalité de l'arbitre : des composantes infirmant l'efficacité du référé arbitral en cas d'alliance	388 -
A : Le contenu des mesures provisoires et conservatoires devant le juge des référés -	388 -
B : La répercussion de la personnalité de l'arbitre sur l'autorité de la chose jugée des mesures provisoires	392 -
§ 2 : La forme des décisions, les voies de recours en découlant et la personnalité de l'arbitre : des composantes infirmant la célérité et l'efficacité du référé arbitral en cas d'alliance	397 -
A : La forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et les voies de recours devant le juge des référés, une célérité et une efficacité judiciaire déterminées par les lois	398 -
1 : Les mesures provisoires et/ou conservatoires rendues sous la forme d'ordonnance : la seule forme obligatoire	398 -
2 : L'ordonnance des mesures provisoires et/ou conservatoires susceptible d'être annulée.....	401 -
B : La forme des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales et les voies de recours en découlant, une célérité et une efficacité remises en question du fait de la souplesse conventionnelle de l'arbitrage.....	403 -
1 : La souplesse de la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales et leur voie conventionnelle de recours	404 -
2 : La répercussion de la personnalité de l'arbitre français sur la forme des décisions arbitrales et leur voie de recours.....	409 -
Titre II : Un dénouement entre exécution spontanée et exécution forcée	416 -
Chapitre I : L'exécution spontanée des « décisions » arbitrales	417 -
Section 1 : L'importance de l'idée d' <i>imperium</i>	417 -
§ 1 : L'origine de l' <i>imperium</i> : une importance générale concernant la souveraineté de l'État.....	418 -

A : La genèse de l' <i>imperium</i>	418 -
B : Le fondement de l' <i>imperium</i> et son unique limite.....	422 -
§ 2 : La délégation de l' <i>imperium</i> , une importance spécifique concernant la résolution des litiges.....	425 -
A : La dissection de l' <i>imperium</i> du juge et ses effets : l' <i>imperium</i> du juge et l'absence d' <i>imperium</i> de l'arbitre.....	426 -
1 : L' <i>imperium</i> du juge étatique	427 -
2 : Les conclusions tirées de la dissection de l' <i>imperium</i> du juge en matière d'arbitrage	430 -
B : Les intérêts de la délégation de l' <i>imperium merum</i> au juge des référés.....	435 -
1 : Dans le cadre du déroulement de l'instance de référé.....	435 -
2 : Dans le cadre de la force exécutoire des décisions	440 -
Section 2 : L'étendue de la capacité de l'arbitre à permettre aux parties à l'arbitrage d'exécuter ses décisions sans l'octroi officiel de l' <i>imperium merum</i>	442 -
§ 1 : Les manifestations théoriques soutenant le quasi- <i>imperium</i> de l'arbitre et l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires	443 -
A : L'évolution de la jurisprudence française et des législations françaises et koweïtiennes concernant le quasi- <i>imperium</i> de l'arbitre.....	444 -
1 : La jurisprudence française et le quasi- <i>imperium</i> de l'arbitre.....	444 -
2 : Les législateurs et le quasi- <i>imperium</i> de l'arbitre	448 -
B : L'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires dans le prononcé des astreintes.....	450 -
1 : Le caractère contraignant de l'astreinte	451 -
2 : La nature spéciale de l'astreinte	453 -
§ 2 : Les manifestations pratiques garantissant l'exécution des décisions arbitrales-	456
-	
A : Les manifestations liées à l'arbitre	457 -
1 : La nature « contractuelle » de l'arbitrage et la prise en compte de la personnalité de l'arbitre	457 -
2 : La répercussion de la personnalité de l'arbitre sur le respect des « décisions arbitrales »	460 -
B : Les manifestations liées à la convention d'arbitrage et à la conception de milieu professionnel de la justice arbitrale	463 -
1 : La pression du milieu professionnel de la justice arbitrale	463 -

2 : Le caractère contraignant de la convention d'arbitrage	- 465 -
Chapitre II : L'exécution forcée des sentences arbitrales	- 471 -
Section 1 : Les effets du défaut d' <i>imperium</i> de l'arbitre constituant un handicap pour l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales	- 471 -
§ 1 : L'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires arbitrales pour les parties à l'arbitrage	- 471 -
A : L'inefficacité totale des mesures provisoires malgré l'astreinte en droit français -	473 -
1 : L'absence d' <i>imperium</i> : l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires à cause de leur forme.....	- 473 -
2 : L'absence d' <i>imperium</i> : l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires à cause des règles de compétence exclusive	- 476 -
B : L'inefficacité partielle en l'absence du pouvoir de prononcer des astreintes en droit koweïtien.....	- 480 -
1 : L'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires à cause de l'absence d' <i>imperium</i> et du pouvoir de prononcer des astreintes.....	- 481 -
2 : L'inefficacité seulement partielle grâce à la forme des mesures provisoires et/ou conservatoires et le recours au juge étatique	- 483 -
§ 2 : L'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires au regard des tiers.....	- 485 -
A : Le tiers dans le cadre d'une convention d'arbitrage.....	- 485 -
B : Les aspects de l'inefficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires au regard des tiers.....	- 489 -
Section 2 : L'intervention du juge étatique dans la mission arbitrale constituant une assistance à l'efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires.....	- 492 -
§ 1 : Le mécanisme de l'exécution des décisions arbitrales.....	- 493 -
A : L'octroi de l'exécution provisoire, une condition nécessaire pour l'exécution immédiate des sentences arbitrales.....	- 494 -
1 : L'exécution provisoire ordonnée par le tribunal arbitral	- 494 -
2 : L'exécution provisoire ordonnée par le tribunal étatique	- 497 -
B : La mise en œuvre de la condition en matière de référé arbitral	- 498 -
1 : L'exécution des mesures provisoires et/ou conservatoires, sous la forme d'ordonnance arbitrale.....	- 499 -

2 : L'exécution des mesures provisoire et/ou conservatoire sous la forme d'une sentence arbitrale.....	- 502 -
§ 2 : La nécessité de l' <i>exequatur</i> pour l'exécution forcée des mesures provisoires et/ou conservatoires.....	- 505 -
A : Le juge de l' <i>exequatur</i> et les modalités de sa saisine.....	- 506 -
1 : Le juge compétent.....	- 506 -
2 : La saisine du juge de l' <i>exequatur</i>	- 508 -
B : Le contrôle de la décision arbitrale préalable à la réponse du juge.....	- 510 -
1 : Le contrôle du juge étatique et l'étendue de ses pouvoirs.....	- 510 -
2 : La décision octroyant l' <i>exequatur</i> et ses voies de recours.....	- 513 -
CONCLUSION.....	- 518 -
BIBLIOGRAPHIE.....	- 522 -
INDEX ALPHABETIQUE.....	- 595 -
TABLE DES MATIÈRES.....	- 600 -

RÉSUMÉ

En droits français et koweïtien, il existe une juridiction de référé quelque soit la matière. Cette juridiction a le pouvoir de prendre des mesures provisoires et/ou conservatoires pour régler momentanément une situation urgente ou pour sauvegarder provisoirement et rapidement un droit dans l'attente qu'un jugement au fond soit rendu. Toutefois, en matière arbitrale, le juge étatique n'est pas le seul compétent pour pouvoir prendre lesdites mesures. En effet, l'arbitre désigné dans la convention d'arbitrage dispose également de cette prérogative. À ce titre, les juges étatiques ou arbitraux français et koweïtiens, bénéficient de points forts mais également de faiblesses lorsqu'ils rendent ces mesures. D'une part, les juges des référés français et koweïtiens disposent de toutes les prérogatives permettant de rendre leurs décisions provisoires d'une manière efficace et rapide. Toutefois, la lourdeur des règles procédurales applicables devant les juridictions de référé peut s'avérer dissuasif. Elles peuvent ainsi préférer se tourner vers l'arbitre puisque les règles de procédure propre à l'arbitrage sont souvent perçues comme étant modernes, simples et rapides. Toutefois, les arbitres de ces deux États ne disposent pas de l'*imperium*, qui garante garantissant l'efficacité et l'effectivité de leurs mesures. À ce titre, la substance de cette thèse résidera dans la comparaison entre le juge des référés et les arbitres français et koweïtiens concernant l'efficacité et la célérité de leurs mesures provisoires et/ou conservatoires. La présente thèse s'attachera à démontrer, au travers de cette comparaison, que l'arbitrage est préférable au traitement du litige malgré l'absence de certaines prérogatives importantes qui aident les arbitres pour rendre leurs mesures provisoires et/ou conservatoires rapides et efficaces.

Mots-clés : mesures provisoires et/ou conservatoires – arbitre – juge des référés – *imperium* – droits français et koweïtien – astreintes – référé arbitral et judiciaire – pouvoir coercitif – pouvoirs de l'arbitre – pouvoirs du juge des référés – célérité et efficacité des mesures provisoires et/ou conservatoires.

ABSTRACT

In French and Kuwaiti national courts, the power of urgency exists regardless of the nature of the courts, civil or commercial. The power of urgency entitles to grant all provisional and precautional orders to address an emergency situation or to preserve the right of the parties without prejudice to the origin of the substantive right. However, in the case of an existence of an arbitration agreement, the judge does not have the right to grant these orders solely. In fact, the arbitrator appointed in the arbitration agreement also has the right to this privilege. In this regard, every French and Kuwaiti judge whether an arbitrator or a national judge has points of strength and weakness when granting these orders. On one hand, the French and Kuwaiti national judge has all the privileges that entitle them to grant provisional and precautional orders effectively and quickly. However, the nature of the procedures used to grant these orders can sometimes be stressful and exhausting to the parties involved in a way that affects the speed and effectiveness of these orders. On the other hand, the procedures followed before the arbitrators are easy, fast, and effective, but the arbitrators do not have the power to redress to ensure the execution of these orders, which affects the administration of justice. Therefore, the essence of this study lies in the comparison between the national judge and the arbitrator, French and Kuwaiti, in terms of the effectiveness and the speed of granting provisional and precautional orders. This study shows that arbitration is always preferred by disputants to obtain provisional and precautional orders more quickly and effectively than national courts.

Keywords: The provisional and precautional orders, Arbitrator, Urgent judge, The power of redress, The French and Kuwaiti Laws, Threatening fines, Arbitral and judicial expedited proceedings, Arbitrator privileges, The speed and effectiveness of provisional and precautional orders.