

# Institutions d'arbitrage : pour une transparence maîtrisée

**La crise de confiance généralisée a conduit certaines institutions d'arbitrage à s'orienter vers plus de transparence et une plus grande responsabilité. A l'excès, ces changements pourraient toutefois nuire au fonctionnement de ces institutions.**

L'arbitrage, mode de résolution privé de la vie des affaires, a lui aussi été pris dans le grand vent de la transparence qui souffle sur le monde économique et financier depuis quelques années, et avec d'autant plus de force depuis la crise. Le 23 septembre dernier, Alexis Mourre, avocat au Barreau de Paris, président de Paris place d'arbitrage, et Pierre Tercier, professeur à l'Université de Fribourg, sont intervenus à l'occasion d'une conférence organisée par l'Association française d'arbitrage (Afa) autour du thème « Les institutions d'arbitrage au XXI<sup>ème</sup> siècle : vers plus de transparence et de responsabilité ? ». Conformément à la présentation proposée par l'Afa, l'arbitrage peut se définir comme une justice privée, mise en place par la volonté des parties, reconnue par les Etats et les institutions internationales, qui répond au besoin d'être jugé en dehors des tribunaux, en raison notamment de la confidentialité et de l'adaptation de sa procédure au litige. Malgré cette confidentialité, le besoin de confiance des parties envers ces institutions nécessite un certain degré de transparence, et la possibilité de mettre en jeu leur responsabilité. Dans cette perspective, il faut prendre en compte les évolutions récentes de la profession : une concurrence de plus en plus vive entre les institutions d'arbitrage pour attirer les entreprises, la pression de ces dernières qui exigent des délais toujours plus courts, le rôle croissant de la presse spécialisée, et la mise en cause de plus en plus systématique des institutions. Face à ces données, Alexis Mourre s'interroge : « Jusqu'où faut-il aller sans tomber dans la surenchère ? »

## Entre transparence légitime et transparence systématique

La transparence peut porter sur les institutions d'arbitrage et leur fonctionnement ou sur les décisions rendues. Pour Pierre Tercier, la transparence de l'institution et de son mode de fonctionnement est essentielle : « Il est très important de savoir qui est derrière la décision. » Transparence également dans la pratique : « A défaut de motivation de la décision, il faut expliquer les pratiques qui fondent les décisions (...) Et il est

possible de faire connaître ces motivations de manière générale. » Afin d'illustrer cette transparence, Alexis Mourre prend l'exemple du formulaire de déclaration d'acceptation, de disponibilité et d'indépendance de la Chambre de commerce internationale modifié depuis le 17 août 2009. L'évolution la plus marquante est que l'arbitre doit révéler le nombre d'affaires en cours dans lesquelles il est engagé, y compris ses activités de conseil. La première difficulté ici résulte des disparités existantes entre les formulaires de déclaration d'indépendance des différentes institutions d'arbitrage, plus ou moins exigeants quant aux informations que l'arbitre doit fournir : « Cette disparité n'est pas souhaitable en termes de prévisibilité et nécessiterait de réfléchir à des standards communs internationaux. » Autre difficulté liée à un surplus d'informations : quel est le rôle de l'institution lorsqu'elle reçoit ces données sur les arbitres ? Alexis



Pierre Tercier, Geneviève Augendre  
et Alexis Mourre

Mourre s'interroge sur ce point à plusieurs niveaux : « La diffusion de ces informations auprès des parties n'est-elle pas de nature à porter atteinte à la confidentialité à laquelle les arbitres auraient droit ? Ne vait-on pas exclure des arbitres expérimentés ? La responsabilité des institutions pourrait-elle être mise en cause... ? » Selon les intervenants, ces difficultés potentielles, ne rendent pas moins souhaitable une plus grande transparence au niveau du fonctionnement et de la pratique.

En revanche, s'agissant des décisions prises par l'institution, l'exigence d'une plus grande transparence pourrait nuire au bon fonctionnement de l'arbitrage. Pierre Tercier se demande ainsi s'il est opportun de motiver la décision : « le rôle des institutions est de faciliter l'arbitrage ». Or la motivation systématique des décisions risquerait

d'alourdir la procédure, voire de créer une judiciarisation en ouvrant la voie à des recours. Plus nuancé, mais toujours sceptique, Alexis Mourre cite en exemple l'initiative de la Cour d'arbitrage de Londres, depuis 2006, de publier ses décisions concernant les demandes de récusation, bien que dans les faits aucune décision n'ait encore été publiée ! « Cela implique un avis motivé de la Cour, or ce n'est pas toujours le cas » explique-t-il. « La CCI par exemple ne motive pas toujours ses décisions de récusation... On peut d'ailleurs se demander si les arbitres supporteront cela longtemps... » Il souligne enfin le risque de voir l'institution liée par ses précédents publiés.

## Une responsabilité inévitable

Sur la question de savoir si la responsabilité des institutions d'arbitrage doit être renforcée, les deux intervenants estiment qu'une responsabilité doit évidemment être maintenue en cas de faute grave ou de dol, mais que les clauses exclusives de responsabilité permettent par ailleurs à ces institutions de travailler sereinement, remarque Alexis Mourre. Dans l'arrêt SNF du 29 janvier 2009, la cour d'appel a pourtant jugé, qu'une clause était réputée non écrite lorsqu'elle allait à l'encontre de l'engagement pris en tant que prestataire de services, faisant référence aux clauses d'exclusion de responsabilité prévues à l'article 34 du règlement d'arbitrage de la CCI. Alexis Mourre rappelle ici qu'en droit français, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont valables sauf en cas de faute lourde, et c'est en effet ce qu'avait jugé le tribunal de grande instance.

Pour Pierre Tercier, le maintien de la responsabilité en cas de faute grave ou de dol est d'autant plus essentiel compte tenu de l'évolution de l'arbitrage qui connaît une « banalisation, une internationalisation et une commercialisation », nécessitant de mettre des garde-fous afin d'en assurer le bon fonctionnement. « Car si l'arbitrage dérape », ajoute-t-il, « c'est tout le système international qui peut être bouleversé. »

AG