

afa

Association
For
Arbitration

Association
Française
d'Arbitrage



Paris, 28 septembre 2015

Conférence de l'Association Française d'Arbitrage

Le statut juridique de l'arbitrage administré

Communication de Charles Jarrosson

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Publiée à la Revue de l'arbitrage 2016 n° 2 p. 445

RESUME

A l'occasion du 40e anniversaire de l'Association française d'arbitrage, il a paru utile de faire le point sur le statut juridique de l'arbitrage lorsqu'il se déroule sous l'égide d'un centre d'arbitrage. On s'aperçoit que le droit – c'est-à-dire surtout la jurisprudence – a « saisi » la matière et a progressivement élaboré un régime juridique pour ce contrat particulier, au fur et à mesure des réponses apportées aux diverses actions en responsabilité intentées contre ces institutions. L'activité des institutions d'arbitrage se déroule le cas échéant sous le contrôle du juge étatique qui a su trouver l'équilibre entre la nécessité d'un tel contrôle et la juste protection de la liberté et de la souplesse dont l'arbitrage a besoin. A cet égard, la vigilance reste de mise, afin que la pratique des centres d'arbitrage ne devienne pas elle-même la source d'une réglementation excessive.

SUMMARY

On the occasion of the 40th anniversary of the French Arbitration Association (the AFA), it seemed particularly relevant to review the legal nature of institutional arbitration. The law in this area (which is overwhelmingly judge-made law) has progressively ossified through decisions in liability actions brought against various arbitral institutions. The borders of the contract between the parties to arbitrations, on the one hand, and an arbitral institution, on the other hand, is now well-defined.

Arbitral institutions operate under the general purview of State courts, whose judges have successfully struck a fine balance between the need for regulation and the need to provide flexibility to the arbitral process. Nevertheless, we must remain vigilant, to prevent the situation whereby arbitral institutions, themselves (through their own practices), might become the source of excessive regulation.

1. Les quarante ans de l'Association française d'arbitrage (AFA)¹, fournissent l'occasion de réfléchir à l'évolution du droit de l'arbitrage, particulièrement dans ses aspects intéressant les institutions d'arbitrage.

Il y a quarante ans, le nouveau Code de procédure civile était entré en vigueur depuis peu, mais il ne comportait encore aucune disposition sur l'arbitrage ; le droit de l'arbitrage restait régi par les articles 1003 à 1028 de l'ancien Code de procédure civile, et une loi de 1972 venait étonnamment de faire entrer l'arbitrage dans le Code civil aux articles 2059 à 2061. Quels étaient les sujets brûlants ? En matière interne, on discutait alors des limites de la tierce opposition à ordonnance d'exequatur et celles de l'appel ; du côté de l'arbitrage international, un congrès de l'ICCA venait de se tenir à New Delhi et avait traité du pouvoir de l'arbitre de régler les litiges relatifs au comblement des lacunes des contrats internationaux, question qui aujourd'hui paraît évidente.

2. S'il y a bien une chose dont on peut être sûr, c'est qu'il y a quarante ans le droit de l'arbitrage administré était un sujet qui ne se trouvait pas près d'affleurer, même chez les esprits les plus visionnaires². Lorsque l'AFA a été créée, la CCI gérait 125 arbitrages par an (soit six fois moins qu'aujourd'hui) et, en France, à part l'AFA naissante, il n'y avait pas d'autres centres d'arbitrage généralistes, mais seulement des centres spécialisés.

Certes, avant 1975, quelques auteurs avaient tout de même ouvert la voie, au premier rang desquels Philippe Fouchard qui, dans sa thèse publiée en 1965³, réservait un chapitre entier au « choix d'une institution permanente d'arbitrage ». Il faudra ensuite attendre 1987, soit douze ans après la création de l'AFA, pour que paraisse sous sa plume un article majeur à la *Revue de l'arbitrage* : « Les institutions permanentes

¹ Le présent article reprend, sous une forme légèrement amendée et mise à jour, la conférence prononcée par l'auteur lors du 40^e anniversaire de l'AFA, le 28 septembre 2015.

² Pour la petite histoire, on peut noter qu'il y a soixante ans, le tout premier article publié dans la *Revue de l'arbitrage* (*Rev. arb.*, 1955 n° 1, p. 4), sous la plume de Charles Carabiber, portait sur « *Les centres d'arbitrage : leur rôle dans le développement de l'arbitrage* », mais se limitait à passer en revue sur quatre pages les centres existants.

³ Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz éd., 1965, préf. B. Goldman.

d'arbitrage devant le juge étatique »⁴, préfigurant le colloque que le Comité français de l'arbitrage consacrerait en 1990 aux *institutions d'arbitrage en France*⁵ dont la *Revue de l'arbitrage* publiera les actes.

L'AFA, association sans but lucratif créée sous le statut de la loi de 1901, aux fins d'agir comme facilitateur et promoteur, de l'arbitrage – et les autres centres d'arbitrage à cette époque – ne pouvaient imaginer que le droit s'infiltrerait partout et n'épargnerait plus rien, qu'en un mot, le droit les saisirait.

3. Il ne peut s'agir ici d'entrer dans le détail de chacune des questions que l'activité des centres a fait émerger. Il suffira de se cantonner à retracer la genèse de ce mouvement en faisant apparaître ses grands traits et à montrer comment la pratique a progressivement fait surgir des questions juridiques auxquelles il a bien fallu répondre.

Le régime juridique du contrat d'organisation de l'arbitrage se révèle au fil des espèces : il faut donc faire le point sur l'état du droit positif (qui, on le verra, est ainsi surtout jurisprudentiel), en passant rapidement sur les questions qui sont désormais réglées et donc derrière nous et en s'arrêtant davantage sur celles qui se posent encore et l'on essaiera enfin de dessiner les solutions qui pourraient être apportées aux questions qui subsistent. En revanche, sera volontairement laissée de côté une question intéressante, qui est celle du recoupement entre les fonctions du centre et celles du juge d'appui⁶. Pour le reste, il faudra opérer des choix, mais c'est là l'exercice de la liberté de l'auteur qui assume par avance ses omissions, volontaires ou non.

4. C'est d'abord la *caractérisation du contrat d'organisation de l'arbitrage* (I) qui nous retiendra, puis l'*exécution du contrat d'organisation de l'arbitrage par le centre sous l'angle du contrôle du juge* (II). Nous consacrerons quelques réflexions finales à *des questions actuelles, apparues récemment* (III).

⁴ Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *Rev. arb.*, 1987.225. L'article a été repris in *Philippe Fouchard, Ecrits*, CFA éd., 2007, p. 35.

⁵ Les actes de ce colloque ont été publiés in *Rev. arb.*, 1990 pp. 227-545.

⁶ V. à cet égard, Ch. Jarrosson, « L'autorité de chose jugée des décisions relatives à l'indépendance des arbitres », *Rev. arb.*, 2016.165.

I. – CARACTERISATION DU CONTRAT D'ORGANISATION DE L'ARBITRAGE

5. L'activité du centre auquel les parties confient l'organisation de leur arbitrage en se référant à son règlement est une activité contractuelle, ce qui n'a jamais été véritablement ni sérieusement contesté, au moins en droit français.

Ce contrat d'organisation de l'arbitrage⁷ est un contrat discret, longtemps passé inaperçu, et auquel les auteurs ne consacraient guère de développements, ne serait-ce que parce que les contrats heureux sont comme les gens qui partagent cette chance : ils n'ont pas d'histoire.

Les amateurs de qualifications de droit civil y verront principalement un contrat-type, dont la majeure partie des stipulations relève du contrat d'adhésion. C'est un contrat de services, c'est-à-dire un contrat d'entreprise (partiellement mâtiné de mandat) lorsqu'il est conclu à titre onéreux, ce qui est très généralement le cas, car le centre, même s'il ne mène pas une activité à but lucratif, prévoit le versement de frais de fonctionnement, dits « administratifs ». S'il devait être conclu à titre gratuit, le contrat prendrait alors cette appellation⁸.

6. Le centre d'arbitrage entretient des relations contractuelles particulières avec tous ses cocontractants. En effet, dans le contrat d'organisation de l'arbitrage, le centre a face à lui non pas une mais au moins deux parties (les co-litigants), lesquelles sont dans une situation originale, puisqu'elles sont en litige l'une avec l'autre⁹.

Derrière le contrat d'organisation de l'arbitrage, se cache un autre contrat, encore peu exploré : celui qui existe entre l'arbitre et l'institution d'arbitrage qui régit la procédure arbitrale dans laquelle il intervient¹⁰. Ici encore, c'est un contrat d'adhésion, sans doute plus strict encore que celui d'organisation de l'arbitrage. Nous ne le traiterons pas ici, car il constitue un sujet à part entière.

⁷ Formule utilisée par E. Loquin en 1998, et précédemment par Ph. Fouchard, *in Rev. arb.*, 1988.657, spéc. p. 674, reprise par Trib. gr. inst. Paris, 22 mai 2002, *Société Lear c/ CCI*, en somm. *in Rev. arb.*, 2002.785 : « les parties ont conclu un véritable contrat d'organisation de l'arbitrage ».

⁸ V. l'article 1105 C. civ. qui deviendra l'article 1107 C. civ. après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

⁹ V. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, 1998, préf. P. Catala.

¹⁰ V. sur ce contrat, dénommé par l'auteur « contrat de collaboration arbitrale », Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 741 et s., 902 et s. et 1054 et s.

7. C'est à partir du début des années 1980 que l'on va commencer à voir apparaître les premiers linéaments du régime juridique du contrat d'organisation de l'arbitrage : on s'attachera d'abord à sa conclusion (A) et ensuite à divers événements perturbateurs : la modification de son règlement par le centre (B), voire sa disparition (C), ou encore les dérogations au règlement que les parties s'autorisent parfois (D).

A) La conclusion du contrat

8. La conclusion du contrat mérite quelques observations, car il s'agit d'un contrat entre absents.

Le centre se trouve en situation d'offre permanente de contracter, cela a été clairement exprimé par la jurisprudence à l'occasion de l'affaire Cubic¹¹ et rappelé dans l'affaire SNF¹², même si auparavant d'autres décisions permettaient d'arriver à la même conclusion. Toutefois, si l'offre est permanente, c'est l'acceptation qui pose une difficulté, ou plus exactement le moment retenu pour la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Quand ce contrat d'organisation de l'arbitrage est-il conclu ?

9. La Cour d'appel de Paris, dans une affaire Cekobanka¹³ de 1986 a fait naître le contrat au moment de la saisine du centre par la partie demanderesse à l'arbitrage qui est en pratique celui de la réception de la requête d'arbitrage : il s'agissait en l'espèce de l'exercice par la CCI de son appréciation *prima facie* de l'existence d'un arbitrage renvoyant à son règlement. La solution a été reprise l'année suivante par le Tribunal de grande instance de Paris, dans l'affaire République de Guinée¹⁴. En réalité, la jurisprudence est fluctuante sur cette question. En effet, plus récemment, la Cour d'appel de Paris a visé, dans l'affaire SNF c/ CCI, la date où « l'offre émise par la CCI

¹¹ Trib. gr. inst. Paris, 21 mai 1997, *Rev. arb.*, 1997.417 ; Paris, 15 septembre 1998, *Rev. arb.*, 1999.103, note P. Lalive ; Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001 ; *Rev. crit. DIP*, 2002.124, note Ch. Seraglini ; *Rev. arb.*, 2001.511, note Th. Clay.

¹² Trib. gr. inst. Paris, 10 octobre 2007, *Société SNF c/ Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 2007.847, v. spéc. p. 849.

¹³ Trib. gr. inst. Paris, 8 octobre 1986, *Ceskolovenska Obchodni Banka A.S. (Cekobanka) c/ Chambre de commerce internationale (CCI)*, *Rev. arb.*, 1987.367.

¹⁴ Trib. gr. inst. Paris, 28 janvier 1987, 3^e décision, *Rev. arb.*, 1987.371.

est acceptée [...] [par les parties] »¹⁵, c'est-à-dire le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage.

10. On retrouve ici le débat entre la théorie de l'*émission* – qui correspondrait au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage se référant au règlement : le contrat est donc réputé conclu *très tôt* – et celle de la *réception* – qui correspondrait au moment de la connaissance par le centre d'arbitrage de l'acceptation de son offre par les parties, soit concrètement pour lui à la réception de la demande d'arbitrage (sauf à ce qu'il puisse être prouvé qu'il avait eu connaissance de l'inclusion de la référence à son règlement à une date antérieure). La décision la plus récente (*SNF*), de 2009, a pris le contrepied des deux précédentes et a retenu la théorie de l'*émission*, mais des circonstances propres à l'affaire¹⁶ ont finalement abouti à ce que le règlement soit applicable, non pas dans sa version existant au moment de l'*émission*, mais dans celle existant au moment de la requête d'arbitrage.

Certes, il n'est pas très satisfaisant pour l'esprit de retenir tantôt l'une, tantôt l'autre théorie, en fonction du résultat auquel on souhaite aboutir, mais si l'on considère avec certains auteurs¹⁷ qu'il faut rechercher quelle a pu être la volonté des parties, on retiendra des solutions différentes selon les contrats et peut-être même selon la question qui se pose. La solution générale du droit français est peu sûre, malgré l'existence d'un arrêt de la Cour de cassation¹⁸ et il nous apparaît qu'en ce qui concerne le contrat d'organisation de l'arbitrage – qui est souvent en pratique un contrat international – la jurisprudence française ne se sentira pas liée par le droit commun français.

11. En réalité les deux théories ont leurs défauts. Il vaudrait mieux cependant retenir à titre de principe dans notre matière la théorie de la *réception* : le contrat serait considéré comme conclu lorsque l'offre aurait rencontré (c'est le mot important) l'acceptation. Le contrat suppose plus qu'une offre et une acceptation : les deux

¹⁵ Paris, 22 janvier 2009, *SNF c/ CCI* ; *Rev. arb.*, 2010.314, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 2009.617, note Th. Clay ; *RTD com.*, 2010.542, obs. E. Loquin.

¹⁶ Les parties, postérieurement à la requête d'arbitrage, se sont soumises au nouveau règlement en y faisant référence dans leurs écritures ou dans l'acte de mission.

¹⁷ V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170.

¹⁸ Cass. com., 7 janvier 1981, *Bull. IV*, n° 14, p. 11 ; *Grands arrêts du droit civil*, T. 2, n° 144.

doivent se rencontrer¹⁹, ce qui signifie que l'offrant ait connaissance de l'acceptation de son offre. On peut noter au passage que telle est la solution retenue par les Principes Unidroit (art. 2-6) et par d'autres instruments internationaux²⁰ et que l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des obligations retient cette théorie dans l'article 1118 al. 2 C. civ²¹.

En outre, en inversant la perspective, et en poussant la logique jusqu'au bout, on peut noter au passage qu'à retenir la théorie de l'émission, un centre d'arbitrage qui apprendrait que des parties qui, par un avenant à leur contrat et avant tout litige, ont décidé de substituer une clause attributive de juridiction à la clause compromissoire renvoyant au règlement, pourrait leur reprocher d'avoir mis fin unilatéralement au contrat...

B) La modification de son règlement par le centre

12. Il est une question aujourd'hui pratiquement résolue, mais qui fut épineuse²² et qui est celle de la modification de son règlement par le Centre. Quelle version appliquer ? Si rien n'est prévu dans le règlement, ce qui a longtemps été le cas, et s'il n'y a pas d'accord des parties pour se soumettre au nouveau règlement²³, c'est la version en vigueur au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage qui s'applique. En effet, les parties se sont référées au règlement tel qu'il existait lorsqu'elles ont exprimé leur consentement à l'arbitrage et leur appliquer des règles différentes reviendrait à surprendre leur consentement. Mais n'est-ce pas là l'application de la théorie de l'émission ? C'est sans doute la seule hypothèse dans laquelle on peut la retenir. On pourrait tout de même essayer de justifier la théorie de la réception, en s'inspirant du droit transitoire, et en soutenant que les nouvelles dispositions de procédure sont réputées meilleures et qu'elles devraient s'appliquer immédiatement, mais en l'espèce ces dispositions procédurales sont portées par un contrat et le droit transitoire, en matière contractuelle, laisse subsister les dispositions anciennes...

¹⁹ V. Ch. Jarrosson, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 1990.381, spéc. n° 18-22.

²⁰ De même que les Principes du droit européen du contrat (art. 2-203) ou en matière de vente, la Convention de Vienne de 1980 (art. 18).

²¹ Art. 1118 al. 2 nouveau du Code civil : « *Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation* ».

²² V. Ch. Jarrosson, art. préc., n° 13.

²³ V. l'affaire SNF, préc.

La question reste cependant aujourd'hui assez théorique, car désormais de nombreux règlements²⁴ prévoient qu'en cas de modification, c'est la nouvelle version qui s'appliquera automatiquement.

C) La disparition du centre d'arbitrage

13. Si le centre disparaît (hypothèse rare, mais qui n'est pas d'école), les parties qui s'y sont référées sont alors dans une impasse, car faute de centre, le contrat d'organisation de l'arbitrage ne pourrait ni se conclure (en appliquant la théorie de la réception), ni s'exécuter (en appliquant la théorie de l'émission). Il est toutefois possible à la fois de retenir la théorie de la réception et de sauver la convention d'arbitrage. Pour ce faire, il convient d'appliquer par analogie la jurisprudence relative aux clauses d'indexation : le juge doit substituer un indice licite à un indice devenu illicite ou ayant disparu²⁵. Ici, le juge pourrait désigner un autre centre d'arbitrage ou à défaut considérer que les parties doivent recourir à un arbitrage *ad hoc*, sauf à ce que les parties aient clairement exprimé que leur consentement à l'arbitrage était déterminé par le choix de l'institution disparue.

C'est ce qu'a fait la Cour de Paris en 2012, à l'occasion de la disparition du centre allemand DAS, remplacé par le DIS. Elle a jugé que : « *La désignation d'une institution d'arbitrage qui n'existe plus, alors que son successeur peut valablement connaître du litige, n'affecte pas la validité de la clause compromissoire* »²⁶.

A défaut de successeur, le juge pourrait sans doute transformer l'arbitrage en arbitrage *ad hoc* : le juge d'appui faisant le reste et sauvant ainsi l'essentiel de ce qui a constitué la volonté des parties : le recours à l'arbitrage. Cette attitude constructive a déjà été suivie en jurisprudence dans d'autres hypothèses²⁷.

²⁴ V. par ex. l'art. 1(3) du règlement AFA ou l'art. 6(1) du règlement de la CCI.

²⁵ Cf. Cass. com., 7 janvier 1975, D., 1975.516, note Ph. Malaurie ; JCP, 1975 II 18167, note J. Ghestin.

²⁶ Paris, Pôle 1 - Ch. 1, 20 mars 2012, SAS ADB, Rev. arb., 2012.805, note D. Kuhner.

²⁷ V. Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, Rev. arb., 2007.775, note F.-X. Train et, sur renvoi : Paris, 1^{re} Ch. D, 28 novembre 2007, en somm. in Rev. arb., 2008.159. Dans cette affaire les parties s'étaient référées, dans la même clause de règlement des différends, à deux institutions différentes (!) : alors que la Cour d'Aix-en-Provence (23 février 2006, en somm. in Rev. arb., 2006.479) avait considéré la clause comme manifestement inapplicable, la Cour de cassation a estimé que la clause n'était pas manifestement nulle ou inapplicable et il s'en est suivi que la 1^{re} institution saisie a été considérée comme pouvant organiser l'arbitrage et laisser au tribunal arbitral le soin de statuer sur sa propre compétence.

D) Les dérogations au règlement par les parties à l'arbitrage

14. Le principe a été posé dès 1958 par la Cour de cassation : les parties qui se sont référées à un règlement d'arbitrage sont contractuellement tenues par les dispositions du règlement²⁸. La modification de certains articles du règlement n'est en théorie pas possible, mais la pratique enseigne qu'il existe au sein de chaque institution deux sortes de dispositions : celles, secondaires, que l'institution accepte de voir modifiées et celles, essentielles pour avoir le label « arbitrage administré par telle institution » et qui ne supportent pas de dérogations : par exemple la confirmation des arbitres ou la possibilité de statuer sur leur récusation, l'absence de liens pécuniaires directs entre les arbitres et les parties, ou encore l'examen préalable du projet de sentence.

15. A cet égard, le Tribunal de grande instance de Paris, dans une affaire Samsung de 2010²⁹, a montré qu'il convient de recourir au juge d'appui lorsqu'un centre d'arbitrage refuse d'organiser l'arbitrage au motif que les parties ont écarté les dispositions relatives à la confirmation des arbitres et à l'examen préalable du projet de sentence. En l'espèce, les parties ne s'accordant pas pour rentrer dans le rang, c'est un arbitrage ad hoc qui a été organisé. Un centre – comme la Cour de Paris l'a jugé³⁰ – ne peut passer outre la volonté des parties et appliquer de force son règlement dans un état ne correspondant pas à la volonté des parties. Les parties sont alors considérées comme ayant fait une contre-offre que le centre n'a pas acceptée. On verra ici une raison de plus pour considérer, dans la logique de cette dernière décision, que le contrat se conclut en principe lorsque le centre a connaissance de la clause renvoyant à son règlement, c'est-à-dire lors de la demande d'arbitrage, ce qui correspond à la théorie de la réception. Dans l'espèce citée, si le centre a pu rejeter la contre-offre, c'est bien parce que le contrat n'était pas encore conclu lorsqu'il a reçu la demande d'arbitrage.

16. On peut passer rapidement sur l'hypothèse dans laquelle les parties font le choix d'adopter un règlement, mais sans se soumettre à l'institution : c'est en fait un arbitrage *ad hoc* qu'elles ont voulu, en recopiant un règlement. Et lorsqu'elles se

²⁸ Cass. civ. 2^e, 10 juillet 1958, *Rev. arb.*, 1959.48.

²⁹ Trib. gr. inst. Paris, 22 janvier 2010, *Société Samsung*, *Rev. arb.*, 2010.571, note J.-B. Racine.

³⁰ V. en ce sens, Paris, 11 janvier 1988, *Gas del Estado*, *Rev. arb.*, 1989.683, note L. Zollinger.

réfèrent au règlement d'un premier centre, mais stipulent qu'il sera mis en œuvre par un autre centre, elles organisent un arbitrage pathologique³¹.

E) Les difficultés de mise en œuvre de certains règlements

17. Trois difficultés très différentes seront rapidement abordées et qui intéressent le cas des listes d'arbitres dites fermées, le déplacement du siège de l'arbitrage et la situation dans laquelle les parties cessent de procéder.

18. La désignation des arbitres pose des problèmes particuliers aux centres spécialisés dont les listes d'arbitres sont fermées, notamment lorsqu'à l'occasion d'un litige multipartite, presque tous les arbitres inscrits sur la liste se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts : les affaires Philipp Brothers à la fin des années 80 en ont été les témoins³². Exceptionnellement, le juge d'appui peut avoir besoin d'intervenir à titre subsidiaire afin d'éviter le blocage de l'arbitrage³³. Comme l'a écrit M. Gérard Pluyette : « Il n'y a pas de pouvoirs concurrents entre le centre organisateur et le juge étatique, mais seulement un rôle subsidiaire éventuel de ce dernier »³⁴. Le juge d'appui n'intervient que pour débloquer l'arbitrage et non pour apprécier l'exécution du contrat d'arbitrage.

19. Le déplacement du siège (le siège est ici entendu au sens juridique du terme, non au sens de lieu de tenue des audiences) : cette question qui n'intéresse que l'arbitrage international est délicate. Est-ce au centre d'arbitrage ou à l'arbitre de le faire ? La question s'est posée il y a quelques années à propos de la Serbie en guerre³⁵. Selon nous, si le lieu a été fixé par le centre, c'est à lui de décider de son déplacement, après avoir consulté parties et arbitres, car il s'agit de la mise en œuvre d'une décision relative à l'organisation de l'arbitrage et qui lui appartenait. Si ce sont les parties qui ont choisi le siège de l'arbitrage, il s'agit alors, en cas de désaccord entre elles, d'une

³¹ V. Sentence rendue à Budapest, le 18 avril 2000, *Rev. arb.*, 2002.1019, note Ph. Cavaliéros.

³² Trib. gr. inst. Paris, ord. réf., 28 octobre 1988, 14 juin, 29 juin et 15 juillet 1989, *Rev. arb.*, 1990.497.

³³ V. le rappel de cette possibilité, quoique non concrétisée en l'espèce : Paris, Pôle 1, Ch. 1, 8 avril 2014, *société Nykcool c/ société Helvetia*, *Rev. arb.*, 2015.118, note P. Pic. Cf. ég. Trib. gr. inst. Paris, ord. réf., 16 novembre 2015, *Sprl Projet Pilote Garoubé*, *Rev. arb.*, 2016.258, note Ch. Jarrosson et F.-X. Train.

³⁴ V. G. Pluyette, « Le point de vue du juge », in *Les institutions d'arbitrage en France*, *Rev. arb.*, 1990.353, spéc. p. 357.

³⁵ V. Sentence partielle CCI n° 10439 le 11 octobre 2000, *Rev. arb.*, 2004.413, note F. Knoepfler.

difficulté d'application d'une stipulation contractuelle dont la connaissance revient naturellement aux arbitres.

20. *La fin de l'arbitrage* pose une question originale lorsque les parties ne procèdent plus, par exemple lorsque le demandeur s'est lassé ou n'a plus les moyens financiers de poursuivre l'arbitrage et ne donne plus de nouvelles et que le défendeur, à qui la situation ne porte pas ombrage, reste coi. Est-ce au centre ou au tribunal arbitral de déclarer la procédure terminée ? Est-ce au centre de dire qu'il met fin au contrat d'organisation de l'arbitrage et demande à l'arbitre d'en prendre acte ? Est-ce à l'arbitre de prendre une décision, mais alors laquelle ? Rendre une sentence est difficile, car par hypothèse, l'arbitre n'a pas pu juger. Débouter le demandeur aurait pour effet de conférer l'autorité de chose jugée à sa décision et pourrait le gêner lors d'une prochaine procédure s'il revenait à meilleure fortune. La péremption d'instance n'est pas prévue dans les règlements. L'arbitre doit semble-t-il alerter le centre, et enjoindre aux parties de procéder dans un certain délai, indiquant que, faute de ce faire, il demandera au centre de ne plus proroger le délai et de déclarer qu'il clôt le dossier à l'expiration du terme fixé.

II. – L'EXECUTION DU CONTRAT D'ORGANISATION DE L'ARBITRAGE PAR LE CENTRE SOUS L'ANGLE DU CONTROLE DU JUGE

21. Le phénomène de contestation par une partie de la manière dont le centre exécute les obligations qui découlent de son règlement fut qualifié de « récent » et de « responsable de graves perturbations de l'arbitrage institutionnel » par Philippe Fouchard, dans son article précité³⁶. Le phénomène, c'était prévisible, s'est amplifié, mais la jurisprudence française a jusqu'à présent su le contenir dans les limites qui doivent être les siennes.

Certaines questions sont derrière nous : on l'a vu, le centre peut modifier son règlement. D'autres questions ont disparu d'elles-mêmes : l'examen du projet de

³⁶ V. Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *Rev. arb.*, 1987.225.

sentence n'est pas une violation par le centre de l'ordre public interne et international et les règlements prévoyant un tel examen du projet de sentence ne sont pas nuls³⁷.

22. Les modalités et les limites du contrôle exercé par le juge sur l'activité du centre nécessitent pour leur analyse que soit au préalable précisée la nature de cette activité.

A) Nature de l'activité du centre

23. Dès lors que le juge a été saisi, il lui a fallu d'abord déterminer la nature des décisions du centre. Il a considéré sans ambiguïté que l'activité du centre est de nature contractuelle et non juridictionnelle. Il l'a maintes fois affirmé, à propos de l'acceptation par le centre d'organiser l'arbitrage (lorsqu'il affirme qu'il existe bien *prima facie* une convention renvoyant à son règlement)³⁸, de ses décisions relatives à la désignation, à la confirmation, à la récusation³⁹ ou au remplacement d'un arbitre, ou encore à l'examen du projet de sentence⁴⁰.

³⁷ La thèse, isolée en doctrine, de la nullité des sentences pour violation du délibéré en raison de l'examen du projet de sentence était soutenue par A. Kassir, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la CCI*, LGDJ, 1988, n'a jamais prospéré en jurisprudence. Une tentative infructueuse avait été faite par la société Cubic devant la Cour de Paris, 1^{re} Ch. C, 15 septembre 1998, *Rev. arb.*, 1999.103, note P. Lalive. La Cour juge que « la communication du projet de sentence à la CIA s'explique par l'objectif d'efficacité recherché par les parties à l'arbitrage et le désir de leur délivrer une sentence susceptible d'être exécutée ; (...) il n'y a pas ingérence dans la mission de l'arbitre ni modification de sa sentence mais essentiellement fourniture d'un conseil rédactionnel ». En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation rappellera que « la Cour d'appel a exactement retenu que la communication du projet de sentence à la Cour internationale d'arbitrage n'emportait aucune ingérence dans la mission juridictionnelle de l'arbitre, mais avait seulement pour but d'assurer l'efficacité de l'arbitrage ; (...) ainsi, la Cour d'appel a justement déduit de ses énonciations la licéité du contrat d'organisation de l'arbitrage au regard des exigences de l'ordre public international » (Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001, *Rev. arb.*, 2001.511, note Th. Clay).

³⁸ Trib. gr. inst. Paris, 8 octobre 1986, *Cekobanka*, *Rev. arb.*, 1987.367 ; Trib. gr. inst. Paris, ord. réf., 13 juillet 1988, *Redec c/ Pharaon*, *Rev. arb.*, 1989.97, note P. Bellet.

³⁹ Paris, 1^{re} Ch. suppl., 15 janvier 1985, *Société Opinter*, *Rev. arb.*, 1986.87, note E. Mezger ; Trib. gr. inst. Paris, 28 mars 1984, *Raffineries d'Homs et de Baniyas*, *Rev. arb.*, 1985.141, 1^{re} décision : « il suffit que les explications des parties, leurs griefs et argumentation respectifs aient été provoqués et recueillis au préalable par le Secrétariat général de la Cour pour qu'une autorité suffisante de chose décidée soit reconnue à un acte de police de l'instance arbitrale et il importe peu que les motifs [...] ayant déterminé cet acte n'aient pas été communiqués aux parties, puisque celles-ci l'ont voulu expressément et que, par ailleurs une décision sur un incident de récusation ou de remplacement d'un arbitre reste extérieure à l'exercice du pouvoir de juger et de trancher un différend et ne saurait relever des mêmes règles impératives ».

⁴⁰ Paris, 1^{re} Ch. A, 15 septembre 1998, *Rev. arb.*, 1999.103, note P. Lalive ; Trib. gr. inst. Paris, 22 mai 2002, *Société Lear c/ CCI*, en somm. in *Rev. arb.*, 2002.785.

En effet, c'est sans surprise que la jurisprudence a, dès le début des années 80, nié toute nature juridictionnelle à l'activité du centre, car il n'est pas arbitre⁴¹. Elle en a déduit que le centre n'avait pas à motiver sa décision⁴².

24. La terminologie qui évoque l'*administration* de l'arbitrage a parfois pu prêter à confusion, au point qu'une des premières actions intentées contre un centre d'arbitrage l'avait été devant une juridiction administrative. La Cour de Paris a saisi l'occasion pour spécifier que le centre n'exerçait aucune mission de service public⁴³. La nature de l'activité du centre n'est évidemment pas administrative au sens où elle relèverait d'un recours en illégalité devant les tribunaux administratifs.

B) Les modalités et les limites du contrôle

1°) L'action en responsabilité

25. Le contrôle de l'activité du centre n'est possible qu'au travers d'une action en responsabilité intentée contre lui, pour faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles, et devant le juge de droit commun⁴⁴. Le juge compétent est celui du siège de l'institution, tant au titre du lieu d'exécution du contrat que du lieu du domicile du défendeur. Le droit applicable est celui qui présente les liens les plus étroits avec le litige, c'est-à-dire celui du lieu où le centre effectue ses diligences, autrement dit la loi de son siège⁴⁵, ce qui présente l'avantage de ne le soumettre qu'à une seule loi.

⁴¹ Paris, 17 mai 1983, *Techni Import Professionnel*, *Rev. arb.*, 1987.309, 2^e esp ; Cass. civ. 2^e, 7 octobre 1987, *Société Opinter*, *Rev. arb.*, 1987.479, note E. Mezger. V. plus récemment, l'affaire *Cubic*, préc. *supra*, note 11.

⁴² Sur les récents développements, v. *infra*, n° 38 et s.

⁴³ Paris, 29 novembre 1985, *SCPA c/ société Coopérative de la Roche Clermault*, *Rev. arb.*, 1987.335.

⁴⁴ Paris, 1^{re} Ch. A, 15 mai 1985, *Raffineries d'Homs et de Baniyas*, *Rev. arb.*, 1985.141, 2^e décision ; Paris, 15 janvier 1985, *Opinter*, *Rev. arb.*, 1986.87, note E. Mezger, Paris, 1^{re} Ch. A, 15 septembre 1998, *Rev. arb.*, 1999.103, note P. Lalive ; Trib. gr. inst. Paris, 22 mai 2002, *Société Lear c/ CCI*, en somm. in *Rev. arb.*, 2002.785. *Contra* cependant, Trib. gr. inst. Paris, ord. réf., 16 novembre 2015, *Sprl Projet Pilote Garoubé*, *Rev. arb.*, 2016.258, note Ch. Jarrosson et F.-X. Train. Cette décision a été annulée par Paris, Pôle 1, Ch. 1, 24 mai 2016, en somm. *infra*, p. 649.

⁴⁵ V. Paris, 1^{re} Ch. A, 15 septembre 1998, *Cubic*, *Rev. arb.*, 1999.103, note P. Lalive ; Paris, 22 janvier 2009, *SNF c/ CCI* ; *Rev. arb.*, 2010.314, note Ch. Jarrosson.

26. Cette action en responsabilité est possible, car le centre n'est pas couvert par une quelconque immunité. L'arrêt SNF de la Cour de Paris⁴⁶ a réputé non écrite la clause évasive de responsabilité⁴⁷. L'absence d'immunité ne signifie pas non plus que la voie est libre pour une contestation systématique. Les condamnations de centres ont d'ailleurs été très rares en pratique. Un centre a cependant pu être condamné pour défaut de transmission d'une pièce ayant entraîné une violation du principe de la contradiction⁴⁸. Dans l'immense majorité des cas, les actions en responsabilité ont échoué et, à l'étranger, un centre vient de se voir allouer des dommages-intérêts pour procédure abusive⁴⁹. Cela pourrait arriver en France. Certaines affaires l'auraient mérité et une saine application par le juge étatique de ces dommages-intérêts ou de l'article 700 CPC est de nature à réfréner les ardeurs de plaideurs trop sanguins⁵⁰.

27. La responsabilité du centre doit, on l'a dit, reposer sur une faute. Le centre a une mission contractuelle qu'il exécute librement. Elle est fondée sur la confiance que les parties lui ont témoignée. En principe, ses décisions ne peuvent être remises en cause par une partie simplement parce qu'elles ne lui conviennent pas. Comme le résumait fort bien Philippe Fouchard, « *l'exercice des pouvoirs contractuels conférés au centre d'arbitrage relève de son appréciation souveraine* »⁵¹. C'est ce qu'a exprimé le Tribunal de grande instance de Paris dans une affaire *Cekobanka*⁵² : après avoir relevé qu'aucune faute n'était alléguée relativement à l'appréciation *prima facie* d'une convention d'arbitrage renvoyant à son règlement, il déclare : « *à s'en tenir au seul règlement qui fixe les droits et les obligations réciproques des parties, la responsabilité contractuelle [du centre] ne saurait résulter du sens de ses décisions institutionnelles* ».

⁴⁶ Paris, 22 janvier 2009, *SNF c/ CCI* ; *Rev. arb.*, 2010.314, note Ch. Jarrosson.

⁴⁷ On sentait déjà percer le doute dans l'arrêt *Cubic* de la Cour de Paris, qui avait inséré un *obiter dictum* relevé par P. Lalive, aux termes duquel cette clause : « *à la supposer efficiente...* ».

⁴⁸ Tribunal de grande instance de Nanterre (1^{re} Ch.), 1^{er} juillet 2010, *Société Filature Française de Mohair c/ Fédération Française des Industries Lainière et Cotonnière*, en somm. in *Rev. arb.*, 2014. 211 : « *La transmission d'une pièce au tribunal arbitral par le secrétariat de l'institution d'arbitrage chargée de l'organisation de l'arbitrage, sans communication à la partie adverse, viole le principe de la contradiction, caractérisant une faute de l'institution dans l'organisation des opérations d'arbitrage dont elle avait la charge* ».

⁴⁹ V. aux Etats-Unis, la décision de la District Court de New York, 25 novembre 2014, *Landmark Ventures vs ICC et autre* [13 civ. 9044 (JGK)].

⁵⁰ Cf., pour l'hypothèse voisine des recours en annulation manifestement infondés, les réactions de la jurisprudence, la synthèse de H. Lécuyer : « *Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire* » *Rev. arb.*, 2006.573.

⁵¹ V. Ph. Fouchard, art. préc., n° 41.

⁵² Trib. gr. inst. Paris, 8 octobre 1986, *Cekobanka*, *Rev. arb.*, 1987.367.

La preuve d'une faute est le principe : il n'y a pas de responsabilité de plein droit, et les obligations du centre sont *a priori* des obligations de moyens, sans pour autant que cette qualification doive nécessairement être utilisée.

2°) L'appréciation *prima facie* par le centre de son obligation d'organiser l'arbitrage

28. Cette appréciation *prima facie* peut représenter un cas plus délicat que les autres, quoique rare : lorsque le centre refuse d'organiser l'arbitrage, car il estime *prima facie* qu'il n'y a pas de convention d'arbitrage le concernant (art. 3 Règl. AFA). Il n'est pas possible, dans cette hypothèse, d'aller devant les arbitres pour faire renverser cette décision ; seul le recours au juge de droit commun est envisageable aux fins de lui demander d'enjoindre au centre d'organiser l'arbitrage. Ici, le juge ne devra renverser la décision du centre que s'il lui apparaît que celui-ci a mal appliqué son règlement. Cette divergence d'interprétation est à la limite de la faute : *levissima culpa*. Ici, la limitation de responsabilité stipulée dans certains règlements pourrait trouver à s'appliquer, sans pour autant dispenser le centre de déférer à l'injonction du juge.

3°) Le contentieux de la prorogation

29. Rapidement (dès 1982), et par diverses décisions, la jurisprudence a indiqué que le centre n'avait pas l'obligation d'informer les parties des décisions de prorogation des délais⁵³, ni même de les motiver⁵⁴. Toutefois, il est intéressant de relever qu'en pratique, elles se sont mises à le faire. C'est ici l'occasion de faire une constatation : alors même que les centres ont vu certaines de leurs pratiques contestées par un plaideur, mais validées par la jurisprudence, ils se sont bien souvent attachés à modifier, soit leur pratique, soit leur règlement, afin de ne plus donner prise aux critiques auxquelles ils avaient donné lieu.

⁵³ Paris, 22 janvier 1982, *Société Appareils Dragon*, *Rev. arb.*, 1982.91, 2^e esp., note E. Mezger ; Paris, 6 mars 2003, *Société AIC-El Amiouny*, *Rev. arb.*, 2004.887, 1^{re} esp., et sur pourvoi, Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Rev. arb.*, 2006.429 ; Paris, 12 mai 2011, *Société Maschinenfabrik*, en somm. in *Rev. arb.*, 2011.581.

⁵⁴ V. à ce propos : Paris, 17 mai 1983, *Sté Techni Import Professionnel*, *Rev. arb.*, 1987.309.

4°) L'examen préalable du projet de sentence

30. Lorsqu'il est prévu, cet examen – dont a vu qu'il n'était pas en lui-même contestable⁵⁵ – ne constitue pas non plus l'exécution d'une quelconque obligation de résultat qui serait celle de voir l'arbitre rendre une sentence valable. En conséquence, c'est tout naturellement que la jurisprudence a rejeté les actions tendant à faire reconnaître la responsabilité du centre lorsque la sentence est annulée⁵⁶.

III. – DE QUELQUES QUESTIONS ACTUELLES

31. Récemment sont apparues quelques questions nouvelles, sans rapport nécessaire les unes avec les autres. La première constitue un sujet à elle toute seule : pour cette raison, elle ne sera pas ici traitée. C'est celle de l'impécuniosité de l'une des parties. Elle pose des difficultés en raison du droit à l'accès au juge. Ce droit heurte les dispositions des règlements qui prévoient que, faute pour une partie de verser la provision qui lui incombe, ses demandes ne seront pas examinées. Le sujet a été traité par ailleurs et il peut être renvoyé à la littérature abondante suscitée par l'affaire *Pirelli* et certains arrêts de la Cour d'appel de Paris⁵⁷, puis de la Cour de cassation⁵⁸. Une affaire plus récente est toujours en cours⁵⁹. Il reste, plus largement, que la jurisprudence

⁵⁵ V. *supra*, n° 21 et les réf.

⁵⁶ V. Paris, 1^{re} Ch. C., 22 janvier 2009, SNF, *Rev. arb.*, 2010.314, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 2010., note Th. Clay.

⁵⁷ V. Paris, 17 novembre 2011, *L.P. c/ Pirelli*, *Rev. arb.*, 2012.387 et l'article de F.-X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Ibid.* p. 267 ; *D.*, 2011.3031 obs. Th. Clay ; *Cah. arb.*, 2012.159 note D. Cohen ; *JCP*, 2012.1407 obs. Ch. Seraglini ; *RTD com.*, 2012.530 obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.*, 22-24 janvier 2012, p. 17 obs. D. Bensaude ; Adde, X. Boucobza et Y.-M. Serinet, « Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international », *JDI*, 2012.41. La Cour d'appel de Paris s'était fondée sur le droit d'accès à la justice, applicable aux juridictions arbitrales, ainsi que sur les principes de la contradiction et de l'égalité des parties pour décider qu'il y serait porté atteinte « si le défendeur, autorisé seulement à répliquer aux prétentions adverses, se trouvait privé de la faculté de soumettre au tribunal des demandes reconventionnelles liées par un lien suffisant de connexité aux demandes principales et de nature à lui permettre d'obtenir, le cas échéant, sa libération par la compensation entre créances réciproques ».

⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2013, *Pirelli c/ LP*, *Rev. arb.*, 2013.746 note F.-X. Train ; *Cah. arb.*, 2013.749 note A. Pinna et p. 585 notes d'audience av. gén. P. Chevalier ; *JCP*, 2013, Act., p. 408 obs. J. Béguin et p. 559 note J. Béguin et H. Wang ; *Ibid.* n° 29, doct. 784, n° 4 obs. Ch. Seraglini ; *Gaz. Pal.*, 30 juin-2 juillet 2013, p. 16 obs. D. Bensaude ; *Procédures*, 2013, comm. n° 89 obs. L. Weiller.

⁵⁹ V. Trib. gr. inst. Paris, ord. réf., 16 novembre 2015, préc. *supra*, note 44.

relative aux sanctions prévues en cas de défaut de versement de la provision est nourrie⁶⁰.

32. D'autres questions peuvent en revanche être ici abordées. On n'en retiendra que trois. La première tient aux modifications récentes que le droit français a apportées à la notification de la sentence (A), la seconde à l'application aux centres d'arbitrage des garanties fondamentales du procès (B) et la troisième à la motivation des décisions des centres d'arbitrage (C).

A) La notification de la sentence

33. On sait que, désormais en droit français, les parties peuvent opter pour une notification conventionnelle de la sentence au lieu et place d'une signification⁶¹. On s'est demandé si les centres dont le règlement prévoit qu'ils « *notifient* » la sentence aux parties ne devraient pas accompagner cette notification des mentions qui figurent obligatoirement sur les actes de signification. Il faut à notre avis considérer que le vocable *notification* qui figure dans les règlements doit s'entendre au sens de *communication* de la sentence aux parties. C'est aux parties seules de s'occuper de *notifier* au sens juridique du terme la sentence et de faire leur affaire des formes de cette notification, lesquelles ne sont pas encore complètement clarifiées⁶². On ne peut demander à un centre d'accomplir les formalités prescrites par tous les ordres juridiques dans lesquels les parties peuvent avoir leur établissement.

B) L'application aux centres d'arbitrage des garanties fondamentales du procès

34. Le contrat d'organisation de l'arbitrage relève, par son objet même et au sens large, de l'œuvre de justice. D'où l'intervention d'un ordre public particulier, que l'on voit rarement apparaître dans le droit des contrats, plus familier de l'ordre public de fond (substantiel) : l'ordre public procédural. Dès lors, on est en droit de s'interroger : la

⁶⁰ V. outre les affaires citées aux trois notes précédentes, Paris, 1^{re} Ch. suppl., 26 avril 1985, *Rev. arb.*, 1986.98, obs. Th. Bernard ; Paris, 1^{re} Ch. suppl., 24 janvier 1992, *Rev. arb.*, 1992.640, obs. J. Pellerin ; Trib. gr. inst. Beauvais, ord. réf., 9 avril 1998 et Trib. com. Paris, 18 décembre 1998, *Rev. arb.*, 2002.993.

⁶¹ V. art. 1484 al. 3, 1519 al. 3, 1522 al. 3 CPC.

⁶² Cf. sur cette question, Ord. CME, 8 mars 2012, *Rev. arb.*, 2012.393, 2^e esp., *Cardin*, note Ch. Jarrosson et J. Pellerin ; Ord. CME, 6 mars 2014, *Sàrl Agora*, *Rev. arb.*, 2014., note J. Pellerin et les réf. *Adde*, Ch. Seragliani et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien éd., 2013, n° 913.

nature hybride de l'arbitrage aurait-elle tendance à déteindre sur l'activité des centres ? N'est-on pas en train d'assister à une forme de « tropisme juridictionnel » ?

35. C'est à la fin des années 80, avec l'affaire République de Guinée que la question de l'application des garanties du procès équitable à l'occasion d'un arbitrage institutionnel s'est posée pour la 1^{re} fois. Le Tribunal de grande instance de Paris affirma dans l'un de ses jugements qu' « il entre dans la vocation de ce tiers librement choisi [le centre d'arbitrage] d'organiser et de maintenir la police de l'instance arbitrale ainsi que de prendre, dans le respect de son règlement, les initiatives qui s'imposent pour donner à chacune des parties les garanties essentielles propres à assurer un 'procès équitable' au sens du droit interne et des articles 6 de la CEDH et 14 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques »⁶³. On ne peut déduire de cette décision que les principes fondamentaux du procès s'appliquent directement aux institutions d'arbitrage⁶⁴. En revanche, cela signifie que, participant à l'œuvre de justice, elles comptent parmi leurs obligations contractuelles, celle de fournir aux parties un cadre dans lequel ces principes pourront être respectés⁶⁵. C'est d'ailleurs ce que dira la Cour de Paris une dizaine d'années plus tard dans l'affaire Cubic⁶⁶. C'est en définitive le lot de toute activité contractuelle qui s'exerce à la marge ou à l'occasion de la fonction de reddition de la justice.

36. Récemment, dans une affaire Fairplus, le Tribunal de grande instance de Paris⁶⁷ a jugé, à propos de l'absence d'obligation de motiver les décisions relatives à la nomination, récusation ou remplacement d'un arbitre, qu' « il ne peut être soutenu que cette règle serait contraire aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ladite Convention n'engageant par ailleurs que les Etats membres du Conseil de l'Europe l'ayant signée ».

⁶³ Trib. gr. inst. Paris, 28 janvier 1987, 3^e décision, *République de Guinée*, *Rev. arb.*, 1987.371.

⁶⁴ Rapp. Ph. Fouchard, art. préc., *Rev. arb.*, 1987, spéc. n° 42.

⁶⁵ V. Ph. Fouchard, *op. cit.*, *loc. cit.* ; adde, G. Pluyette, art. préc. *supra*, note 34, spéc. p. 363.

⁶⁶ Paris, 1^{re} Ch. A, 15 septembre 1998, *Cubic*, *Rev. arb.*, 1999.103, note P. Lalive ; Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001, *Cubic*, *Rev. arb.*, 2001.511, note Th. Clay.

⁶⁷ Trib. gr. inst. Paris, 19 décembre 2012, *Fairplus*, en somm. in *Rev. arb.*, 2014.212.

Cela nous paraît tout à fait exact, mais également pour la raison que l'activité du centre d'arbitrage n'est pas en soi juridictionnelle⁶⁸.

37. Cette position n'empêche pas bien entendu qu'indirectement, via le contrôle de l'ordre public procédural exercé sur la sentence, une annulation pourrait être prononcée si une procédure arbitrale avait été « polluée » par une initiative d'un centre qui aurait rejailli sur la sentence, ou par le jeu d'un article de son règlement. Parfois, les délais établis par les règlements d'arbitrage pour contester l'indépendance d'un arbitre peuvent se heurter à des droits que l'on pourrait rattacher à l'ordre public procédural. Le principe reste que les parties ont choisi un règlement et qu'elles doivent s'y tenir. Cette philosophie est celle qui semble avoir inspiré le deuxième arrêt *Tecnimont* de la Cour de cassation, par lequel la Cour a considéré que le règlement et les délais qu'il institue doivent être respectés, même lorsqu'il s'agit d'exercice du droit de récusation⁶⁹. Saisie sur renvoi après deux cassations, la Cour d'appel de Paris a partagé cette position en retenant que la présomption de renonciation à invoquer un grief posée par l'article 1466 CPC s'applique à la partie « qui n'exerce pas son droit de récusation dans les délais et suivant les modalités prévus par le règlement d'arbitrage auquel les parties sont convenues de se soumettre »⁷⁰. Cela suppose bien évidemment que la partie en cause ait connaissance des éléments pouvant fonder une demande de récusation. C'est pourquoi, la Cour de cassation a pu juger tout récemment sans contradiction qu'une cour d'appel avait exactement considéré que la méconnaissance du délai de récusation fixé par un règlement ne pouvait pas constituer une renonciation dès lors qu'en l'espèce la société requérante n'avait pas été mise en mesure d'exercer son droit de refus d'investiture de l'arbitre⁷¹.

C) La motivation des décisions des centres d'arbitrage

38. Des voix se font entendre pour réclamer davantage de transparence : il faudrait à les croire que l'on sache pour quels motifs tel centre a pris telle décision, que ce soit à propos d'une récusation, d'une non-confirmation d'arbitre, d'une

⁶⁸ Sur ce point, cf. *supra*, n° 23.

⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, *Rev. arb.*, 2015. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani.

⁷⁰ Paris, Pôle 1, Ch. 1, 12 avril 2016, en somm. *infra*, p. 000.

⁷¹ V. Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2016, Chambre arbitrale maritime de Paris c/ Société Cool Carriers, en somm. *infra*, p. 000.

appréciation *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage. La question était déjà posée par Ph. Fouchard en clôture du colloque précité de 1990 (spéc. p. 491) qui considérait que l'absence de motivation n'était pas choquante, à condition que les parties aient pu s'exprimer contradictoirement.

La Cour de Paris, par son arrêt *Opinter* du 15 janvier 1985⁷² s'était auparavant nettement prononcée dans le sens de la négative en jugeant que « l'obligation de donner des motifs ne s'applique, en matière de décisions de justice, qu'aux actes à caractère juridictionnel, émanant de personnes ou d'organismes investis de fonctions de nature juridictionnelle ».

39. Cependant, la transparence est dans l'air du temps : la situation doit-elle changer ? La transparence d'un processus, c'est d'abord et avant tout la possibilité pour tout un chacun de savoir ce qu'il est, comment il est organisé ; cela n'entraîne pas nécessairement une obligation de motivation. Dans l'affaire *Fairplus* précitée de décembre 2012, le Tribunal de grande instance de Paris reste sur la ligne traditionnelle et déclare qu'il est constant que « la procédure de nomination et de récusation, qui n'est pas l'un des éléments du litige soumis à l'arbitrage mais l'une des étapes de la constitution du tribunal arbitral, doit répondre aux exigences d'égalité et de transparence »⁷³. Mais il ne va pas plus loin et n'exige pas pour autant que la transparence emporte la motivation.

40. On le voit, la jurisprudence lie l'absence de nécessité de motiver les décisions du centre d'arbitrage à la nature non juridictionnelle de ces décisions. Un exemple topique est fourni par la Cour de Paris, dans un arrêt *Société Techni Import Professionnel* rendu en 1983 qui a énoncé que « la Cour d'arbitrage de la CCI n'étant pas un organe juridictionnel, n'a pas à donner à ses décisions une motivation qui ne lui est pas imposée par son règlement »⁷⁴.

Cette assertion est exacte pour ce qui nous concerne ici, mais elle ne doit pas être poussée hors des limites pour lesquelles elle a été exprimée. En effet, si l'on veut aller plus loin, on pourra relever tout d'abord qu'il n'y a pas de lien absolument

⁷² Paris, 1^{re} Ch. suppl., 15 janvier 1985, *Société Opinter*, *Rev. arb.*, 1986.87, note E. Mezger.

⁷³ Trib. gr. inst. Paris, 19 décembre 2012, *Fairplus*, en somm. in *Rev. arb.*, 2014.212.

⁷⁴ Paris, 17 mai 1983, *Société Techni Import Professionnel*, *Rev. arb.*, 1987.309.

nécessaire entre le caractère juridictionnel d'un acte et la nécessité de motivation. Certes les actes juridictionnels doivent en principe être motivés, mais d'une part la règle n'est pas absolue et, d'autre part, certaines décisions non juridictionnelles doivent être motivées (licenciement, décisions disciplinaires). Ensuite, certains contrats peuvent renfermer une obligation de motivation, mais ce n'est pas le cas des centres d'arbitrage, en l'absence d'une disposition en ce sens de leur règlement.

41. La motivation n'est pas la suite obligatoire de l'explication contradictoire des parties. Que chaque personne intéressée (les parties, voire l'arbitre – selon l'objet de la décision du centre –) puisse être entendue : soit. Mais de là à en déduire que la décision doit nécessairement être motivée, il y a un pas qui est tout sauf automatique.

Cela a parfaitement été exprimé par le Tribunal de grande instance de Paris dans son jugement du 19 décembre 2012, rendu dans l'affaire déjà citée Fairplus : « Il est prévu dans le règlement que la Cour 'statue sans recours sur la nomination, la récusation ou le remplacement d'un arbitre' et que les motifs de ces décisions ne sont pas communiqués ; cette disposition applicable dans un contexte d'arbitrage en matière de commerce international, se fonde sur la nature administrative ou d'organisation des décisions en cause, seules les décisions du tribunal arbitral tranchant le litige objet de l'arbitrage étant de nature juridictionnelle, ce qui entraîne la nécessité pour la juridiction arbitrale de motiver ses décisions et la possibilité pour les parties de les contester »⁷⁵.

⁷⁵ Trib. gr. inst. Paris, 19 décembre 2012, en somm. in *Rev. arb.*, 2014.212. Les autres motifs du Tribunal sont les suivants : « En tout état de cause, les difficultés de constitution d'un tribunal arbitral, notamment en ce qu'elles résultent du traitement des demandes de récusation par l'institution chargée de l'organisation, qui ne constituent pas une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil, ne rentrent pas dans le champ d'application de la Convention.

Pour autant, il est admis que les principes du procès équitable communément reconnus s'imposent aux tribunaux arbitraux, leur respect dans l'ensemble de la procédure assurant à l'arbitrage la confiance des parties en cette procédure ; il est ainsi constant que la procédure de nomination et de récusation, qui n'est pas l'un des éléments du litige soumis à l'arbitrage mais l'une des étapes de la constitution du tribunal arbitral, doit répondre aux exigences d'égalité et de transparence.

L'accès au juge est assuré, dès lors que le droit français de l'arbitrage est applicable, par la possibilité de saisir le juge d'appui « à défaut de règlement » par l'institution chargée d'organiser l'arbitrage, afin qu'il puisse trancher rapidement, dès le début de la procédure, par une décision ayant autorité de la chose jugée, le litige élevé entre les parties, ce qui est de nature à conforter la sécurité juridique, et par la possibilité de discuter, si les parties le souhaitent, de l'impartialité des arbitres lors du débat au fond dans l'hypothèse d'un recours sur la sentence prononcée ».

42. Faut-il souhaiter que les règlements prévoient une telle obligation de motivation ? La question mérite d'être posée alors même que deux centres d'arbitrage (la CCI⁷⁶ et l'AFA⁷⁷) viennent de décider de motiver à certaines conditions leurs décisions en matière de récusation, de remplacement ou de non-confirmation d'arbitres. Il faut aller au fond des choses : pourquoi pourrait-on souhaiter une motivation ? Pour une raison bien légitime a priori : pour savoir comment les choses se passent. En effet, selon certains le droit de savoir pourquoi l'arbitre a été récusé ou non confirmé est légitime. L'absence de motivation risquerait de trahir un goût pour l'opacité, laquelle pourrait dissimuler un risque d'arbitraire. Et ils ajoutent qu'il ne suffit pas que le centre œuvre pour le bien de la justice, mais qu'il faudrait que l'on puisse le vérifier.

43. Au-delà de l'apparente légitimité de ce souhait de transparence⁷⁸, le risque est grand d'ouvrir la boîte de Pandore. En effet, une fois les motifs connus, ils seront plus aisément contestés. Et s'ensuivront des recours, de nouveaux échanges, etc... Il faut faire attention à ne pas créer, avec les meilleures intentions du monde, un procès dans le procès : ce serait la mort de l'arbitrage que ce nouvel empilement de procédures. On ne peut à la fois vanter les mérites de l'arbitrage, sa rapidité et sa souplesse notamment, et multiplier en même temps les ouvertures vers un contentieux péri-arbitral.

44. Certaines décisions – celles touchant des questions de personnes (non pas tant celles relatives à la récusation, car ce cas, grave, est assez bien encadré juridiquement, mais celles relatives à la non-confirmation, au remplacement d'arbitres – ne doivent pas être motivées pour une raison bien simple : les motifs qui seront donnés ne seront pas ceux qui ont déterminé la décision. En effet, il faut prendre en compte une donnée sociologique : le monde de l'arbitrage est un monde certes ouvert, mais spécialisé, et en définitive souvent étroit : les arbitres, les conseils, les membres des institutions d'arbitrage se connaissent. La motivation risquera d'avoir un effet pervers : elle pourra conduire à l'autocensure de ceux qui doivent prendre la décision,

⁷⁶ La décision en ce sens a été prise le 8 octobre 2015 par la Cour d'arbitrage. V. les articles 11 à 13 de la Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI du 22 février 2016.

⁷⁷ Cf. l'article 8(2) de son règlement.

⁷⁸ V. J.-B. Racine, « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ éd., 2015, p. 727 et les nombreuses références.

craignant que les motifs blessent la personne qui en sera l'objet et qu'ils connaissent. Ainsi, tout le monde n'ayant pas toujours le courage de ses opinions, on risque de confirmer l'arbitre incompetent, débordé, ou à l'honnêteté incertaine. Le juge étatique lui, n'est pas dans la même situation, car d'une part, il est extérieur au milieu de l'arbitrage, et car d'autre part, il n'entre dans ses attributions que de se prononcer sur une récusation d'arbitre, cas assez bien circonscrit par les critères jurisprudentiels, et non sur une confirmation d'arbitre, ce qui constitue un exercice différent. Autre raison qui s'oppose à une motivation : la décision de non-confirmation est une décision collégiale et les motifs qui animeront ceux qui seront amenés à décider pourront être divers (mauvaise expérience avec l'arbitre en cause, connaissance d'éléments ne pouvant être divulgués, mauvaise réputation...). La motivation fournie sera à n'en pas douter édulcorée et standardisée et pour tout dire inutile si elle se résume à des formules comme : « il est apparu eu égard aux circonstances de l'espèce que la confirmation de telle personne n'était pas opportune ».

45. N'oublions pas que si les parties ont choisi une institution d'arbitrage, c'est parce qu'elles lui font confiance. Cette confiance peut emporter dispense de motivation : en effet, si la récusation a été prononcée ou rejetée, c'est parce que ceux qui ont pris cette décision l'ont estimée juste. La motivation peut ici être considérée comme implicite.

C'est une idée analogue à celle retenue il y a plus de vingt ans par la Cour de Paris dans l'affaire Société Techni Import Professionnel déjà citée et à propos de la prorogation : « l'existence même de la décision de prorogation implique que la Cour a estimé nécessaire d'accorder à titre exceptionnel cette mesure ».

46. Faut-il pour autant fermer le ban et considérer qu'un voile opaque devra définitivement recouvrir les décisions des centres ? Pas nécessairement. On peut à la fois éclairer les usagers de l'arbitrage sans brider la liberté des centres : en suivant l'exemple de certains d'entre eux qui, comme la Chambre d'arbitrage de Milan, ne motivent pas en général leurs décisions de récusation ou de non-confirmation, mais publient régulièrement une synthèse de la jurisprudence de la chambre en la matière.

Allons même plus loin : on pourrait éventuellement envisager une motivation pour certaines des décisions prises par le centre, par exemple celle de joindre des

procédures si son règlement prévoit cette possibilité, mais à condition qu'elle n'ouvre pas la voie à des recours supplémentaires. La trop facile remise en cause des décisions du centre d'arbitrage devant le juge étatique pourrait faire disparaître l'intérêt de l'arbitrage administré au profit de celui de l'arbitrage *ad hoc*.

CONCLUSION

47. En guise de conclusion, on se risquera à quelques mots sur l'avenir qui, comme le disait Anatole France, est « *ce lieu commode pour y mettre des songes* ». Que sera l'arbitrage administré dans quelques dizaines d'années ? Nul ne le sait. Aussi, aux prédictions hasardeuses préférera-t-on des souhaits précis.

Tout d'abord, on formulera celui que ne se perpétue pas le mouvement déjà signalé dans les années 1980 par Philippe Fouchard⁷⁹ et Bruno Oppetit⁸⁰, ou encore Pierre Lalive et plus récemment par Jean-Baptiste Racine⁸¹ et d'autres, et qui s'est accentué depuis lors. Ce mouvement est celui de l'alourdissement des procédures et de la bureaucratisation des institutions d'arbitrage. Il a plusieurs causes : la standardisation des tâches, l'accroissement du contentieux et parfois une prudence excessive, voire une certaine frilosité des centres (chaque procès, même gagné entraîne une évolution des pratiques). Les meilleures intentions débouchent sur l'octroi de garanties toujours plus nombreuses qui en pratique seront souvent détournées et fourniront des arguments pour exercer des recours supplémentaires.

Ensuite, et ce deuxième souhait se situe dans la ligne du premier, il est capital de conserver sa souplesse à l'arbitrage, à veiller à ce qu'une complexification de ce mode de règlement des litiges ne vienne pas restreindre le milieu de l'arbitrage, en l'enfermant dans des procédures stéréotypées. Il faut conserver une place à l'imagination et à la créativité.

⁷⁹ V. Ph. Fouchard, « Où va l'arbitrage international ? », *Ecrits*, CFA éd., 2007, p. 393 et *Rev. dr. McGill*, sept. 1989, p. 435.

⁸⁰ V. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, avant-propos, p. 11.

⁸¹ Cf. J.-B. Racine, art. préc., in *Mélanges Pierre Mayer ; adde*, du même auteur : « Les dérives procédurales de l'arbitrage », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ éd., 1998, p. 229.