



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit européen comparé**

**Dirigé par Monsieur le Président Louis Vogel**

**2011**

***L'arbitre international :  
étude de droit comparé***

**Sebastián Partida**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur  
Bertrand Ancel**

Université Paris II Panthéon – Assas  
Institut de droit comparé

Master 2 Recherche de Droit européen comparé  
(2010 – 2011)

# L'ARBITRE INTERNATIONAL : ETUDE DE DROIT COMPARE

Sebastián PARTIDA

Mémoire rédigé sous la direction de Monsieur le Professeur  
Bertrand Ancel

Séjour de recherche à la Harvard Law School



# REMERCIEMENTS

À Alexis Mourre et Alexandre Vagenheim qui m'ont tant appris.

À Joseph Story dont la statue, pointant du doigt les étudiants entrant dans la bibliothèque d'Harvard, me rappelait tous les matins à mon devoir.

# SOMMAIRE ANALYTIQUE:

## INTRODUCTION n°1 à 10

## PARTIE PREMIERE : LE STATUT DE L'ARBITRE

### I. Composition du tribunal arbitral

*A. Configuration du tribunal arbitral* : n°13 - 20

*B. Désignation de l'arbitre ou des arbitres* : n° 21 - 30

### II. Nature protéiforme de la mission d'arbitre

#### *A. Caractère juridictionnel de la mission d'arbitre*

1) Un rôle analogue à celui du juge étatique :  
n°33 - 35

2) Devoirs de l'arbitre

*a. Impartialité et indépendance* :  
n°38 - 49

*b. Egalité de traitement – Principes du droit de la défense et de la contradiction* :  
n°50 - 58

*c. Recherche d'un règlement à l'amiable* :  
n°59 - 64

3) Immunité de l'arbitre n°65 - 68

#### *B. Caractère contractuel de la mission d'arbitre*

1) Le contrat d'arbitre : n° 71 - 74

2) Obligations de l'arbitre

*a. Rendre une sentence correcte* :  
n°76 - 82

*b. Quête d'efficacité afin d'administrer une justice optimale* :  
n°83 - 84

- c. *Préoccupation de rendre une sentence exécutoire* :  
n°85 - 87

3) Droits de l'arbitre

- a. *Droit à rémunération* :  
n°88 - 91
- b. *Droit à la coopération des parties* :  
n° 92- 94

## PARTIE SECONDE : LES POUVOIRS DE L'ARBITRE

### I. Pouvoirs de l'arbitre au début de l'instance arbitrale

#### **A. *Pouvoir de statuer sur sa propre compétence***

- 1) Principe de compétence-compétence :  
n°98 - 100
- 2) Effet négatif du principe de compétence-compétence : n°101 - 104

#### **B. *Choix de la procédure applicable***

- 1) Autonomie de l'arbitre dans la détermination des règles applicables à la procédure arbitrale : n°106 - 112
- 2) Limites à l'autonomie de l'arbitre
  - a. *Principes fondamentaux* :  
n°114 - 117
  - b. *Dispositions impératives du siège* :  
n°118 -119

### II. Pouvoirs de l'arbitre au cours de l'instance arbitrale

#### **A. *Détermination des règles applicables au fond du litige.***

- 1) Détermination de la loi applicable au fond
  - a. *Indépendance de la loi du siège, absence de lex fori* :  
n °126 - 129

- b. *Respect de la volonté des parties et des usages du commerce international :*  
n°130 - 133
- c. *Autonomie de l'arbitre dans la détermination de la loi applicable au fond :* n°134 - 138

- 2) Pouvoir de juger en amiable compositeur ou en équité : n° 139 - 143

#### **B. Administration de la preuve**

- 1) Administration de la preuve écrite :  
n° 148 - 153
- 2) Administration de la preuve orale :  
n° 154 - 158
- 3) Inspection de l'objet litigieux :  
n° 159 - 160

### III. Pouvoirs de l'arbitre après la sentence

#### **A. Dessaisissement de l'arbitre**

- 1) Fondement et conditions du dessaisissement :  
n° 163 - 166
- 2) Contrôle du dessaisissement de l'arbitre :  
n° 167 - 169

#### **B. Limites au dessaisissement de l'arbitre**

- 1) Pouvoirs de rectification, d'interprétation et de rendre une sentence additionnelle
  - a. *Pouvoir de rectification de la sentence :*  
n° 174 - 175
  - b. *Pouvoir d'interprétation de la sentence :*  
n° 176 - 178
  - c. *Pouvoir de rendre une sentence additionnelle :* n° 179 - 180
- 2) Renvoi au tribunal arbitral avant annulation :  
n° 181 - 186

# INTRODUCTION

1. La réforme du droit français de l'arbitrage opérée en 2011, autant que l'émoi suscité par un éventuel déménagement de la Cour d'arbitrage de la CCI à Genève ou à Vienne, nous révèlent deux choses. La première c'est un attachement tout particulier de la France, plus précisément de Paris, à l'arbitrage international. La seconde c'est l'affirmation d'une ambition de demeurer l'une des places les plus attrayantes dans un environnement de plus en plus concurrentiel.
2. Fruit d'un long travail d'élaboration, notamment sous l'impulsion du Comité français de l'arbitrage, le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 est un texte de consolidation, puisqu'il reprend les acquis jurisprudentiels depuis les décrets de 1980 et 1981. C'est également un texte qui vise à assurer une meilleure efficacité de l'arbitrage en apportant un certain nombre d'innovations importantes. Innovations souvent issues du droit comparé.<sup>1</sup> Cette réforme traduit ainsi la volonté du gouvernement français, en parfait accord avec les praticiens opérant sur la place de Paris,<sup>2</sup> de donner un nouveau souffle au droit de l'arbitrage français, de sorte à perpétuer son rayonnement.<sup>3</sup>
3. Cet engouement français pour l'arbitrage, encouragé notamment par diverses initiatives telles que l'Association Paris place d'arbitrage, la création d'une université d'été consacrée à l'arbitrage international<sup>4</sup> et catalysée en partie par des praticiens relativement jeunes,<sup>5</sup> constitue une aubaine pour le droit comparé. En effet, si certains conçoivent encore le droit comparé comme ayant pour seul objet la connaissance, certains

---

<sup>1</sup> On peut notamment citer la consécration de la notion d'estoppel empruntée au droit anglo-américain (art. 1466), la faculté pour le président du tribunal arbitral de statuer seul (art. 1513) ou encore la possibilité pour les parties de renoncer conventionnellement au recours en annulation en matière internationale (art. 1522).

<sup>2</sup> E. Gaillard, P. de Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage* ; CAPJIA 2011-2, p.3

<sup>3</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, n° 131 et s

<sup>4</sup> Initiative du Comité français de l'arbitrage (CFA), dont la première session devrait se tenir en juillet 2011 à l'Institut de droit comparé.

<sup>5</sup> T. Toulson, *Paris, home of young arbitration practitioners*, 5 mai 2011, *Global Arbitration Review*.



auteurs ont néanmoins mis en lumière depuis longtemps sa fonction pratique.<sup>6</sup> Un auteur a ainsi écrit que « l'arbitrage est sans doute l'une des disciplines dans lesquelles le droit comparé trouve à exprimer de la façon la plus complète l'ensemble des fonctions qui sont susceptibles d'être les siennes. Celles-ci sont au nombre de trois, le droit comparé étant tantôt source d'inspiration, tantôt source de légitimité, tantôt encore source de droit positif ». <sup>7</sup> Le droit comparé et l'arbitrage international entretiennent en effet depuis toujours des liens étroits. Il n'est ainsi pas surprenant que René David y ait consacré plusieurs ouvrages.<sup>8</sup> En outre, la première fonction du droit comparé, qu'est celle de source d'inspiration, a ainsi engendré un phénomène d'imitation et d'uniformisation très net en matière d'arbitrage. Au point que certains voient dans la nouvelle *lex mercatoria* créée par l'arbitrage international comme le droit du futur.<sup>9</sup>

4. Il importe cependant, comme le soulignait Jacques Robert lors d'un colloque de 2005 consacré aux arbitres internationaux, de ne pas oublier la dimension humaine du droit, particulièrement en France où l'on s'intéresse le plus souvent aux institutions, aux mécanismes et instruments juridiques mais assez peu aux hommes. <sup>10</sup> Afin d'étudier la synergie opérée par le droit comparé sur le droit de l'arbitrage international et réciproquement, nous nous intéresserons aussi au sujet central du droit de l'arbitrage qu'est l'arbitre.
  
5. L'arbitre peut être défini comme une personne investie par une convention d'arbitrage de la mission de trancher un litige déterminé et qui exerce ainsi, en vertu d'une investiture conventionnelle, un pouvoir juridictionnel.<sup>11</sup> René David précisait que « l'arbitre ou les arbitres [...] »

---

<sup>6</sup> V. notamment : X. Blanc-Jouvan, *Réflexion sur l'enseignement du droit comparé*, RIDC, 1988, p. 751 – B. Fauvarque-Cosson, *Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ?* », *Etudes Blanc-Jouvan*, éd. Société de législation comparée, 2005 – A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, L.G.D.J., 2011.

<sup>7</sup> E. Gaillard, *Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international (II. – L'arbitrage, Deuxième séance)*; *Rev. arb.* 2005, p. 375.

<sup>8</sup> Notamment : R. DAVID, *Unification du droit et arbitrage*, 1977, Kluwer – *Ibid.*, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.

<sup>9</sup> A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *op. cit.*, p. 26 – v. également: Goldman, *La Lex Mercatoria dans les contrats d'arbitrage internationaux; Réalité et perspective*, *JDI*, 1979, p. 475 ; qui voyait dans la *lex mercatoria* un nouveau *jus gentium*.

<sup>10</sup> J. Robert, *Ouverture du Colloque du 4 fév. 2005 de la Société de législation comparée*, intitulé : « Les arbitres internationaux ».

<sup>11</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, puf 2007, p. 70.

statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'Etat». <sup>12</sup> L'arbitre est à distinguer du médiateur, à qui les parties à un litige demandent de proposer une solution mais sans pour autant l'investir du pouvoir de l'imposer. Il est également à distinguer de l'expert, qui n'est commis que pour procéder à une expertise mais sans devoir de trancher un quelconque litige.

6. Dans le cadre de l'arbitrage international, c'est-à-dire dans le cadre d'un arbitrage « qui met en cause des intérêts du commerce international [...] l'internationalité de l'arbitrage fai[sant] appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul Etat, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage ou encore du siège du tribunal arbitral », <sup>13</sup> il semble que juridiquement aucune condition ne soit posée pour qu'une personne soit désignée arbitre international. <sup>14</sup> Aussi, une approche sociologique peut s'avérer pertinente afin de mettre un visage sur ce sujet principal de l'arbitrage international.
7. Depuis une trentaine d'année, plusieurs études sociologiques relatives aux arbitres internationaux se sont succédées et la comparaison de ces analyses montre une certaine évolution de ce « petit monde » de l'arbitrage international. Ainsi, dans les années 1980-1990, le sociologue Yves Dezlay décrivait la plupart des arbitres internationaux comme des « *grand old men* », <sup>15</sup> ou tout du moins des gens issus d'un « heureux mariage d'intérêts entre l'élite des juristes et les hommes d'affaires » <sup>16</sup> et usant de trois types d'armes pour conquérir le marché international de l'arbitrage : « des armes culture (la détention d'un savoir), des armes sociales (les relations d'affaires) et des armes

---

<sup>12</sup> R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9.

<sup>13</sup> Formule classique de la Cour de cassation reprise et précisée dans Cass. Civ. I<sup>ère</sup>, 26 janv. 2011, n° 09-10.198, *INSERM c/ Ass. Droit norvégien* Fondation Letten F. Saugstad ; JCP E n° 11 – 17 mars 2011, p. 40, note C. Asfar Cazenave.

<sup>14</sup> Th. Clay, *Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique*, in *Les arbitres internationaux*, 2005, Éditions de la société de législation comparée, p. 13, précisément p. 16.

<sup>15</sup> Y. Delazay, B. Garth, *Dealing in Virtue*, 1996, The University of Chicago Press, p. 20

<sup>16</sup> Y. Delazay cité dans Th. Clay, *op. cit.*, p. 19.

symboliques (la reconnaissance entre pairs) ». <sup>17</sup> Les arbitres internationaux semblaient ainsi constituer une sorte d'aristocratie chez les juristes européens (bien plus que les *U.S litigators* d'outre-Atlantique) <sup>18</sup>. Au début des années 2000, le Professeur Thomas Clay décrivait encore « un petit monde » s'apparentant à celui de la littérature anglophone rempli de hiérarchies implicites, de mœurs, de conflits de pouvoirs, de codes, d'usages et surtout des colloques où des mêmes personnes se retrouvent régulièrement. <sup>19</sup> Un monde dans lequel « les nouveaux venus ne sont pas les bienvenus ». <sup>20</sup> Néanmoins, depuis quelques années, comme l'ont constaté Alan Redfern et Martin Hunter, <sup>21</sup> divers organismes internationaux comme la CCI, la CNUDCI ou encore les cabinets spécialisés, cherchent à assurer une continuité intergénérationnelle. Pour ce faire, les propositions de stages, les concours d'arbitrage, ainsi que les embauches de jeunes diplômés se sont multipliés. Ceci a abouti à la création de différentes associations de jeunes praticiens telles que la *Young International Arbitration Group* en 1997, à l'initiative de la LCIA, l'«*Under 40* » de la CCI, la *Young&International* de l'ICDR aux Etats-Unis ou encore la *Swiss ASA Below 40 group*. On observe ainsi l'ouverture relative de ce « petit monde » et un rajeunissement incontestable puisqu'il arrive désormais que de jeunes collaborateurs se voient confier de petits arbitrages. <sup>22</sup> Toutefois, si ce rajeunissement peut contribuer à amplifier cet engouement contemporain pour l'arbitrage, ceci n'est qu'avec l'assentiment des « *grand old men* ».

8. D'un point de vue plus juridique, parallèlement à cette évolution sociologique (faut-il y voir lien ?) s'est instaurée toute une réflexion sur le statut et les pouvoirs de l'arbitre. Bien que la réflexion sur le contrat d'arbitre ait été ouverte il y a près de cinquante ans par Jean Robert et qu'il ait été constaté une libéralisation des pouvoirs de l'arbitre depuis les années 1970, <sup>23</sup> un rapport de 1996 portant sur le statut de l'arbitre a montré cependant une grande division entre les auteurs. Aussi,

<sup>17</sup> *Ibid.* – Y. Delazay, B. Garth, *op. cit.*, p. 18 et s.

<sup>18</sup> Y. Delazay, B. Garth, *op. cit.*, p. 100 et s.

<sup>19</sup> Th. Clay, *op. cit.*, p. 17.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>21</sup> A. Redfern, M. Hunter, *on Commercial Arbitration*, Oxford, 2009, n° 4.67 et 4.68.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> V. notamment E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de La Haye, 2008, p. 133 et s.

divers colloques relatifs au statut de l'arbitre et à ses pouvoirs ont pu se succéder au cours des dix dernières années.<sup>24</sup>

9. Notre étude n'aura pas pour objet de reprendre en détail tous les points concernant l'arbitre, comme a pu le faire Thomas Clay dans sa thèse.<sup>25</sup> Nous nous contenterons simplement de reprendre ce qui a pu être développé au cours de ces colloques, d'étudier les évolutions normatives et doctrinales récentes, le tout dans une démarche comparatiste. Afin de ne pas procéder à une simple énumération des différentes dispositions que l'on trouve dans chaque ordre juridique comme ont pu le faire les différents « handbooks » publiés ces dernières années,<sup>26</sup> nous nous limiterons aussi aux deux plus importantes familles de droits que sont la famille des droits euro continentaux et la famille des droits de Common Law. Cela ne nous empêchera pas d'aborder de manière ponctuelle certains droits asiatiques ou latino-américains. Le but étant de tenter de dégager les tendances actuelles concernant l'arbitre international.
  
10. Nous envisagerons donc dans une première partie les questions relatives au statut de l'arbitre (**Partie 1<sup>ère</sup>**), avant de voir dans une seconde partie les pouvoirs de l'arbitre (**Partie 2<sup>nde</sup>**).

---

<sup>24</sup> Par exemple : Colloque du 4 février 2005 de la Société de Législation comparé intitulé « Les arbitres internationaux » – Colloque CEPANI 40 du 29 septembre 2010, « Walking a Thin Line What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must not Do \* Recent Developments and Trends – 30<sup>e</sup> Réunion annuelle de l'Institut du droit des affaires d'ICC « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage ? Statuts, pouvoirs et rôle de l'arbitre », Paris, le 6 décembre 2010.

<sup>25</sup> Th. Clay, *L'arbitre*, Thèse Paris II, Dalloz, 2001

<sup>26</sup> V. par exemple : P. Sanders, A. J. van den Berg (Eds.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer – F.-B. Weigand, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010.

## **PARTIE PREMIERE : LE STATUT DE L'ARBITRE.**

11. Les sources traditionnelles du droit de l'arbitrage international, que sont les différentes législations, la jurisprudence ou encore les conventions internationales, ne s'attardent que très peu sur le statut de l'arbitre et sur le lien qui l'unit aux parties.<sup>27</sup> Pourtant définir le statut de l'arbitre, sujet central du droit de l'arbitrage, apparaît indispensable afin d'appréhender sa mission et connaître ses devoirs, ses obligations ainsi que ses droits. Aussi, après avoir été négligé pendant de nombreuses années, le statut de l'arbitre semble néanmoins faire l'objet de nombreuses études aujourd'hui. Pour tenter de mieux cerner cette notion, il nous faudra voir comment est constitué le tribunal arbitral (**I**) avant de nous pencher sur la question de la nature de la mission d'arbitre (**II**).

### **I. Composition du tribunal arbitral.**

12. L'autonomie des parties dans la désignation des arbitres est aujourd'hui consacrée dans la plupart des pays, que ce soit au niveau législatif (*CPC, art. 1444 – LDIP, art.179 (1) – ZPO, §1035(1) – SU, art. 12 – Loi-type CNUDCI, art. 11 (2)*) ou au niveau conventionnel (*Convention européenne de 1961, art. 4.1a) – Convention de New York de 1958, art. V(1d)*). Celle-ci porte tant sur le choix de la configuration du tribunal arbitral (**A**) que sur la personne des arbitres et leur mode de désignation (**B**).

#### ***A. Configuration du tribunal arbitral.***

13. L'article 10 de la loi-type CNUDCI, après avoir consacré l'autonomie des parties quant au nombre d'arbitres dans son alinéa premier, dispose en son second alinéa qu'à défaut, « il est nommé trois arbitres ». Ces dispositions ont été reprises dans le Règlement CNUDCI de 2010 à l'article 7.1. Cependant, le choix d'un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique ou de plusieurs arbitres est différemment envisagé dans les deux grandes cultures juridiques ici considérées. Si la culture anglo-américaine pose le principe de l'arbitre unique, la culture euro

---

<sup>27</sup> G. B. Born, *On International Commercial Arbitration*, 2009, p. 1594

continentale penche quant à elle plutôt en faveur du tribunal composé de plusieurs arbitres.<sup>28</sup>

14. On retrouve ce clivage plus ou moins dans les différentes législations et les différents règlements. Ainsi, le code judiciaire belge dispose à l'article 1681 al. 3 que lorsque la convention d'arbitrage est muette quant au nombre d'arbitre, c'est la formule des trois arbitres qui doit être retenue. Il en va de même dans le Règlement de la Chambre de Commerce de Stockholm qui pose le principe d'un tribunal à trois membres (*art. 12*).
15. À l'inverse, la section 15 (3) de l'Arbitration Act anglais de 1996 prévoit que lorsque les parties ne se sont pas entendues sur la configuration à adopter ou qu'elles n'ont pas renvoyé à un règlement d'arbitrage, il est présumé qu'elles ont entendu soumettre leur litige à un arbitre unique. Le Règlement de la LCIA opte pour la même solution (*art. 5.4*). Il en va de même en droit américain.<sup>29</sup>
16. Toutefois, les règlements d'arbitrage font preuve d'une certaine souplesse et même s'ils ne posent pas la même configuration de base, ils prévoient à chaque fois qu'en fonction des circonstances, de la complexité de l'affaire ou du montant du litige, un tribunal à arbitre unique (*R. SU, art. 12*) ou à trois membres (*LCIA, art. 5.4 – CCI, art. 8*) pourra être composé. Le Règlement du *Nederlandse Arbitrage Instituut* s'abstient quant à lui de poser une configuration de base et dispose qu'à défaut d'accord entre les parties, l'institution désignera un ou trois arbitres selon l'importance et la complexité de la cause.
17. La législation française paraît plus pragmatique dans la mesure où l'article 1451 al.1<sup>er</sup> CPC dispose de manière supplétive que « le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair ».

---

<sup>28</sup> A. Faurès, *Pourquoi choisir trois arbitres au lieu d'un seul ?* in *Les arbitres internationaux*, éd. de la Société de législation comparée, 2005, p.77.

<sup>29</sup> U.S. FAA, 9 U.S.C. §5: "unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator".

18. Le choix de la configuration du tribunal arbitral se fait ainsi en fonction du principe d'autonomie<sup>30</sup> et par conséquent en fonction de diverses considérations concrètes.
19. Tout d'abord, dans un souci particulier de rapidité, le choix d'un arbitre unique semble préférable dans la mesure où il réduit les risques de récusation et raccourci le temps de la délibération. Néanmoins cet avantage peut disparaître dès lors qu'il s'agit de remplacer l'arbitre unique, dans quel cas, toute la procédure devra recommencer tandis que dans le cas d'un tribunal composé de plusieurs arbitres, le remplaçant se contentera de reprendre l'affaire en cours aux côtés des autres arbitres.
20. Un second élément déterminant dans le choix de la configuration est le coût. Il est en effet moins onéreux de choisir un seul arbitre au lieu de trois. Néanmoins ce second élément n'apparaît pas forcément pertinent en dehors des litiges dont le montant est relativement limité. En effet, dans les cas de litiges complexes, la collégialité permet de combiner les expériences, de débattre chaque point au cours du délibérer mais aussi d'assurer de meilleures connaissances, notamment lorsque les parties font appels à des spécialistes de telle ou telle matière concernant leur différend. La collégialité permet ainsi d'assurer un certain confort aux parties,<sup>31</sup> même si certains auteurs, comme le professeur Baudouin estiment que les jugements rendus par un seul juge sont mieux construits, plus raisonnés.

#### ***B. Désignation de l'arbitre ou des arbitres.***

21. Plusieurs méthodes de désignation sont dès lors offertes aux parties, en vertu du principe d'autonomie. On les retrouve notamment à l'article 1444 CPC, issu du décret du 13 janvier 2011 : « La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de

---

<sup>30</sup> *Ansonia Copper & Brass, INC. v. AMPCO Metal SA and AMPCO Metal Inc.*, 419 F.Supp.2d 186 (D. Conn. 2006): "parties are free to reach agreement on the number of arbitrators".

<sup>31</sup> A. Faurès, *op. cit.*

leur désignation... ». Notons, dès à présent, que cet article ne sanctionne plus de nullité le fait que les parties n'aient pas prévu dans la convention d'arbitrage de désigner le ou les arbitres ou les modalités de leur désignation (*CPC, anc. art. 1443, 1448*) mais, à défaut, renvoie aux dispositions supplétives des articles 1451 à 1454 CPC.

22. Cependant, avant d'aborder les différentes méthodes de désignation possible, il convient de souligner que le principe d'autonomie trouve ici, comme souvent, une limite dans le respect des droits fondamentaux et plus particulièrement du principe d'égalité entre les parties. Ainsi, les différents ordres juridiques sanctionnent toute atteinte à ce principe, que ce soit par la voie du recours en annulation de la sentence ou par le refus de son exequatur. En France, l'arrêt *Dutco* de 1992, avait aussi qualifié d'ordre public le « principe d'égalité dans la désignation des arbitres ». <sup>32</sup> En Suisse, le Tribunal se réfère à un principe d'« influence égale » dans la constitution du tribunal arbitral. <sup>33</sup> Néanmoins, ce principe d'égalité, quand bien même il s'agit d'un droit fondamental, connaît certaines atténuations. En effet, en Angleterre la section 17 de l'Arbitration Act permet de valider la nomination d'un arbitre unique en cas de silence de la partie défaillante dans un délai de 7 jours à compter de la notification. Cette atténuation ayant été accueillie dans d'autres ordres juridiques et notamment en France. <sup>34</sup> De plus, il a été admis tant en France qu'en Suisse, qu'il n'était pas porté atteinte au principe d'égalité lorsque le choix des arbitres se faisait en référence à une liste d'arbitres. A condition cependant que les restrictions imposées soient les mêmes pour chacune des parties. <sup>35</sup>

23. Par ailleurs, pour être désigné, un arbitre doit présenter certaines qualités. Tout du moins en matière interne. La plupart des législations prévoient ainsi qu'il doit notamment posséder sa pleine capacité civile (*CPC, art. 1450 al. 1<sup>er</sup> – CJB, art. 1680 – SU, art. 7*). Avec une exception en droit anglais où l'incapacité ne constitue

---

<sup>32</sup> *Dutco*; *Rev. arv. 1992, p. 470, note Bellet*; *JDI 1992, p. 707, note Jarrosson*.

<sup>33</sup> *ATF 107 Ia 155, c. 3b*.

<sup>34</sup> *Paris, Rev. arb. 1974, p. 105, note Fouchard*.

<sup>35</sup> *CA Paris, 6 avril 1990, Philipp Brothers*; *Rev. arb. 1990, p. 880, note P. de Boisséon – TGI Paris, Rev. arb. 2000, p.116, note E. Loquin – ATF 84 I 39; JdT 1958 I 566*.



qu'un motif de destitution mais non un empêchement à désignation (*Arb. Act, sect. 24 (1) c*). S'agissant de la distinction entre personne physique et personne morale, en France le nouvel article 1450 CPC reprend les dispositions de l'ancien article 1451, prévoyant que « la mission d'arbitrage ne peut être exécutée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits ». Comme par le passé, une personne morale ne dispose quant à elle que du pouvoir d'organiser l'arbitrage. Ceci vaut également pour les droits anglais, italien ou encore néerlandais mais les droits allemand et belge, tout comme la Convention de New York permettent qu'une personne morale soit désignée comme arbitre.<sup>36</sup> En matière internationale, aucune restriction relative à la distinction personne physique / personne morale ou à la capacité civile ne semble cependant imposée.

24. Selon des considérations moins légales que pratiques, on peut attendre néanmoins d'autres qualités de l'arbitre en rapport avec sa désignation.<sup>37</sup> Il apparaît ainsi nécessaire que l'arbitre qui accepte d'être désigné dispose de suffisamment de temps pour mener à bien sa mission.<sup>38</sup> Ensuite, s'agissant de ses compétences, il ne semble pas qu'elles fassent l'objet d'une quelconque exigence dès lors qu'elles ne sont pas clairement exprimées dans la convention d'arbitrage. En pratique néanmoins, la qualité d'avocat ou à défaut d'un certain nombre d'années d'expérience en matière d'arbitrage peuvent s'avérer nécessaires, notamment s'agissant de la désignation du président du tribunal arbitral. Il apparaît nécessaire enfin que l'arbitre maîtrise à un niveau relativement correct la langue de la procédure arbitrale. Ces préoccupations se retrouvent dans la plupart des règlements d'arbitrage. L'article 9.1 du Règlement CCI dispose ainsi que : « Lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre, la Cour tient compte de sa nationalité, de son lieu de résidence et de tout lien avec les pays auxquels ressortissent les parties et les autres arbitres ainsi que de la disponibilité et de l'aptitude de l'arbitre à conduire l'arbitrage conformément au présent Règlement. ... ». L'article 6.4 du Règlement AAA

---

<sup>36</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> Ed, 2007, n°387.

<sup>37</sup> A. Philip. *The Duties of an Arbitrator*, in *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> éd., 2008, p.67, particulièrement p. 71.

<sup>38</sup> IBA *Rules of Ethics for International Arbitrators* (1986), Art. 2.3 : "A prospective arbitrator should accept an appointment only if he is able to give to the arbitration the time and attention which the parties are reasonably entitled to expect".

dispose que « l'institution, après consultation des parties, doit nommer des arbitres appropriés ». <sup>39</sup> L'article 5.5 du Règlement LCIA dispose, quant à lui que « lors de la désignation des arbitres, une attention toute particulière est portée à la nature de la transaction, la nature et les circonstances du différend, à la nationalité, au lieu et aux langues des parties ainsi qu'aux nombre d'arbitre » <sup>40</sup> avec en plus la possibilité pour la LCIA de refuser une désignation qu'elle n'estimerait pas appropriée (*R. LCIA, art. 7.1*).

25. Des principes universels tirés du droit international des droits de l'homme peuvent venir perturber la désignation des arbitres. Ainsi, dans une affaire récente, <sup>41</sup> la cour d'appel anglaise a invalidé, sur le fondement du *Employment Equality (Religion and Belief) Regulations* de 2003, une convention d'arbitrage subordonnant la désignation d'un arbitre à son appartenance à une religion. L'*Employment Equality* est le texte de transposition en Grande-Bretagne de la directive européenne 2000/78/EC en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette décision a suscité l'inquiétude dans la mesure où une telle application à l'arbitrage de la directive européenne sur l'interdiction des discriminations risquerait de remettre en cause le principe généralement reconnu selon lequel les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, prévoir que les arbitres devront être d'une nationalité tierce par rapport aux parties. En outre, dans les règlements d'arbitrage de la CCI, de la LCIA et de la Stockholm Chamber of Commerce, pour ne prendre que ces trois exemples, il est prévu que l'arbitre unique ou le président du tribunal doit être d'une nationalité différente de celles des parties, lorsque les parties sont elles-mêmes de nationalité différente. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI prend également en compte la nationalité de l'arbitre, puisqu'il laisse à l'autorité de nomination la liberté de tenir compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celles des parties.

---

<sup>39</sup> *R. AAA, art. 6.4*: "the administrator, after inviting with the parties, shall endeavor to select suitable arbitrators".

<sup>40</sup> *R. LCIA, art. 5.5*: "The LCIA Court alone is empowered to appoint arbitrators. The LCIA Court will appoint arbitrators with due regard for any particular method or criteria of selection agreed in writing by the parties. In selecting arbitrators consideration will be given to the nature of the transaction, the nature and circumstances of the dispute, the nationality, location and languages of the parties and (if more than two) the number of parties".

<sup>41</sup> *Jivraj c/ Hashwani, [2010] EWCA Civ 712*

26. La première méthode de désignation consiste donc à désigner le ou les arbitres directement dans la convention d'arbitrage. Des problèmes peuvent néanmoins survenir dans le cas où le ou les arbitres déclinerait ou ne pourraient assumer leur désignation. Aussi, en pratique, il est rare que la convention d'arbitrage nomme directement le ou les arbitres et l'on préfère procéder aux désignations uniquement lorsque débute l'instance arbitrale. En cas de désaccord entre les parties, s'il s'agit de composer un tribunal arbitral à trois membres, généralement chaque partie désignera un arbitre et les arbitres ainsi désignés choisiront le président du tribunal (*CPC, art. 1452 al. 2*). Cependant, si le désaccord persiste ou s'il porte sur la désignation d'un arbitre unique, la plupart des législations prévoient alors le recours à la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou au juge étatique compétent (*LDIP, art. 179(2) – ZPO, §1035 (3) – SU, art. 13 et 15*). Le décret du 13 janvier 2011 a ainsi consacré le rôle du juge d'appui pour la désignation des arbitres (*CPC, art. 1451 al. 3, art. 1452 al. 2, 3, art. 1453, art. 1454*). L'Arbitration Act 1996 anglais se distingue cependant en ce qu'il permet à une partie qui a désigné un arbitre d'informer l'autre partie que ce dernier sera arbitre unique dès lors que celle-ci n'a pas désigné d'arbitre dans un délai de 7 jours (*Arbitration Act 1996, sect. 17(1), (2)*).

27. La désignation des arbitres peut également se faire en référence à un règlement d'arbitrage. Lorsque les parties choisissent cette option et sous réserve que ces dernières respectent un certain nombre de règles impératives<sup>42</sup>, l'institution choisie va alors les aider à composer le tribunal arbitral. En outre, certains règlements prévoient que les arbitres devront être confirmés par l'institution (*R. CCI, art. 7.6, art. 9.2*). Néanmoins, cette condition de confirmation n'est pas impérative et les parties peuvent librement y déroger. Cependant, des règlements sont plus stricts. Le Règlement de la LCIA prévoit ainsi que c'est à l'institution de désigner formellement les arbitres et de décider si telle ou telle proposition de désignation peut être reçue (*R. LCIA, art. 5.5, 7.1, 11.1*). Les règlements CIRDI et du TAS établissent quant à eux une liste d'arbitres éligibles (*R. CIRDI, art. 12-16 – R. TAS, art. S13- S18*).

---

<sup>42</sup> De telles règles impératives ne sont toutefois pas clairement énoncées par les différents règlements d'arbitrage. On pourrait notamment évoquer l'exigence de l'approbation du projet de sentence par la CCI ; v. Poudret Besson, *op. cit.*, n°96.

28. Il est communément admis en droit comparé que la désignation du tribunal arbitral par une institution ne constitue pas une sentence arbitrale susceptible d'un quelconque recours en annulation.<sup>43</sup> En revanche, rien n'empêche un contrôle indirect de la désignation par l'institution lors d'un recours en annulation ou pour une demande d'exequatur portant sur la sentence finale.<sup>44</sup>
29. Le ou les arbitres peuvent également être désignés par une autorité de désignation. Ce système, est admis tant dans le cadre d'arbitrages *ad hoc* que dans le cadre d'arbitrages institutionnels.<sup>45</sup> Cependant, en pratique, si une institution est désignée, c'est elle qui règlera les difficultés de constitution du tribunal arbitral. Le Règlement CNUDCI prévoit également qu'à défaut d'un commun accord entre les parties, celles-ci peuvent notamment demander au secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de désignation (*art. 6*). Ce système permet ainsi d'éviter tout blocage dans la constitution du tribunal arbitral, en ce qu'il exclut tout recours contre la décision de l'autorité de désignation.<sup>46</sup>
30. Enfin, de manière subsidiaire, les parties peuvent demander l'assistance du juge étatique. Toutefois, ce dernier n'a vocation à intervenir que si les parties n'ont choisi aucune « autorité chargée d'organiser l'arbitrage ». L'article 1505 CPC, issu du décret du 13 janvier 2011 qui a consacré la notion de juge d'appui, dispose aussi qu'« en matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque : (1°) l'arbitrage se déroule en France ou (2°) les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou (3°) les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs

---

<sup>43</sup> France : CA Paris, 18 nov. 1987 ; *Rev. arb.* 1988, p. 657, note Ph. Fouchard – Fouchard, Gaillard et Goldman, § 779-780 et 979 – Suisse : ATF 102 Ia 493, c. 5b ; Tribunal Fédéral, ASA Bull. 2001, p. 781

<sup>44</sup> France : CA Paris, 18 nov. 1987 ; *Rev. arb.* 1988, p. 657, note Ph. Fouchard – CA Paris, 11 fév. 1988, *Soc. Gas del Estado c/ soc. Ecofisa et E.T.P.M.* ; *Rev. arb.* 1989, p. 683, note L. Zollinger – Cass. Civ.1<sup>re</sup>, 4 déc. 1990, *Soc. E.T.P.M. et Ecofisa c/ soc. Gas del Estado* ; *Rev. arb.* 1991, p. 81, note Ph. Fouchard – Suisse : ATF 102 Ia 493, c. 5b ; Tribunal Fédéral, ASA Bull. 2003, p. 829, c. 4.3 ; ASA Bull 2004, p. 592, c. 3.2.1 – Belgique : Civ. Bruxelles, JT 1994, p. 382.

<sup>45</sup> CCI Bull. 2003, Vol. 14/2, p. 8-12.

<sup>46</sup> TGI Paris ; *Rev. arb.* 1994, p. 557, note Ph. Fouchard

à la procédure arbitrale ou (4°) l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice». Il est intéressant de noter que ce quatrième chef de compétence du juge d'appui est venu consacrer la jurisprudence « NIOC » qui a permis l'intervention du juge d'appui français pour remédier à l'impossibilité dans laquelle se trouvait la société NIOC, de soumettre ses prétentions à un tribunal arbitral compte tenu du refus de l'Etat d'Israël de désigner un arbitre.<sup>47</sup> Comme l'ont observé Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse, le droit français affirme ainsi de manière particulièrement solennelle son attachement à l'arbitrage avec cet article 1505 4° qui consacre une compétence universelle du juge français dans la mesure où il n'exige aucun rattachement avec la France dans les cas de « risque de déni de justice. Selon eux, même si la mise en jeu de ce texte n'est appelé à trouver que de très rares applications, il est emblématique de la vision française de l'arbitrage international ; « Celle-ci reconnaît que, dans le commerce international, si les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage, cette volonté doit être préservée car c'est bien souvent, en pratique, la seule forme de justice neutre à laquelle les parties appartenant à des systèmes différents peuvent avoir accès ». <sup>48</sup> Le droit français paraît aujourd'hui être de loin le plus libéral sur cette question. À l'inverse, en Suisse, même si la LDIP prévoit également l'intervention subsidiaire du juge suisse à défaut d'accord entre les parties (*LDIP, art 179 (2)*), ce dernier peut néanmoins refuser de donner suite à la demande de nomination dès lors qu'un examen sommaire démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage (*LDIP, art. 179 (3)*). La Suède et l'Italie adoptent des solutions comparables (*SU, art. 18 – ICCP, art. 810 (3)*).

## **II. Nature protéiforme de la mission d'arbitre.**

31. Les difficultés quant à la définition du statut de l'arbitre international sont à lier au fait que la nature de sa mission peut encore prêter à discussion. La mission de l'arbitre revêt plusieurs aspects et l'on s'aperçoit en droit

---

<sup>47</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> fév. 2005, *Etat d'Israël c/ Sté NIOC*, Bull. civ. I, n° 53 ; Rev. arb., 2005, p. 693, note H. Muir-Watt ; D., 2005, p. 2727, note S. Hotte, et p. 3054, obs. T. Clay ; JCP G, 2005, I, 134, note J. Béguin ; Rev. crit. DIP, 2006, p. 140, note T. Clay ; JCP G, 2005, II, 10101, note G. Kessler ; RTD com., 2005. 266, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal., 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train.

<sup>48</sup> E. Gaillard et P. de Lapasse, *op. cit.*

comparé que des divergences existent. Ces dernières pouvant porter tant sur la nature juridictionnelle (**A**) que contractuelle (**B**) de la mission de l'arbitre international.

#### **A. Caractère juridictionnel de la mission d'arbitre.**

32. Si le rôle de l'arbitre semble analogue à celui du juge étatique (**1**), avec des devoirs comparables (**2**), on ne saurait pour autant les confondre, en particulier sur la question de l'immunité (**3**).

##### **1) Un rôle analogue à celui du juge étatique.**

33. L'exercice d'un pouvoir juridictionnel est la caractéristique majeure de la mission d'un arbitre.<sup>49</sup> Comme nous l'avons vu en introduction, ils sont à distinguer tant de l'expert que du médiateur (v. *supra* n° 5). En outre, on constate depuis quelques années une tendance générale d'expansion des domaines dans lesquels l'arbitre peut intervenir. Les matières réservées exclusivement au juge étatique s'en trouvent ainsi diminuées. Il a aussi été rapporté lors de la dernière réforme de l'arbitrage en Allemagne que « dès lors que l'on considère l'arbitrage comme un moyen de protection de ses droits équivalent aux actions judiciaires, il convient de n'exclure l'arbitrage que lorsque l'Etat se réserve une compétence exclusive pour des droits particulièrement protégés ». <sup>50</sup> En conséquence, l'arbitre apparaît aujourd'hui comme le juge de droit commun du contentieux commercial international.

34. Néanmoins, tandis que le juge dispose d'une légitimité institutionnelle et n'a pas à se justifier à l'égard des parties ou des tiers au procès en ce qu'il a l'*imperium*, l'arbitre n'est investi que d'une compétence d'attribution.<sup>51</sup> L'arbitre ne tient ses pouvoirs que de la loi et de la convention des parties. Comme l'a ainsi noté

---

<sup>49</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, § 1018

<sup>50</sup> *Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO, Bundesministerium der Justiz, Bohn, Février 1994, p. 91 cité dans J. Schäfer, The Arbitrator as a Private Judge, Walking a Thin Line, 2010, p. 21.*

<sup>51</sup> *Notons cependant que le droit colombien, à titre d'exemple, fait figure d'exception en ce qu'il considère les arbitres comme des juges étatiques temporaires – cf. F. Mantilla-Serrano, "Colombia," in Commercial Arbitration in Latin America, N. Blackaby, D. Lindsey, A. Spinillo eds., Kluwer, 2003, p. 122.*

un auteur, l'arbitre dispose de la balance de la Justice mais non de son glaive.<sup>52</sup>

35. Ce défaut d'*imperium* ne semble pas pour autant être une fatalité et l'on constate une coopération de plus en plus accrue entre l'arbitre et le juge, notamment concernant les mesures provisoires et conservatoires. Ainsi, la plupart des ordres juridiques reconnaissent un pouvoir à l'arbitre d'ordonner de telles mesures (*CPC, art. 1468 – Arb. Act., sect. 38 (3), (4), (6) – ZPO, §1041 al. 1<sup>er</sup> – CJB, art. 1696 al. 1<sup>er</sup> – SU, art. 25 al. 4 – LDIP, art. 183 al. 1<sup>er</sup>*). Toutefois, si ce pouvoir ne peut être exercé, par exemple parce que le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué, le juge étatique pourra alors intervenir sans que cela n'emporte renonciation à la convention d'arbitrage (*CPC, art. 1449 – Arb. Act., sect. 44 (1) – CJB, art. 1679 al. 2*). Plutôt qu'une compétence concurrente à celle de l'arbitre, on peut donc voir là une compétence subsidiaire du juge. Ceci est clairement posé dans l'Arbitration Act 1996 à la Section 44 (5).<sup>53</sup>

## 2) Devoirs de l'arbitre comparables à ceux du juge étatique.

36. En tant qu'équivalent fonctionnel, l'arbitre est tenu de respecter un certain nombre de devoirs qui s'imposent au juge étatique. Par conséquent, il doit se plier aux principes résultant de l'ordre public procédural, respecter les principes directeurs du procès civil.<sup>54</sup> Comme que le soulignait Motulsky à propos du juge étatique, « les devoirs découlant de l'instance pour le juge [...] relèvent d'un réseau de principes dont l'ensemble définit l'office du juge ».<sup>55</sup> La transposition de ces principes du juge national à l'arbitre est aujourd'hui admise dans la plupart des ordres juridiques. La réforme du droit français de l'arbitrage de 2011 est d'ailleurs venue réaffirmer le caractère pleinement juridictionnel de la procédure arbitrale, notamment en n'utilisant plus le terme d'« arbitre » mais celui de « tribunal arbitral », et par

---

<sup>52</sup> G. Bernini cité par S. Lazareff dans « L'arbitre est-il un juge », in *Liber Amicorum Claude Reymond, Litec, 2004, p. 173*.

<sup>53</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°618.

<sup>54</sup> G. Bolard, *Les principes directeurs du procès arbitral, Rev. arb. 2004, p. 511 – Ch. Jarrosson, L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme, Rev. arb. 1989, p. 573*.

<sup>55</sup> H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in Mélanges P. Roubier, t. 2, p. 175 et s., Dalloz, 2009*.

voie de conséquence la soumission de l'instance arbitrale à ces principes procéduraux.<sup>56</sup>

37. L'arbitre ou le « tribunal arbitral » doit ainsi être indépendant et impartial (*a*), de même qu'il doit respecter le principe d'égalité entre les parties (*b*). Notons également qu'il peut parfois être amené à rechercher avec les parties un règlement amiable du litige qu'elles lui ont soumis (*c*).

*a. Impartialité et indépendance.*

38. L'accomplissement de sa mission par l'arbitre suppose que celui-ci soit et demeure impartial et indépendant, faute de quoi il ne peut exister de tiers et donc de juge.<sup>57</sup> Dès lors, « l'indépendance et l'impartialité du juge ne sont pas de simples garanties de bonne justice, elles sont l'essence même de la fonction de juge ». <sup>58</sup> Ainsi, tel un juge, l'arbitre ne doit pas permettre qu'un lien social, familial, financier ou politique puisse influencer sur sa fonction juridictionnelle. Il convient de noter ici qu'à partir du moment où l'arbitre pressenti entre en contact avec la partie, il est immédiatement tenu de respecter son devoir d'impartialité et d'indépendance et ce jusqu'à la fin de l'instance arbitrale.<sup>59</sup>

39. La notion actuelle d'indépendance et d'impartialité est relativement récente. Au XIXe siècle, la Cour de cassation avait, par exemple, décidé que le fait qu'une personne ait donné un avis juridique à une partie n'empêchait pas cette personne d'être arbitre sur cette question et, autre exemple, que l'on pouvait boire et manger avec les parties à la condition que cette partie ne paye pas le repas. L'arbitre devait respecter les mêmes règles que les juges et pouvait être récusé dans les mêmes circonstances ; il ne pouvait donc être récusé parce qu'il avait déjà statué sur une affaire similaire ou écrit un article sur la question. Le devoir d'impartialité est donc assez récent. Ainsi, le Règlement de la CCI n'a introduit la notion de récusation qu'en 1975 et l'idée d'indépendance de l'arbitre qu'en 1998. La loi belge n'a, quant à elle, introduit la notion d'indépendance et d'impartialité qu'en 1998.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> E. Gaillard, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, Dalloz 2011, p.175

<sup>57</sup> T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 314 et s.

<sup>58</sup> H. Kantorowicz, cité par T. Clay, préc. note 91, n° 318.

<sup>59</sup> T. Clay, *op. cit.*, n°360 et s.

<sup>60</sup> H. Van Houtte, *Les critères de récusation de l'arbitre*, in *Les arbitres internationaux*, *op. cit.*, p. 95.



40. Aujourd'hui, la doctrine distingue souvent l'indépendance de l'impartialité.<sup>61</sup> L'indépendance est supposée être l'absence de liens avec l'une des parties telle que nous l'avons déjà décrit. Celle-ci est donc relativement facile à constater dans la mesure où elle est purement objective. En revanche, l'impartialité fait référence plutôt à une indépendance d'esprit, une absence d'idée préconçue. L'impartialité est ainsi considérée comme une notion subjective.<sup>62</sup> Néanmoins, l'idée est, selon certains auteurs, que l'indépendance de fait mène à l'impartialité de l'esprit.<sup>63</sup>
41. La plupart des législations et des règlements d'arbitrage érigent donc ce devoir d'indépendance (de manière incidente, sa déclaration) et d'impartialité en condition *sine qua non*. Toutefois, une certaine confusion existe si l'on observe les différents règlements et les divers ordres juridiques.
42. S'agissant des règlements, si le Règlement suisse d'arbitrage ou le Règlement de la LCIA disposent que l'arbitre doit être indépendant et impartial (*R. Suisse, art. 9.1 – R. LCIA, art.5(2)*), le Règlement CCI n'évoque, en revanche, que l'indépendance de l'arbitre (*R. CCI, art. 7(1)*).
43. En matière législative, alors que les lois allemande, belge et néerlandaise, sur le modèle de l'article 12 de la loi-type CNUDCI de 1976, indiquent que l'arbitre doit être impartial et indépendant au risque d'être récusé (*ZPO, §1036 – CJB, art. 1690 – DCCP, art. 1033*), en droit suisse néanmoins, seule la notion d'indépendance apparaît (*LDIP, art. 180(1)*).<sup>64</sup> Cependant, la jurisprudence du Tribunal Fédéral, pour des raisons d'ordre constitutionnel, se réfère systématiquement à la notion d'impartialité.<sup>65</sup> En droit anglais et en droit suédois, l'arbitre doit simplement être impartial (*Arb. Act, sect. 24.1 – SU, art. 8.1*). L'U.S Federal Arbitration Act emploie quant à lui les termes d'*evident partiality* et de *corruption* (*Fed. Arb., §10 (a)(2)*) pour reconnaître l'annulabilité d'une sentence. Aussi aux Etats-Unis,

<sup>61</sup> V. par exemple : Redfern Hunter, *On Commercial Arbitration*, 2009, n°4.77.

<sup>62</sup> V. en sens inverse: Th. Clay, *op. cit.*, p. 245 et s.

<sup>63</sup> H. Van Houtte, *op. cit.*, p. 97

<sup>64</sup> Lalive, Poudret, Reymond, p. 339.

<sup>65</sup> A titre d'exemples: ATF 125 I 389, c. 4a); ASA Bul. 2002, p. 321, c. 2b – ATF 129 III 445; ASA Bul. 2003, p. 601, c 3.3.3; YCA 2004, p. 206 et s. – ASA Bul. 2004, p. 592, c.3.1.

l'indépendance et l'impartialité ne sont pas reconnus comme des principes fondamentaux et ce que l'on réprime ce n'est pas la partialité, qui est admise<sup>66</sup> mais les comportements déloyaux, malhonnêtes ou corrompus.<sup>67</sup>

44. Afin de parer à cette confusion, l'International Bar Association a publié des lignes directrices sur le conflit d'intérêts en 2004. Ces dernières, qui sont aujourd'hui fréquemment utilisées par les praticiens, posent dans une première partie les standards généraux sur l'impartialité, l'indépendance et son obligation de déclaration. Elles posent dans une seconde partie, des indications pour la mise en œuvre de ces standards, notamment en énumérant trois listes non exhaustives d'exemples concrets de conflit d'intérêts.<sup>68</sup> La première liste, dite « rouge », qui énumère des situations dans lesquelles les arbitres ne devraient en aucun cas pouvoir être désignés, peut être divisée en deux : entre les situations dans lesquelles les arbitres ne pourraient être désignés même en cas d'accord des parties, notamment en vertu du principe que nul ne peut être juge de sa propre cause (*nemo iudex in re sua*)(*Non-Waivable Ref List*), et les situations dans lesquelles les parties pourraient face à un conflit d'intérêt frappant, tout de même accepter la désignation (*Waivable Red List*). La seconde liste dite « orange » (*Orange List*) énonce les situations dans lesquelles des doutes quant à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres pourraient naître aux yeux des parties mais dans lesquelles, dès lors que les arbitres auront déclaré leur indépendance et qu'aucune procédure de récusation n'aura été mise en œuvre à temps, les parties seront alors présumées avoir accepté tel ou tel conflit d'intérêts. Enfin, la liste dite « verte » (*Green List*) donne des exemples de situations dans lesquelles il n'y a priori et objectivement aucun conflit d'intérêt qui serait susceptible d'être dénoncé.

45. Le nouveau droit français de l'arbitrage est quant à lui venu consolider une interprétation jurisprudentielle stricte de ce devoir d'impartialité, d'indépendance et de déclaration d'indépendance, que l'on retrouve également dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine. En

---

<sup>66</sup> V. par exemple : *Astoria*, 11 NY 2<sup>nd</sup> 128 ; 182 N.E. 2d 85 (1962) ; il a été admis en l'espèce qu'un membre du conseil d'administration d'une des parties soit nommé en tant qu'arbitre. – *Asta*, 9<sup>e</sup> Cir., 21 mars 1983, 702 Fed. 2d : « en général, les arbitres partiels sont admissibles »

<sup>67</sup> T. Giovannini, *Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt ; RDAI/IBLJ*, n°6, 2002, p. 629.

<sup>68</sup> YCA 2004, p. 314 – [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)

effet, dans sa décision *Commonwealth Coating*, le juge américain avait annulé une sentence en raison du silence d'un arbitre quant à une relation d'affaires qu'il entretenait avec l'une des parties, alors même que la sentence semblait tout à fait impartiale et que la Cour ne constatait en réalité aucun conflit d'intérêts en l'espèce.<sup>69</sup> De la même manière, dans un arrêt de 2010, la Cour de cassation avait pu estimer en interprétant l'ancien article 1452 al. 2 que : « le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation ». <sup>70</sup> Le nouvel article 1456 al. 2 CPC dispose aussi désormais qu'« il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toutes circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ». Ce texte est donc plus strict que l'ancien second alinéa de l'article 1452, qui prévoyait que « l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties ». Dorénavant, la loi française impose un devoir très large pesant sur la personne de l'arbitre, puisque le texte ne laisse pas à l'arbitre le choix de déterminer ce qui est de nature ou non à affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui appartient en effet de déclarer l'ensemble des circonstances qui pourraient être de nature à entraîner une suspicion sur son indépendance.<sup>71</sup> Cette exigence d'indépendance et d'impartialité permet ainsi de satisfaire aux exigences légitimes des parties mais également de préserver l'intégrité de l'instance arbitrale.

46. À l'instar de l'article 1456 CPC, la plupart des lois nationales prévoient ainsi la possibilité d'un contrôle judiciaire de ce devoir d'indépendance et d'impartialité et, le cas échéant, la récusation de l'arbitre qui manquerait à celui-ci.<sup>72</sup> Cependant, le moment de la mise en œuvre d'une action visant à sanctionner la violation

---

<sup>69</sup> *Commonwealth Coating Corp v. Continental Casualty Co*, 393 US 145 (1968).

<sup>70</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 2010, n° 09-68.997.

<sup>71</sup> E. Gaillard et P. de Laplace, *op. cit.*

<sup>72</sup> J.-F. Poudret, S. Besson *op. cit.*, n°426 et s.

du devoir d'indépendance et d'impartialité peut varier d'un pays à l'autre. Ainsi, en Belgique le manque d'indépendance et d'impartialité ne peut être invoqué que pour révoquer un arbitre durant la procédure arbitrale mais ne peut plus jouer lorsque la sentence finale a été rendue.<sup>73</sup> En Angleterre, en Suisse et en France en revanche, l'absence d'indépendance et d'impartialité peut être sanctionnée tant au moyen d'une procédure de récusation que par le biais d'un recours en annulation de la sentence (*Arb. Act, sect. 24 – LDIP, art. 180 – CPC, art. 1518*). Le contrôle du devoir de l'arbitre s'étend donc au-delà de la sentence. La procédure de récusation ne pouvant néanmoins pas être mise en œuvre après le dessaisissement. Le *Federal Arbitration Act* enferme quant à lui la sanction « d'une évidente partialité » ou de la « corruption des arbitres » dans le recours en annulation, donc après que la sentence ait été rendue.<sup>74</sup> Il faudrait néanmoins que la partie qui entend contester cette évidente partialité ou la corruption de l'arbitre le fasse savoir à temps.<sup>75</sup> Ainsi, dans une décision de 2010, la Cour d'appel du 2<sup>e</sup> Circuit a approuvé la reconnaissance d'une sentence étrangère par une District Court en dépit du fait que l'arbitre n'avait pas déclaré qu'il avait déjà été employé par une partie, aux motifs que l'autre partie aurait pu s'en informer avant ou pendant la procédure arbitrale.<sup>76</sup> Toutefois, le juge américain a pu considérer que selon les règles choisies par les parties, la procédure de récusation pouvait intervenir avant que la sentence ne soit rendue.<sup>77</sup>

47. La mise en œuvre de la procédure récusation à l'encontre d'un arbitre se fait en résonance à la manière dont le tribunal arbitral a été constitué. Le principe d'autonomie est donc tout autant consacré (*Loi-modèle CNUDCI, art. 13.1 – Arb. Act, sect. 24.2 – LDIP, art. 180 (3) – ZPO, §1037 (1)*).<sup>78</sup> Ainsi, dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, elle se fera selon la loi choisie par les parties tandis que dans le cas d'un arbitrage institutionnel, la procédure de récusation se fera selon le règlement de l'institution. Néanmoins, il existe des divergences entre les différents

<sup>73</sup> C. Verbruggen, *The Arbitrator as a Neutral Third Party, in Walking a Thin Line, op. cit., p.39 et s., particulièrement n°29.*

<sup>74</sup> *Federal Arbitration Act, Sect. 10 (a)(2).*

<sup>75</sup> G. Born, *op. cit., p. 2617.*

<sup>76</sup> *Betzatel Schwartzman c/ Yaakov Harlap, 2010 WL 1976733 (C.A.2 (N.Y)), 18 mai 2010; CAPJIA 2011-1, p.163.*

<sup>77</sup> *Morelite Construction Corp v. New York City District Carpenters Benefit Funds 748 F 2d 79 (1984).*

<sup>78</sup> V. également : *TGI Pari, Rev. arb. 1993, p. 455; TGI Paris, Rev. arb. 1988, p. 657, note Ph. Fouchard*

ordres juridiques relatives à l'intervention possible ou non du juge étatique. En France, l'article 1458 CPC prévoit ainsi que « l'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties » mais qu'à défaut d'accord entre les parties, la difficulté sera tranchée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui. Notons ici que la Cour d'appel de Paris est venue préciser récemment que le grief d'impartialité d'un arbitre doit, chaque fois que cela est possible être soulevé devant le Tribunal arbitral lui-même.<sup>79</sup> Une solution similaire est retenue en Suisse (*LDIP, art. 179, 180*). Mais ces solutions ne sont applicables qu'aux arbitrages *ad hoc*. Ceci contraste avec la loi-modèle CNUDCI (*art. 13.3*) et loi anglaise (*Arb. Act., sect. 24*) qui prévoient l'intervention du juge qu'il s'agisse d'arbitrages *ad hoc* ou d'arbitrages institutionnels. En revanche, le droit américain est assez hostile à l'intervention du juge, particulièrement s'agissant d'arbitrages institutionnels<sup>80</sup> et ne l'admet que dans de très rares cas.<sup>81</sup>

48. Lorsqu'une demande de récusation aboutit, elle entraîne, d'une part, le dessaisissement de l'arbitre et, d'autre part, son remplacement. Cela permet d'assurer une certaine continuité à l'arbitrage en cours. Toutefois, les demandes de récusation font l'objet depuis quelques années de manœuvres dilatoires destinées à bloquer l'instance en cours, d'autant plus lorsque leur mise en œuvre a pour effet de suspendre la procédure. Les statistiques de la CCI montrent qu'entre 1993 et 2006, le nombre de procédures de récusation a été multiplié par trois.<sup>82</sup> En pratique néanmoins, seule une minorité aboutit.

49. Enfin, le manque d'indépendance et d'impartialité peut également engager la responsabilité des arbitres (v. infra c).

**b. *Egalité de traitement – Principes de droit de la défense et de la contradiction.***

50. Toujours dans l'idée du respect du procès équitable et dans une conception motulskienne, l'arbitre a également

---

<sup>79</sup> CA Paris, 28 oct. 2010; CAPJIA 2011-1 p. 140

<sup>80</sup> V. par exemple: *Reeves Bros., Inc. v. Capital-Mercury Shirt Corp.*, 962 F.Supp. 408 (S.D.N.Y. 1997) – *Alter v. Englander*, 901 F.Supp. 151, 153 (S.D.N.Y. 1995) – *York Hannover Holding AG v. Am. Arbitration Ass'n*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 6192 (S.D.N.Y. 1993)

<sup>81</sup> G. Born, *op. cit.*, p. 1566 et s.

<sup>82</sup> 2002 Statistical Report, 14(1) ICC Ct. Bull. 7, 11 (2003) – 2006 Statistical Report, 18(1) ICC Ct. Bull. 5, 9 (2007)

le devoir d'entendre chaque partie, sans parti pris, avant de décider. Chacune d'elles a donc le droit d'être entendue et elles doivent être traitées sur un pied d'égalité. On parle ainsi de *due process* ou du principe du contradictoire. Ce devoir est tout aussi reconnu que celui d'impartialité et d'indépendance. Il est ainsi expressément reconnu par l'article V (1) b) de la Convention de New York et par la loi type CNUDCI à l'article 18 qui dispose que « Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ».

51. Ce principe implique en outre que la partie défenderesse soit informée de la procédure engagée contre elle et que chaque partie puisse débattre des arguments de fait ou de droit sur lesquels sera fondée la sentence. La plupart des différentes jurisprudences semblent communément accepter ce principe.<sup>83</sup> Le principe impose également que les arbitres aient laissé à chaque partie un temps suffisant pour faire valoir ses arguments et pour répondre à ceux de son adversaire. Dans un arrêt de 2009, le Tribunal fédéral suisse a ainsi annulé une sentence du Tribunal arbitral du sport au motif que les arbitres avaient pris les parties par surprise en annulant une clause d'exclusivité d'un contrat d'agent en vertu de dispositions de droit suisse sans avoir au préalable soumis ce moyen aux parties.<sup>84</sup> La Cour d'appel de Paris résume ainsi les devoirs des arbitres découlant du principe de la contradiction : « la juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; ce principe suppose que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter, ensuite qu'aucune écriture et qu'aucun document n'ait été porté à la connaissance des arbitres sans être également communiqué à l'autre partie, enfin qu'aucun moyen de fait ou de droit, ne soit relevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations ».<sup>85</sup>

52. Il est communément admis que ce devoir de faire respecter le principe du contradictoire doit être satisfait avec une « virulence » toute particulière par les arbitres,

---

<sup>83</sup> *En Autriche : OGH, 4 mai 1928, 10 SZ n°123 – aux Pays-Bas : Hof Amsterdam, 16 juill. 1992, TvA 1993 40 – en Suisse : 27 mai 2003, BGE 129 III 445*

<sup>84</sup> *Tribunal fédéral suisse, 9 fév. 2009, José Uquijo Goitia c/ Liedson da Silva Muñiz, 4A\_400/2008*

<sup>85</sup> *CA Paris, 16 janv. 2003 ; Rev. arb. 2004, p. 369, note L. Jaeger*

dans la mesure où la procédure arbitrale est en principe exclusive du double degré de juridiction. Ce principe est une « exigence à la fois logique et pratique » et un « instrument de vérité dans le procès ». <sup>86</sup> La confidentialité caractéristique de l'arbitrage, dès lors qu'elle est délimitée par les parties, ne doit pas pour autant empêcher le principe de la contradiction de jouer pleinement, que ce soit dans la production de documents ou pour les éléments de droit. <sup>87</sup>

53. L'arbitre doit également s'y soumettre dès lors qu'il relève d'office un moyen de droit. <sup>88</sup> Un auteur a ainsi énoncé que « l'arbitre devra soumettre au débat contradictoire tous les éléments de fait et de droit dont il a l'intention de se servir pour rendre la sentence ». <sup>89</sup>

54. Toutes les législations modernes d'arbitrage reprennent ces principes de la contradiction et du droit de la défense. L'article 182 §3 LDIP dispose ainsi que « Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire ». On retrouve des dispositions similaires notamment en droit anglais (*Arbitration Act, sect. 33*), en droit français (*CPC, art. 1510*), en droit belge (*CJB, art. 1694-1*), ou plus éloignés, en droit japonais (*art. 25 de la loi de 2003*) et en droit singapourien (*art. 22 de la loi de 2001*). Dans un souci d'uniformisation, l'Association de droit international a énoncé dans ces dernières recommandations (*recommandations n°7 et 8*) que si les arbitres peuvent examiner les sources qui n'ont pas été invoquées par les parties et qui sont relatives aux questions juridiques de l'affaire, ils peuvent également « d'une manière transparente se reposer sur leur propre connaissance du droit applicable » mais à la condition qu'ils donnent « une opportunité raisonnable aux parties d'être entendues sur les questions juridiques qui pourraient être utiles pour trancher le litige ». Ils ne devraient ainsi « pas

---

<sup>86</sup> CA Paris, 25 nov. 1997, *Société VRV c/ Pharmachim* ; *Rev. arb.* 1998, p. 693, note G. Bolard.

<sup>87</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, §1263

<sup>88</sup> 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 et particulièrement p. 27-28.

<sup>89</sup> C. Kessedjian, *Principe de la contradiction et arbitrage* ; *Rev. arb.* 1995, p. 381 et particulièrement p. 409.

rendre de décision qui pourrait raisonnablement surprendre les parties ou une des parties ou qui est fondée sur des arguments juridiques qui n'auraient pas été soulevées par ou avec les parties ». En cas de non-respect par les arbitres de ce devoir, les différents juges nationaux peuvent intervenir. Ce manquement peut également être relevé d'office par le juge dans la mesure où il s'agit de protéger un droit fondamental (ordre public).

55. Néanmoins, on constate des approches relativement variées dans la sanction de la violation de ces principes, notamment en raison des différentes conceptions de l'adage *Jura novit curia*. La doctrine relève ainsi une approche contrastée du droit civil qui applique cet adage et de la Common Law qui considère que les demandes des parties limitent le champ d'action du tribunal arbitral sur la question. Néanmoins, le droit suisse a une approche toute particulière. La jurisprudence du Tribunal Fédéral, considère en effet que le tribunal arbitral ne porte atteinte au principe de la contradiction que lorsqu'il fonde sa sentence sur une argumentation juridique non débattue et dont les parties ne pouvaient prévoir la pertinence.<sup>90</sup> On peut y voir une conception maximaliste de l'adage *Jura novit curia*.<sup>91</sup> La jurisprudence finlandaise semble aller dans le même sens. Dans un arrêt de 2008,<sup>92</sup> la Cour suprême finlandaise a ainsi annulée une sentence arbitrale qui avait réécrit les termes d'un contrat de distribution en se fondant sur la loi finlandaise sur les contrats, qui permet la révision par les tribunaux des termes d'une entente jugée inéquitable. La Cour rétablit la sentence, en considérant que le droit des parties d'être entendues n'avait pas été violé car elles avaient été amplement entendues sur l'ensemble des faits. Selon C. Chainais, cette interprétation est cependant regrettable et l'adage

---

<sup>90</sup> TFS, 4P 260/2000, 2 mars 2001 ; Bull. ASA 2001, p. 531 – TFS, 4P. 114.114/2001, 19 déc. 2001, Bull. ASA 2002, p.493 – TFS, 9 fév. 2009, 4A\_400/2008 ; Rev. arb. 2009, p. 641, note C. Chaussard.

<sup>91</sup> C. Chainais, *L'arbitre, le droit et la contradiction*, op. cit, p. 30.

<sup>92</sup> Cour suprême finlandaise, 2 juil. 2008, *Werfen Austria c/ Polar Electro*, commentée dans S. Nappert, *Arbitral Activism : the Manifold Guises of Jura Novit Arbiter*, CAPJIA 2010-1, p. 125.



*Jura novit curia* ne devrait pas être considéré comme faisant obstacle au respect de la contradiction.<sup>93</sup>

56. L'application de ce principe à l'arbitrage est donc rendue difficile par le fait qu'à la différence du juge, l'arbitre n'a pas de for, et donc pas de loi qui lui soit propre et dont il soit le gardien. Elle a donné lieu à une récente étude de l'International Law Association.<sup>94</sup> Selon les conclusions du Rapport et des Recommandations, l'arbitre devrait faire preuve d'une certaine prudence, en ne relevant d'office des moyens de droit – sauf à ce qu'ils relèvent de l'ordre public – que de façon exceptionnelle. Les arbitres doivent donc « prendre soin d'éviter de donner l'apparence qu'ils prennent parti en faveur d'un côté du litige ». <sup>95</sup> Le pouvoir des arbitres de fonder leur décision sur des moyens de droit n'ayant pas été invoqués par les parties est devenue une question des plus débattues du droit de l'arbitrage international.<sup>96</sup>

57. Deux arrêts récents illustrent bien le problème posé. Dans la première affaire, la Cour d'appel de Paris a annulé partiellement une sentence arbitrale CCI en estimant que le tribunal avait fondé sa décision sur un moyen de droit (le *Wegfall der Geschäftsgrundlage* de droit autrichien, ou annulation d'un contrat en cas d'impossibilité d'exécution) non invoqué par les parties et ce “sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.<sup>97</sup> Quelques mois après, la même Cour a annulé une sentence arbitrale dans laquelle le tribunal avait requalifié la prétention de la demanderesse en perte de chance alors que cette dernière avait invoqué le gain manqué, et ce sans donner aux

---

<sup>93</sup> C. Chainais, *op. cit.*, p. 32.

<sup>94</sup> Résolution 1/2008 adoptée par l'ILA lors de sa session de Rio de Janeiro du 17-21 août 2008 et Rapport de M. W. Friedman et L. G. Radicati di Brozolo - <http://www.ila-hq> -- V. version française in *Rev. arb.* 2009, p. 445, note D. Bensaude -- *CAPJIA* 2009-2 p.5, note F.-X Train.

<sup>95</sup> *Ibid.* p.20

<sup>96</sup> G. Kaufmann-Kohler, *The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions*, *Arbitration International*, 2005, p. 631 et s. – *Id.*, *Jura novit arbiter: Est-ce bien raisonnable?* In *De lege ferenda : réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch.*, Genève, Ed. Slatkine, 2004, p. 71 – A. Dimolitsa, *The Equivocal Power of the Arbitrators to Introduce Ex Officio New Issues of Law*, *Bulletin ASA*, 2009, p. 426 et s. – C. Malinvaud, *Le pouvoir de l'arbitre de relever des moyens d'office: incertitudes et considérations pratiques*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008.

<sup>97</sup> *CA Paris*, 3 déc. 2009, *Société de droit autrichien Engel Austria GmbH c/ Société de droit serbe Don Trade*, n° 08/13618; *CAPJIA* 2010-2 p. 433

parties la possibilité de se prononcer sur les effets de cette « substitution » de fondement juridique.<sup>98</sup>

58. Un recours pour violation du principe de la contradiction suppose un recours contre la sentence elle-même ou contre certains points litigieux et non plus contre un arbitre. Ainsi, si le recours aboutit, les parties se retrouvent dans la situation antérieure au prononcé de la sentence. Cette dernière ou les questions tranchées en violation du principe du contradictoire devront être à nouveau débattues.

*c. Recherche d'un règlement à l'amiable.*

59. Le droit comparé fait également apparaître un autre devoir de l'arbitre que l'on peut selon les cas rapprocher ou non de la fonction de juge. Ce devoir c'est celui d'essayer d'amener les parties à parvenir à un règlement à l'amiable de leur différend, que ce soit au début ou tout au long de la procédure arbitrale. Il ne s'agit pas ici d'étudier le rôle d'un arbitre qui aurait été également engagé en tant que médiateur ou que conciliateur, encore moins du rôle d'un médiateur. Il s'agit uniquement de l'arbitre en tant que tel qui va tendre à faciliter le règlement à l'amiable du litige duquel il est saisi. Pour ce faire l'arbitre va pouvoir procéder de différentes manières. Il peut, tout d'abord, en posant des questions pertinentes lever certaines incompréhensions entre les parties et les ramener ainsi vers le dialogue. De manière plus directe, il peut également suggérer aux parties de régler leur différend à l'amiable. L'arbitre peut aussi offrir d'évaluer lui-même les conditions du litige ce qui pourra servir de base à de futures négociations entre les parties. Il pourra également proposer d'assister les parties dans les pourparlers soit à leur invitation soit de son propre chef.<sup>99</sup>

60. Néanmoins, ce devoir est différemment apprécié selon les origines culturelles et juridiques des arbitres. En fonction de celles-ci l'arbitre va ou non chercher à respecter ce devoir et l'on peut observer tant d'incitations absolues que de rejets tout aussi

---

<sup>98</sup> CA Paris, 25 mars 2010, *Sté Commercial Caribbean Niquel c/ Sté Overseas Mining Investment Ltd*, n° 08/23901; CAPJIA, 2010-2 p. 520 ; note W. Park, *Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un*, CAPJIA, 2011-1 p.16.

<sup>99</sup> G. Kaufmann-Kohler, *When Arbitrators Facilitate Settlement : Towards a Transnational Standard*, *Arbitration International*, Kluwer Law International 2009, Vol. 25, p. 187.

inconditionnels de ce devoir.<sup>100</sup> On hésite cependant plus aujourd'hui entre « best practice » et « faux pas ».<sup>101</sup>

61. En effet, au départ, on pouvait constater un net clivage entre les pays de droit continental et les pays de Common Law. Tandis que les premiers considéraient comme un devoir majeur du juge ou de l'arbitre de tenter de promouvoir le règlement à l'amiable, les seconds en revanche voyaient dans cette pratique un signe de partialité. Ce clivage s'expliquant notamment par le fait que les uns pratiquent une procédure de type inquisitoire tandis que les autres adoptent une procédure accusatoire.<sup>102</sup> Il n'en demeure pas moins néanmoins qu'aujourd'hui et depuis une cinquantaine d'années, on assiste à un large mouvement de convergence entre les deux familles de droit sur de nombreuses notions. Il semblerait cependant que cette question du devoir de rechercher une solution amiable au litige reste un point de divergence même si l'on ne saurait nier une certaine évolution.

62. En France, le Professeur Thomas Clay a pu affirmer qu'il était du devoir de l'arbitre de rechercher à résoudre à l'amiable un litige avant de le trancher,<sup>103</sup> cela étant posé de manière explicite à l'article 21 du Code de procédure civile applicable en matière d'arbitrage interne. Néanmoins, il semble que les juges français hésitent en pratique à accomplir ce devoir sans l'accord exprès des parties.<sup>104</sup> C'est en Allemagne que ce devoir de chercher un règlement à l'amiable apparaît être le plus fort. Ainsi, la ZPO prévoit en son paragraphe 278 que tout au long du procès, le juge doit œuvrer dans ce sens, notamment par la mise en place d'audiences de conciliation préalables en présence des parties (*Güteverhandlung*). Ceci étant transposable en matière d'arbitrage (v. notamment : *R. DIS*, art. 32.1). L'Autriche et la Suisse adoptent des dispositions similaires.<sup>105</sup> Bien que sortant quelque peu de notre étude, il peut être intéressant de

---

<sup>100</sup> M. Schneider, *Combining Arbitration with Conciliation, Transnational Dispute Management, Vol. I, Fév. 2004 (ICCA Seoul Arbitration Conference 1996)*, p.2.

<sup>101</sup> B.Ehle, *The Arbitrator as a settlement facilitator in Walking a thin line*, op. cit., p. 79, citant R. Dendorfer, *Aktives Vergleichsmanagement – Best Practice order Faux pas shiedsrichterlicher Tätigkeit?*, *Shieds VZ*, 2009, p.276.

<sup>102</sup> B.Ehle, *The Arbitrator as a settlement facilitator in Walking a thin line*, op. cit., p. 79 et s.

<sup>103</sup> T. Clay, op. cit. § 207 et s.

<sup>104</sup> G. Kaufmann-Kohler, op. cit., p. 190.

<sup>105</sup> B. Ehle, op. cit., p. 81

signaler que cette « approche allemande » se retrouve également et dans une toute autre mesure en Asie, notamment en Chine. Si l'on ne peut nier l'influence considérable du droit allemand dans ce pays, ce principe de la conciliation a néanmoins toujours été la pierre angulaire de la conception chinoise de la Justice, issue de la notion confucéenne de *He Wei Gui* (l'harmonie par-dessus tout).<sup>106</sup> Cela se retrouve aujourd'hui dans la conciliation arbitrale : l'article 40 du Règlement de la CIETAC prévoit ainsi qu'une procédure de médiation peut être demandée à tout moment par les parties et que celle-ci a pour effet de suspendre la procédure arbitrale ou de s'y substituer si elle aboutit. Cette dernière hypothèse représenterait près de la moitié des affaires.<sup>107</sup> On parle ainsi de *Med-arb*.<sup>108</sup> Au-delà de ce cas extrême cette approche n'est pas communément acceptée dans tous les pays de tradition romano-germanique. Ainsi, si le Brésil retient la même solution que la France et l'Allemagne (*CPCB, art. 125*), l'Italie, la Suède et la Suisse semblent plus hésitants tandis que la Turquie et le Mexique ne permettent pas cette *Med-arb*.

63. Dans les pays de Common Law, en revanche, cette approche continentale est à priori exclue.<sup>109</sup> On y considère que l'implication du juge ou de l'arbitre dans l'affaire en tant que conciliateur, dans la mesure où cela suppose qu'il s'entretient avec les parties, lui fait perdre son impartialité.<sup>110</sup> Toutefois, même s'il demeure, ce clivage semble cependant aujourd'hui tendre à s'atténuer quelque peu. Ainsi aux Etats-Unis depuis une trentaine d'années, notamment sous l'impulsion des travaux de S. Resnik, le rôle du juge a considérablement évolué sur cette question. L'article 16 (a) (3) de la loi fédérale de procédure civile dispose ainsi aujourd'hui que le juge peut, à tout moment de l'instance et de manière discrétionnaire, prendre les mesures nécessaires afin d'arriver à une conciliation et le cas échéant en utilisant les procédures prévues par les lois locales. Cette pratique

---

<sup>106</sup> G. Kaufmann-Kohler, F. Kun, *Integrating Mediation into Arbitration: Why it works in China*; *International Arb. Vol. 25*, 2008, p.479 – *La médiation, Paris, société de législation comparée, Dalloz*, 2009, 107p.

<sup>107</sup> G. Kaufmann-Kohler, *op. cit.*, p. 195.

<sup>108</sup> A. Burr: *Med-arb: a Viable Hybrid Solution?* In *Les arbitres internationaux, op. cit.*, p. 57.

<sup>109</sup> *Avec des exceptions notables en Asie : Hong-Kong Arbitration Ordinance, art. 2B (1) – Indian Arbitration and Conciliation Act, art. 30 (1) – Singapore Arbitration Act, §63.*

<sup>110</sup> J. Gill, *The Arbitrator's Role in Bringing about a Settlement – an English View*, in M. Wirth (éd.), *Best Practices in international Arbitration, ASA Special Series n°26, Juil. 2006*, p. 157 et s. – J. Resnik, *Managerial Judges*, 1982, *Harvard Law Review*, Vol. 96, p.376.

s'est ainsi bien installée au sein des tribunaux américains<sup>111</sup> et a été reprise dans le US Model Code of Judicial Conduct (*Canon 3B(8) cmt 2003*). En revanche, au Royaume-Uni, si l'on a pu observer une évolution comparable, notamment avec la codification de l'article 1.4 du *Civil Procedure Rules* en 1996 faisant suite au rapport Woolf qui proposait que le juge anglais encourage et assiste les parties à trouver une solution à l'amiable<sup>112</sup>, la pratique semble être plus restreinte qu'aux Etats-Unis.

64. On constate donc une convergence entre les deux familles de droit et pour l'expliquer, il faut également observer le renforcement des obligations de l'arbitre, notamment de son obligation d'efficience et de son obligation d'administrer une justice optimale, que nous étudierons plus bas (v. n° 83, 84). Il en découle un consensus transnational, notamment avec les lignes directrices de l'International Bar Association de 2004 sur les conflits d'intérêts, rédigées par des juristes issues de cultures juridiques différentes et dans lesquelles il a été posé que l'impartialité de l'arbitre n'était pas affectée par sa recherche de conciliation mais que dès lors que cette dernière échouât et que l'arbitre continue, l'arbitre devrait démissionner s'il considère qu'il ne peut plus accomplir son devoir d'impartialité.<sup>113</sup> Il en va de même avec les *CEDR Settlement Rules* de 2009 élaborées par une Commission coprésidée par Lord Wolf of Barnes et le Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler, qui constituent aujourd'hui un ensemble de règles qui vise à établir des standards transnationaux.

---

<sup>111</sup> P. Lanka, *The Use of Alternative Dispute Resolution in the Federal Magistrate Judge's Office: a Glimmering Light Amidst the Haze of Federal Litigation*, in 36 *UWLA L Rev.* 71, p. 88 – Illustrations avec les affaires *Wiley v. United Parcel Service Inc.* du 4e Circuit en 2001 (11 *Fed Appx* 181, 182); *Bell v. Johnson*, 404 F. 3d 997, 1005 du 6e circuit en 2005.

<sup>112</sup> Rapport Final de Lord Woolf MR de 1996, Ch. 1, §7 (d) et §16 (b)-(c)

<sup>113</sup> Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (22 mai 2004), art. 4 (d): « A tous les stades de l'instance, l'arbitre peut aider les parties à parvenir à un règlement amiable de leur litige. Il doit cependant obtenir l'accord exprès des parties sur le fait qu'une telle assistance n'est pas incompatible avec sa mission. Un tel consentement exprès doit être compris comme une renonciation valable des parties à invoquer tout conflit d'intérêts qui pourrait survenir en raison de la participation de l'arbitre au processus de négociation, ou de la connaissance que l'arbitre pourrait avoir à cette occasion acquise de certaines informations. Cette renonciation reste valable même si l'assistance apportée par l'arbitre n'a pas permis de résoudre le litige. Conformément à la Règle Générale 2(a), l'arbitre devra cependant démissionner si, du fait de sa participation au processus de résolution amiable du litige, il a acquis des doutes sur sa capacité à demeurer impartial ou indépendant dans l'arbitrage. »

### 3) Immunité de l'arbitre.

65. La comparaison de l'arbitre au juge étatique devrait avoir pour conséquence d'accorder une immunité pour les actes ou omissions de l'arbitre, tant au cours que postérieurement à l'instance arbitrale.<sup>114</sup> On constate cependant des approches différentes entre les pays de Common Law et les pays de droit civil.
66. Dans les pays de Common Law, où prévaut l'aspect juridictionnel de l'arbitre, l'assimilation de ce dernier au juge étatique conduit à lui conférer une immunité quasi identique.<sup>115</sup> Ainsi aux Etats-Unis, les arbitres, tout comme les institutions d'arbitrage, bénéficient d'une immunité presque absolue.<sup>116</sup> Dans une décision de 2010, il a ainsi été clairement énoncé que: "*The doctrine of absolute judicial immunity [...] has been applied in this state for more than a century.[...] Common Law judicial immunity has been extended to private and public arbitrators*".<sup>117</sup> En matière d'arbitrage interne, l'article 48 (d) du Règlement AAA Domestic Rules dispose ainsi que : « *Parties to an arbitration under these rules shall be deemed to have consented that neither the AAA nor any arbitrator shall be liable to any party in any action for damages or injunctive relief for any act or omission in connection with any arbitration under these rules.* » Une exception a néanmoins pu être posée dans l'affaire *Lundgreen v. Freeman* de 1963 où la responsabilité des arbitres a pu être retenue au motif qu'ils avaient accompli des actes en dehors de leur fonction.<sup>118</sup> Par ailleurs, en Angleterre, la section 29 (1) de l'Arbitration Act dispose que l'immunité de l'arbitre disparaît dès lors que la preuve de sa mauvaise foi est rapportée. Le Règlement de la LCIA va dans le même sens (*art. 35*) mais également celui de la CCI (*art.34*).
67. Dans les pays de droit civil, bien que l'arbitre se trouve également soumis à des devoirs issus de l'aspect juridictionnel de sa fonction, l'immunité de ce dernier semble néanmoins moindre en raison, notamment de la

---

<sup>114</sup> Ph. Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, § 1074.

<sup>115</sup> Redfern, Hunter, *op. cit.*, n°5.51 – H. Yu et L. Shore, *Independence, impartiality and immunity of arbitrators – US and English perspectives*, I.C.L.Q 2003, p. 951

<sup>116</sup> V. par ex : *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F2d 1205 (6<sup>e</sup> circuit 1982) §1209.

<sup>117</sup> *Le Serena Properties et al. c/ Gerald Weisbach et al.*, A126283, San Francisco City & County Super. Ct. N°484081, 15 juil. 2010, p.6.

<sup>118</sup> *Lundgren v. Freeman* 307 F2d 104 (9th Cir. 1962).

vision plus contractuelle de la mission d'arbitre. En France, dans le cadre de l'affaire Raoul Duval, il a ainsi été jugé que : « L'arbitre ne peut revendiquer le bénéfice des dispositions relatives à la prise en charge des juges et la responsabilité de l'Etat pour le service de la justice, car il n'est investi d'aucune fonction publique ».<sup>119</sup> Toutefois, la responsabilité peut être écartée ou restreinte lorsque la faute qui lui est reprochée porte sur le bien ou mal jugé de la décision et qu'elle se rattache directement au contenu de l'acte juridictionnel. Seule étant réservée l'hypothèse d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde.<sup>120</sup> Il en va de même dans les autres pays d'Europe continentale, avec plus ou moins de restrictions.<sup>121</sup> Malgré des approches différentes, les pays de droit civil parviennent à un résultat similaire à celui des pays de Common Law en pratique, notamment en adaptant les principes de la responsabilité contractuelle au caractère spécifique de la mission d'arbitre. Comme le notent J-F. Poudret et S. Besson : « Le fondement de l'immunité est différent, mais l'étendue de la responsabilité est semblable ». Toujours selon eux, l'immunité de l'arbitre ne serait ainsi se justifier que pour les actes qui impliquent un pouvoir de décision et d'appréciation propre à la mission juridictionnelle.<sup>122</sup> L'article 16 du Règlement de la CNUDCI, révisé en 2010, dispose aussi désormais que : « Sauf en cas de faute intentionnelle, les parties renoncent, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, à toute action contre les arbitres, l'autorité de nomination et toute personne nommée par le tribunal arbitral pour un acte ou une omission en rapport avec l'arbitrage ».

68. Cette immunité, même partielle, apparaît nécessaire tant pour les arbitres que pour l'efficacité de la sentence qu'ils rendent. Sans aucune restriction relative à l'engagement de leur responsabilité, craignant de voir leur responsabilité engagée, les arbitres refuseraient plus facilement leur mission et agiraient avec plus de lenteur. Cela porterait de plus atteinte à l'efficacité de la sentence dans la mesure où, dans le cadre de manœuvres dilatoires, une partie insatisfaite par la sentence pourrait engager une action à l'encontre d'un arbitre afin de retarder l'exécution de la sentence, par exemple. En raison de l'adage « *justice delayed is justice denied* »,

---

<sup>119</sup> V. Rev. arb. 1996, p. 412.

<sup>120</sup> TGI et CA Paris, Bompard, Rev. arb. 1996, p. 476 – Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit. p. 362 et s.

<sup>121</sup> Poudret Besson, op. cit. p. 396, n° 446

<sup>122</sup> Ibid., n°448 et 449.

l'absence d'immunité ne paraît donc pas compatible avec l'exigence de célérité propre à l'arbitrage et l'obligation de l'arbitre de conduire une justice avec efficacité (v. n° 83, 84).

### **B. Caractère contractuel de la mission d'arbitre.**

69. L'aspect juridictionnel de la mission d'arbitre fait donc ressortir que ce dernier agit comme un juge dans de certaines limites. Néanmoins, c'est à l'aspect contractuel plus que juridictionnel que l'on se trouve le plus souvent confronté en pratique. En effet, même si les arbitres exercent une fonction juridictionnelle, ces derniers ne sont pas employés par l'Etat et sont contractuellement engagés par les parties pour remplir leur mission. On peut donc dire que d'un processus conventionnel découle un processus juridictionnel. Un auteur a cependant démontré que ces deux aspects n'étaient pas incompatibles mais plutôt complémentaires : « contrat et procès ne doivent pas s'exclure mais se combiner ».<sup>123</sup>

70. Nous verrons ici qu'au-delà de divergences relatives à la qualification du contrat d'arbitre (1), les différents ordres juridiques s'accordent néanmoins sur le fait qu'en tant que cocontractant, l'arbitre a des obligations (2) et des droits (3).

#### **1) Le contrat d'arbitre.**

71. Le rapport Fouchard de mai 1996 a permis de mettre en lumière la nature contractuelle de ce qu'il appelle le « contrat d'arbitre » ou contrat d'investissement. L'existence de ce contrat entre l'arbitre et les parties est aujourd'hui reconnue dans tous les ordres juridiques.<sup>124</sup> En France, il a été consacré par la jurisprudence,<sup>125</sup> notamment dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2005 dans lequel la Première Chambre civile a affirmé l'existence pour les arbitres d'une obligation de résultat de rendre la sentence dans le délai convenu par les parties et leur responsabilité en cas de manquement à cette obligation.<sup>126</sup> En droit comparé, il existe cependant

---

<sup>123</sup> L. Cadet, *Solution judiciaire et règlement à l'amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation*, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 123.

<sup>124</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, §1103-1104.

<sup>125</sup> CA Paris, 19 déc. 1996, *Société Qualiconsult c/ Groupe Lincoln* ; *Rev. arb.* 1998, p.121

<sup>126</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 6 déc. 2005, N° 03-13.116 : « en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord



des divergences quant à la qualification de ce contrat. Dans certains pays il s'agit d'un contrat de mandat ou d'un mandat procédural. C'est notamment le cas en Allemagne, aux Pays-Bas et en Suisse.<sup>127</sup> Dans d'autres, comme la France ou l'Autriche, on rejette la qualification de mandat pour retenir une qualification *sui generis*.<sup>128</sup> Par ailleurs, si les pays de Common Law ont longtemps été réticents à retenir l'existence d'un contrat entre les arbitres et les parties, celle-ci est aujourd'hui admise, en particulier par la jurisprudence anglaise.<sup>129</sup>

72. S'agissant de la forme, le contrat d'arbitre ne fait quasiment jamais l'objet d'un *instrumentum*. Généralement, la partie va approcher l'arbitre qu'elle souhaite désigner pour s'informer quant à sa disponibilité et pour ensuite lui fournir toutes les informations nécessaires afin de procéder à un conflit d'intérêts. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, dès lors que l'arbitre accepte sa désignation, il va commencer à s'occuper de l'affaire sans demander aucun accord écrit. Ceci s'explique notamment par le fait que la question des honoraires est traitée directement dans le Règlement d'arbitrage et donc qu'il n'y a pas lieu à discussion entre l'arbitre et la partie qui l'engage. Les éventuelles obligations de l'arbitre et des parties pourront être fixées dans l'acte de mission. En revanche, dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, le recours à un contrat d'investissement écrit fixant, par exemple, le montant des honoraires, la date de leur exigibilité, le paiement d'avances ou encore l'obligation de confidentialité sera plus fréquent.<sup>130</sup> Le contenu du contrat d'arbitre peut donc varier et l'on peut reprendre la formule selon laquelle « il reflète plus qu'il ne détermine la fonction juridictionnelle du contrat d'arbitrage, laquelle dépend étroitement du cadre légal dans lequel se déroule l'arbitrage ». <sup>131</sup> Concernant justement la loi applicable au contrat d'arbitre, le principe d'autonomie prévaut. À défaut, il est communément admis que c'est celle du siège qui doit s'appliquer parce qu'il présente les liens les plus étroits avec la relation juridique en cause.

---

*des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité » ; Rev. arb. 2006, p. 126, note Ch. Jarrosson.*

<sup>127</sup> Poudret Besson, *op. cit.*, p. 389.

<sup>128</sup> Cass. ; Rev. arb. 1996, p. 405 – Paris ; Rev. arb. 1996, p. 408 – Cour suprême autrichienne ; Rev. arb. 1999, p. 392.

<sup>129</sup> Poudret Besson, *op. cit.*, n°437, note 245 et 246.

<sup>130</sup> J. Schäfer, *op. cit.*, p. 27.

<sup>131</sup> Poudret Besson, *op. cit.*, n°437, p. 389.

73. Il semble que les parties au contrat d'arbitre ne règlent jamais la question de la compétence juridictionnelle relative à la validité de l'investiture. Elle ressortit aussi à la compétence des juridictions ordinaires, selon les règles de droit international privé.<sup>132</sup> Cependant, un auteur a mis en lumière les différentes approches des juges français et américain sur la question.<sup>133</sup> Ainsi, dans l'affaire Elf Neftegaz,<sup>134</sup> se posait la question de savoir qui, entre le tribunal arbitral, le juge de l'Etat du siège, l'autorité de nomination ou encore le juge français saisi à raison du domicile de l'arbitre, devait connaître de la validité de la désignation de ce dernier. Le juge français admit sa compétence au motif que malgré la fixation du siège en Suède, « l'appréciation de la régularité de la représentation de la Société Elf Neftegaz et l'examen des conditions dans lesquelles le contrat d'arbitrage s'est – ou non- formé entre cette société et l'arbitre, ressortissent à la seule compétence du Tribunal de Grande Instance de Paris et le Tribunal arbitral, visé par le défendeur comme juridiction compétente pour statuer sur les demande, ne peut connaître de ces questions ». Un recours a alors été formé et la Cour d'appel de Paris a affirmé dans un arrêt du 6 janvier 2011,<sup>135</sup> d'une part que le tribunal arbitral n'est pas compétent pour connaître de la régularité de l'investiture d'un arbitre (le principe de compétence-compétence ne s'étend pas à la régularité de la convention d'arbitrage) et d'autre part que le juge du siège n'a pas non plus de compétence particulière pour connaître de cette question. En outre, le juge français affirme que la compétence doit être déterminée par application des règles de droit commun en matière de conflit de juridictions, notamment par référence au domicile de l'arbitre défendeur (en l'espèce).<sup>136</sup> En revanche, dans l'affaire Petrec, la Cour d'appel du 5<sup>e</sup> Circuit devait, dans un arrêt du 7 janvier 2008, répondre à la question de savoir si en l'espèce des allégations de corruption affectaient le contrat d'arbitre indépendamment de la sentence ou bien s'ils constituaient une attaque indirecte contre la sentence, relevant du juge du siège. Elle décida qu'il appartient

---

<sup>132</sup> *Ibid*, n°441.

<sup>133</sup> A. Mourre, discours lors de la 30<sup>e</sup> réunion annuelle de l'Institut du droit des affaires d'ICC intitulée « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage ? Statuts, pouvoir et rôle de l'arbitre » à Paris, le 6 déc. 2010.

<sup>134</sup> TGI Paris, 22 septembre 2010 ; CAPJIA 2010-4, p. 1176.

<sup>135</sup> CA Paris, 6 janv. 2011, n° 10/20243

<sup>136</sup> Selon Poudret et Besson, rien ne s'opposerait à l'application du Règlement du Conseil du 22 décembre 2000 relatif aux conflits de juridictions (Bruxelles I) ; cf. *op. cit.*, n°441.

aux juridictions du siège de l'arbitrage d'apprécier de telles allégations<sup>137</sup>, rattachant ainsi le contentieux du contrat d'arbitre à la celui de la convention d'arbitrage et le concentrant donc au siège. Cette approche américaine semble aller dans le même sens que la jurisprudence anglaise qui, même si elle reconnaît l'existence d'un rapport contractuel entre l'arbitre et les parties refuse de reconnaître un contrat d'investiture distinct de la convention d'arbitrage<sup>138</sup> et préfère voir l'arbitre comme une troisième partie de la convention d'arbitrage.<sup>139</sup>

74. S'agissant enfin de la durée de la mission d'arbitre, il est important de souligner que ce qui doit caractériser l'arbitrage, notamment vis-à-vis de la justice étatique, c'est sa rapidité. Pour ce faire, la loi, les règlements ou les parties peuvent enfermer cette durée dans un délai. Néanmoins, en matière internationale, il semble qu'aucune des législations étudiées ici n'impose de délai aux arbitres pour remplir leur mission.<sup>140</sup> Certains règlements institutionnels fixent cependant un délai. C'est notamment le cas du Règlement CCI qui établit un délai de 6 mois à partir de la dernière signature de l'acte de mission ou de la notification au tribunal arbitral de son approbation de l'acte par le Secrétariat (*R. CCI, art. 24 al. 1<sup>er</sup>*). Ce délai peut être suspendu, notamment en cas de demande de récusation d'un. Il peut également être prorogé soit par les parties, soit par l'institution d'arbitrage (*R. CCI, art. 24 al. 2*). À défaut d'accord des parties, les droits français, anglais et suisse prévoient l'intervention du juge d'appui (*CPC, art. 1463 al. 2 – Arb. Act, sect. 50 – LDIP, art. 185*), solution qui ne semble pas retenue en Allemagne ou en Suède où il est simplement prévu que les parties peuvent saisir le juge

---

<sup>137</sup> *Petrec (5<sup>th</sup> Cir.) 7 janv. 2008*: « *Gulf Petro contends that it has pled independent violations of federal and state law, but the ultimate significance of the conduct it complains of can only be found in the effect it had on the award... The harm in this case did not result when the arbitrators failed to disclose business dealings, engaged in ex parte communications with NNPC, or were bribed. Rather, it resulted from the impact that these acts had on the Final Award. The relief Gulf Petro seeks shows that its true objective is to rectify the harm it suffered in receiving the unfavorable Final Award. Under the framework of the New York Convention, the proper method of obtaining this relief is by moving to set aside or to modify the award in a court of primary jurisdiction* ».

<sup>138</sup> *QB, Compagnie Européenne de Céréals SA c/ Tradax Export SA [1986]* ; *2 Llyod's Rep. 301, 306.*

<sup>139</sup> *K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd. [1992] 1 Q.B. 863, 885*

<sup>140</sup> *Ex : Si la loi française prévoit un délai de 6 mois en matière interne (CPC, art. 1463 al. 1<sup>er</sup>), elle ne prévoit en matière internationale qu'un délai conventionnel ou un délai fixé par la loi applicable (art. 1463, al. 2).*

pour destituer l'arbitre en cas de retard inacceptable (ZPO, § 1038 al.1<sup>er</sup> – SU, art. 17).<sup>141</sup>

## 2) Obligations de l'arbitre

75. Si l'arbitre a des devoirs comparables à ceux du juge étatique, en tant que juge privé et en tant que cocontractant, il a également des obligations.<sup>142</sup> Certains auteurs ont ainsi pu qualifier l'arbitre de prestataire de service.<sup>143</sup> Parmi les plus importantes, nous retiendrons celles posées à l'article 1 des Règles d'éthiques de l'International Bar Association<sup>144</sup> : l'arbitre doit rendre une sentence correcte (**a**), administrer une justice optimale (efficiente) (**b**), le tout dans le souci de rendre une sentence exécutoire (**c**).

### a. *Rendre une sentence correcte.*

76. L'obligation première de l'arbitre est de trancher le litige pour lequel les parties ont fait appel à lui. Dans la mesure où il est employé par ces dernières cependant, contrairement au juge étatique, l'arbitre a l'obligation de rendre une sentence juste, fidèle aux dispositions du contrat ainsi qu'au contexte du litige. L'arbitre doit satisfaire aux attentes légitimes de parties, telles que partagées avant la naissance du litige. Il doit ainsi comprendre autant que possible les faits contestés, le droit applicable et ne devrait démissionner que dans des circonstances exceptionnelles.<sup>145</sup>

77. Comme d'autres professionnels, l'arbitre a une obligation de diligence, de compétence et d'intégrité professionnelle.<sup>146</sup> La sanction de toute violation étant cependant plus restreinte étant donné l'aspect juridictionnel de la mission d'arbitre (v. *supra* n° 35 et s.). L'arbitre ne doit donc pas accepter d'être désigné s'il ne s'estime pas compétent, par exemple s'il manque de

---

<sup>141</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, n° 453 et 454.

<sup>142</sup> C. Chainais, G. Guillaume, A. Tenenbaum, « Obligation, devoir » in *Terminologie contractuelle commune*, 2008, éd. de la Société de législation comparée, p. 65.

<sup>143</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, § 1101 et s.

<sup>144</sup> *The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*, art.1: "Arbitrators shall proceed diligently and efficiently to provide the parties with a just and effective resolution of their disputes, and shall be and shall remain free from bias".

<sup>145</sup> G. Born, *op. cit.*, p.1634 et s.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 1621

temps, d'expertise en la matière ou s'il ne parle pas la langue.<sup>147</sup>

78. L'arbitre doit respecter les obligations de son contrat d'investiture. L'autonomie des parties est encore ici le principe. Elles peuvent imposer à l'arbitre des obligations tant avant la constitution du tribunal arbitral qu'en cours d'instance. Ces obligations peuvent concerner notamment des dispositions relatives à la procédure, à la confidentialité ou encore aux délais. La limite étant néanmoins la violation des règles considérées comme d'ordre public par le droit applicable en question.<sup>148</sup>

79. Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, à ces obligations imposées par les parties vont venir s'ajouter celles posées par le règlement. Il peut par exemple s'agir, en application du Règlement CCI, de l'obligation pour l'arbitre d'établir l'acte de mission (*art. 18.1*) ou encore de soumettre le projet de sentence à la Cour pour un examen préalable (*art. 27*).

80. L'arbitre doit également trancher toutes les questions qui lui sont soumises ou tout du moins déterminer avec les parties les plus importantes (*v. infra b n° 92*). Aux États-Unis, en matière interne, le AAA/ABACode of Ethics, Canon V(A) dispose ainsi qu'un arbitre devra, après réflexion, décider des questions qui seront soumises à son jugement, sans pouvoir ensuite statuer sur d'autres questions.<sup>149</sup> On retrouve une disposition similaire dans la loi d'arbitrage norvégienne (§32 (1)). Tout manquement à cette obligation pouvant fonder un recours en annulation ou un refus d'exequatur de la sentence.

81. Lorsque le tribunal arbitral est constitué de plusieurs membres, chaque arbitre est également tenu d'une obligation de participer aux délibérations avec les autres

---

<sup>147</sup> *The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*, art. 2.2: "A prospective arbitrator shall accept an appointment only if he is fully satisfied that he is competent to determine the issues in dispute, and has adequate knowledge of the language of the arbitration" – art. 2.3: "A prospective arbitrator shall accept an appointment only if he is able to give to the arbitration the time and attention which the parties are reasonably entitled to expect."

<sup>148</sup> AAA/ABA Code of Ethics, Canon I(F): "Where the agreement of the parties sets forth procedures to be followed in conducting the arbitration or refers to rules to be followed, it is the obligation of the arbitrator to comply with such procedures or rules".

<sup>149</sup> AAA/ABACode of Ethics, Canon V(A): "An arbitrator should, after careful deliberation, decide all issues submitted for determination. An arbitrator should decide no other issues".

arbitres, notamment afin d'élaborer la sentence finale. Ceci est posé expressément par certaines législations.<sup>150</sup>

82. Peuvent également faire partie des attentes légitimes des parties le fait que l'arbitre, comme tout professionnel, respecte une certaine éthique.<sup>151</sup> Ceci, quand bien même les différents codes d'éthique n'auraient aucun pouvoir contraignant. La note explicative des Règles d'éthique de l'International Bar Association énonce ainsi que « [ces] règles ne peuvent être imposées ni aux arbitres, ni aux parties, à moins qu'elles n'aient été communément acceptées ». <sup>152</sup>

**b. *Quête d'efficacité afin d'administrer une justice optimale***

83. Une autre obligation de l'arbitre consiste en la promotion d'une bonne administration de la justice, notamment en se fondant sur la notion d'économie de moyens. Il s'agit ici, tout en respectant les principes fondamentaux du procès équitable et l'obligation de répondre aux attentes légitimes des parties, d'éviter les coûts et délais excessifs. Le but recherché est ici l'efficacité de la justice arbitrale.

84. En 2007, un rapport de la CCI, intitulé « Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration », a été élaboré par une Commission coprésidée par Yves Derains et Christopher Newmark.<sup>153</sup> Deux principaux enseignements ont été tirés de ce rapport pour la promotion de l'efficacité dans l'arbitrage.<sup>154</sup> D'une part, le choix explicite et consciencieux au début de l'instance arbitral, par les parties et les arbitres, des règles applicables à l'arbitrage. D'autre part, une implication

---

<sup>150</sup> CJB, art. 1701 (1): « La sentence est rendue après une délibération à laquelle tous les arbitres doivent prendre part. La sentence est rendue à la majorité absolue des voix, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre majorité ».

<sup>151</sup> G. Born, *op. cit.*, p. 1622.

<sup>152</sup> Le Préambule du AAA/ABA Code of Ethics dispose quant à lui: "This Code does not take the place of or supersede such laws, agreements, or arbitration rules to which the parties have agreed and should be read in conjunction with other rules of ethics. It does not establish new or additional grounds for judicial review of arbitration awards".

<sup>153</sup> Bull. CCI, Vol. 18/No 1 – 2007, p. 23.

<sup>154</sup> C. Newmark, *Controlling Time and Costs in Arbitration*, in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> éd., 2008, p. 81.

renforcée de l'arbitre et une grande collaboration avec les parties afin de mener à bien l'arbitrage. Cette implication et cette collaboration avec les parties renforcée peut se traduire tout d'abord par l'élaboration d'une procédure sur-mesure. Puis, par la focalisation du tribunal arbitral sur les questions juridiques les plus pertinentes. Enfin, sur la recherche tout au long de l'instance arbitrale d'un règlement à l'amiable du différend, comme nous l'avons vu plus haut.

**c. Préoccupation de rendre une sentence exécutoire.**

85. L'arbitre est tenu d'une obligation de tenter de rendre une sentence exécutoire, inattaquable. Que serait une sentence insusceptible d'exécution sinon « guère plus qu'un chiffon de papier »?<sup>155</sup> Pour œuvrer en ce sens, l'arbitre va donc chercher à rendre une sentence qui puisse faire l'objet d'une ordonnance d'exequatur ou de reconnaissance. L'article 35 du Règlement CCI est explicite sur cette question. Il dispose ainsi que « Dans tous [...] la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale ». On retrouve cette règle dans le Règlement de la LCIA (*art. 32(2)*). Il s'agit là plus d'une obligation de moyen que d'une obligation de résultat. On voit mal en effet comment un arbitre pourrait garantir que sa sentence ne fera l'objet d'un quelconque recours et qu'elle pourra être reconnue dans tous les ordres juridiques. En revanche, il lui incombe de respecter à la lettre la procédure choisie ainsi que les principes fondamentaux du procès équitable. L'arbitre ne doit ainsi cesser de « s'interroger sur les possibilité pour la sentence d'être revêtue de l'exequatur et d'être exécutée ».<sup>156</sup>

86. De cette obligation de rendre une sentence exécutoire découle l'obligation de communiquer ou de notifier celle-ci aux parties. Cette obligation est prévue par diverses lois (*ZPO, §1054 (4)*) – *CJB, art. 1702 (1)* – *SU, art.31 (3)*).

87. Notons enfin que ces obligations ne peuvent être déléguées à des tiers par l'arbitre, même s'il arrive qu'il

---

<sup>155</sup> P. Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, *Rec. cours de La Haye* 1989, p. 127

<sup>156</sup> P. Mayer, « *Le contrat illicite* » in *L'arbitre et le contrat*, *Travaux du Comité français de l'arbitrage*, Paris, 12 janv. 1984 ; *Rev. arb.* 1984, p. 205

soit assisté.<sup>157</sup> Toutefois, un arbitrage international requiert l'accomplissement d'un grand nombre d'actes d'administration : recherche d'interprètes et de sténotypistes, communications avec l'institution d'arbitrage, ouverture et maniement de compte bancaire, réception et classement de documents, préparation de procès-verbaux d'audiences, communications administratives avec les parties, etc. Cette activité peut être d'autant plus importante que l'arbitrage est complexe et le nombre de parties élevé. Il est aussi admis que le tribunal arbitral délègue ces tâches à un secrétaire administratif, dont les fonctions seront strictement limitées, et qui ne prendra bien entendu aucune part aux activités juridictionnelles du tribunal.<sup>158</sup> Certaines législations rendent même la désignation d'un secrétaire obligatoire.<sup>159</sup> La plupart des lois sur l'arbitrage sont muettes à cet égard, mais n'interdisent pas la désignation d'un secrétaire. La Cour d'appel de Paris a ainsi admis la possibilité pour le tribunal arbitral « de s'adjoindre un secrétaire » pouvant assister aux audiences sans violer le principe du contradictoire ni l'égalité des parties.<sup>160</sup> La possibilité pour le tribunal de désigner un secrétaire est également admise par le règlement CCI. Le Secrétariat de la Cour d'arbitrage de la CCI a à cet égard établi une Note relative à la désignation de secrétaires administratifs par les tribunaux arbitraux,<sup>161</sup> qu'il est recommandé aux arbitres d'observer. Cette note porte sur les tâches du secrétaire administratif, son indépendance, la responsabilité assumée par le tribunal arbitral pour les activités du secrétaire et la base de rémunération de ce dernier. Elle précise que les fonctions du secrétaire administratif doivent se limiter aux « tâches administratives », et qu'il ne doit pas « assumer les fonctions d'un arbitre » en participant au processus de décision du tribunal ou en exprimant ses opinions au cours de la procédure. La CNUDCI fait également référence aux secrétaires administratifs à l'article 4 de sa Note sur l'organisation de procédures arbitrales. L'article 15.5 du Règlement suisse d'arbitrage international, sans prévoir de dispositions détaillées, permet explicitement

---

<sup>157</sup> G. Born, *op. cit.*, p. 1627 et s

<sup>158</sup> V. sur ce point et sur le débat suscité par le rôle parfois important donné aux secrétaires administratifs : C. Partasides, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration* ; *Arb. Int.*, vol. 18 No 2, 2002, p.147 – Th. Clay, *Le secrétaire arbitral*; *Rev. arb.* 2005, p. 931

<sup>159</sup> *Code national de procédure civile argentin*, art. 749 – *Code de procédure civile chilien*, art. 639.1

<sup>160</sup> *CA Paris Ire sect.*, 21 juin 1990 ; *Rev. arb.* 1991, p.96

<sup>161</sup> *Bull. CCI*, vol. 6 n° 2 – nov. 1995, p. 77-78



aux arbitres de désigner un secrétaire administratif. D'autres règlements proposent directement aux parties des services de secrétariat administratif. Tel est le cas de la Cour Permanente d'Arbitrage (*art. 1.4. du Règlement optionnel d'arbitrage de la Cour Permanente pour les litiges entre deux parties dont une seule est un Etat*), et du CIRDI.

### 3) Droits de l'arbitre.

#### a. Droit à rémunération.

88. Conséquence évidente de la relation contractuelle entre les parties et l'arbitre,<sup>162</sup> le premier droit de l'arbitre, en tant que prestataire de service, est un droit à la rémunération et au remboursement de ses frais. Ceci n'est affirmé que par quelques lois nationales (*Arb. Act., sect. 28 (2) – SU, §37 – Loi japonaise de 2003, art. 47*) mais par presque tous les règlements d'arbitrage (*R. CCI, art. 31 al. 1 et 2 – R. LCIA, art. 28 (1)*). La rémunération est stipulée dans le contrat d'investissement lorsqu'il y en a un ou fixée par référence aux barèmes fournis dans les différents règlements d'arbitrage (*R. CCI, Appendice III – R. LCIA, Schedule of Costs*).

89. Si en principe les membres d'un tribunal arbitral sont rémunérés de manière égale, il est cependant parfois admis que le président soit quelque peu favorisé en raison de sa responsabilité. Une pratique de la Cour d'arbitrage de la CCI consiste ainsi à verser 40% des honoraires totaux au président et 30% aux deux autres co-arbitres.<sup>163</sup> Néanmoins, une attention toute particulière doit être attirée sur le fait que, sauf accord préalable entre les parties, les arbitres ne doivent recevoir aucune sorte de paiement parallèle à leurs honoraires au cours de l'instance, au risque sinon de manquer à leur devoir d'indépendance et d'impartialité (*v. supra n° 38 - 49*).<sup>164</sup> Les avances de paiement peuvent parfois est admises que ce soit dans le cadre d'arbitrages institutionnels (*R. CNUDCI, art.43.1 – R. CCI, art 4.4 – R. ICDR, art. 33 (1) – R. LCIA, art. 1(1 f)*) ou dans le cadre d'arbitrages ad hoc (*Arb. Act, sect.38 (3)*).

---

<sup>162</sup> Rapport final CCI sur le Statut de l'arbitre, 7(1) Bull. CCI 1996. p. 27, 30

<sup>163</sup> Y. Derains, E. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 358.

<sup>164</sup> On retrouve ainsi dans la liste rouge non susceptible de renonciation des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêt le cas où : « L'arbitre a un intérêt financier significatif dans une des parties ou dans la solution du litige » (1.3).

90. En cas de silence sur le montant des honoraires ou sur les modalités de détermination, plusieurs solutions sont proposées. La première, retenue en Angleterre (*Arb. Act, sect. 28 (1)*) ou en Suède (*SU, art. 37*), consiste à verser une rémunération raisonnable. La seconde consiste en une détermination par voie judiciaire à la demande des arbitres ou des parties, comme en Italie (*CPCI, art. 814*). Le principe étant que l'arbitre ne peut déterminer unilatéralement ses honoraires en vertu du principe *nemo judex in re sua*.

91. Précisions cependant que ce droit à la rémunération résulte du contrat d'arbitre et n'est donc pas inclus dans l'objet du litige soumis au tribunal arbitral. Ceci a été notamment affirmé par la Cour d'appel de Paris : « La fixation des honoraires des arbitres n'a aucun caractère juridictionnel et concerne uniquement les rapports contractuels entre les arbitres et les parties ». <sup>165</sup> Les juges suisse et allemand adoptent quant à eux des approches singulières. <sup>166</sup>

#### **b. Droit à la coopération des parties.**

92. L'obligation d'exécuter ses obligations de bonne foi que l'on retrouve en droit des contrats, vaut également pour le contrat d'arbitre. Cela se traduit pour l'arbitre en un droit à la coopération des parties. Selon Gary B. Born, il ne s'agit pas d'un simple droit rhétorique mais d'un aspect fondamental du contrat d'arbitre que la plupart des règlements et des auteurs ont tendance à négliger. <sup>167</sup> Ceci est notamment posé par la Section 40 de l'Arbitration Act anglais.

93. Les parties, en tant que contractants, doivent respecter ce principe directeur du procès qu'est l'obligation d'exécuter le contrat d'arbitre de bonne foi. Cela concerne tant la rémunération des arbitres que le concours aux mesures d'instruction. Tout manquement à cette obligation pouvant engager leur responsabilité contractuelle. En droit français, l'article 1464 al.3 CPC issu du décret du 13 janvier 2011 est ainsi venu rappeler l'attachement de l'arbitrage aux principes directeurs du

---

<sup>165</sup> CA Paris, 17 mars 2005, *SNCE c/ Interim Nation*, *Revue de l'arbitrage* 2005, p. 790.

<sup>166</sup> A. Mourre, *Sed quia custodiet ipsos custodes? On jurisdiction upon arbitrators*, *Institute Dossier* 2010 (2).

<sup>167</sup> G. Born, *op. cit.*, p. 1651, note 326 – Dans le même sens: Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, §1165.

procès, y compris en matière internationale. Il dispose ainsi que : « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

Les parties ont donc le devoir de coopérer avec le ou les arbitres et doivent agir avec diligence vis-à-vis du tribunal afin de répondre à ses préoccupations et ses objectifs notamment quant à la détermination d'une procédure équitable et efficace.

94. Enfin, si l'arbitre est tenu d'une obligation à la confidentialité, c'est également un droit qui découle de l'obligation de coopération des parties. Toutefois, en pratique, les actions visant à la protection de ce droit à l'encontre des parties sont extrêmement rares.<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> G. Born, *op. cit.*, p. 1662.

## **PARTIE SECONDE : LES POUVOIRS DE L'ARBITRE INTERNATIONAL.**

95. A priori moins sujet à controverse que le statut de l'arbitre du fait d'une littérature plus importante, la question des pouvoirs de l'arbitre n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt. Encore moins sous le prisme du droit comparé. Nous examinerons aussi les pouvoirs de l'arbitre international au début de l'instance (**I**), en cours d'instance (**II**) et enfin après la réédition de la sentence (**III**).

### **I. Pouvoirs de l'arbitre international au début de l'instance**

96. L'arbitre, dispose au début de l'instance arbitrale de deux pouvoirs majeurs. Le premier est de statuer sur sa compétence (**A**). Le second est de choisir les règles applicables à la procédure d'arbitrage (**B**).

#### ***A. Pouvoir de statuer sur sa propre compétence.***

97. Au début de l'instance arbitrale, la conduite de la procédure va au fur et à mesure être transmise des parties au tribunal arbitral. En effet, si les premières sont, au départ, celles qui définissent leur litige et la manière dont elles entendent le résoudre, le second va se voir confier un certain nombre de pouvoirs dans le but d'accomplir sa tâche. Sous les réserves de la loi applicable à leur litige mais aussi sans pouvoir compter sur quelconque *imperium* (v. *supra* n° 33 -35). Ces pouvoirs peuvent être expressément conférés au tribunal arbitral, soit par un accord lors de la constitution du tribunal, soit par un accord spécial ultérieur. Le tribunal arbitral peut également se voir conférer ses pouvoirs par le biais des règles applicables à l'arbitrage, qu'il s'agisse d'un arbitrage *ad hoc* ou d'un arbitrage institutionnel (*R. CCI, art. 14.1 R. CCI – R. LCIA, art. 16.1 – R. ICDR, art. 13.1*) ou encore par le biais des lois nationales (*Arbitration Act 1996, s. 34, 38 (3), 38 (5)*). Toutefois, l'instance arbitrale ne peut être valablement engagée que si le tribunal arbitral est bien compétent. Le principe de compétence-compétence est aujourd'hui reconnu par la plupart des législations (1). Le droit comparé démontre toutefois que son effet négatif peut être envisagé de différentes façons (2).

## 1) Le principe de compétence-compétence.

98. Selon le principe de *competenz-competenz* ou plutôt de *kompetenzprüfung durch das schiedsgericht*,<sup>169</sup> il revient au tribunal arbitral de statuer sur « l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »<sup>170</sup> et donc sur sa compétence. Mise à part une exception notable en Chine où le pouvoir de statuer en matière de compétence n'appartient pas aux arbitres mais uniquement aux juges et aux institutions d'arbitrage<sup>171</sup> ce pouvoir est cependant consacré tant par la Convention de New York que par la plupart des législations contemporaines (*Arbitration Act 1996, s. 32 – CPC, art. 1465 – CJB, art. 1697 – LDIP, art. 186 al. 1<sup>er</sup>*) ou les différents règlements d'arbitrage (*R. CCI, art. 6.2 – R. CAM, art. 12 – R. CIRDI, art. 41*). Aux Etats-Unis, certains auteurs ont cependant pu relever des réticences de la jurisprudence américaine à consacrer ce principe.<sup>172</sup>

99. Dénier au tribunal arbitral la possibilité de statuer lui-même sur la question de sa compétence pourrait revenir à contraindre le demandeur, qui croit en cette compétence, d'en rechercher la confirmation auprès du juge étatique tandis que le défendeur n'aurait pendant ce temps qu'à attendre l'issue de ce recours alors que c'est lui qui, critiquant la convention d'arbitrage, a pris l'initiative du contentieux de la compétence. Cela ralentirait le règlement du litige au fond. La règle de compétence-compétence permet aussi de ne pas favoriser les manœuvres dilatoires de la part du défendeur. Le principe de compétence-compétence permet également à l'arbitre de constater le cas échéant la nullité de la convention d'arbitrage.<sup>173</sup>

100. Toutefois, le pouvoir du tribunal arbitral de décider de sa compétence n'est en rien absolu et son excès peut être sanctionné. L'article V (1) c) de la Convention de New York prévoit ainsi que l'excès de compétence du tribunal arbitral peut conduire à un refus d'exécution de la sentence arbitrale. En Suisse, l'article 190.1 (b) LDIP prévoit que la décision relative à la compétence peut faire l'objet d'un recours en annulation immédiat. En France, l'article 1520 1° CPC prévoit que le recours en

---

<sup>169</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°457.

<sup>170</sup> Civ.2<sup>e</sup>, 18 décembre 2003, *Sté La Chartreuse, Bull.*, II n° 393, p. 325

<sup>171</sup> F. Kun, *L'arbitrage en Chine : pratique, obstacles juridiques et réformes* in *Bull.CCI Vol. 19 N° 2, 2008*, p. 25

<sup>172</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°549, note 16.

<sup>173</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, §658.

annulation est ouvert notamment lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.<sup>174</sup>

En Angleterre, la Section 32.1 de l'Arbitration Act 1996 donne la possibilité aux parties de faire appel aux tribunaux étatiques avant même que le tribunal arbitral n'ait rendu une décision sur sa compétence.

## 2) L'effet négatif du principe de compétence-compétence.

101. Bien que des divergences existent, on considère, tout particulièrement en France, qu'afin que le principe de compétence-compétence soit efficace, l'arbitre doit bénéficier d'une véritable priorité par rapport au juge étatique pour statuer sur sa compétence. C'est ce qu'on appelle l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Celui-ci impose aux juridictions qui auraient pu être compétentes en l'absence de convention d'arbitrage de s'abstenir dès lors qu'il existe *prima facie* une convention d'arbitrage ou qu'une procédure arbitrale est en cours. Cette décision prioritaire de l'arbitre ne pourra ensuite être contrôlée que sur recours ou lors de la reconnaissance de la sentence mais pas dans le cadre d'une action au fond.

102. Cet effet négatif, consacré par l'article VI ch. 3 de la Convention européenne n'a été expressément consacré que par le législateur français, à l'ancien article 1458, devenu l'article 1448 du CPC. Ainsi, s'il existe une certaine incertitude s'agissant de la Convention de New York,<sup>175</sup> la plupart des législations ne consacrent pas ce principe. Tel est notamment le cas des lois allemande, belge ou encore anglaise.<sup>176</sup>

103. Néanmoins, on peut observer un courant favorable à cet effet négatif, notamment en regardant les jurisprudences italienne<sup>177</sup> et américaine. Ainsi, dans une décision de 2003, la Cour d'appel du 3<sup>e</sup> Circuit a appliqué en matière internationale un arrêt de la Cour suprême américaine qui reconnaissait, en matière interne, l'effet négatif du principe de compétence-compétence.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> CA Paris, 7 juillet 1994, *Uzinexportimport Romanian Co c/ Attock Cement Co*, *Rev. arb.* 1995, p. 107, note S. Jarvin

<sup>175</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°489 et s.

<sup>176</sup> *Ibid.*, n°495 et s.

<sup>177</sup> *Ibid.*, n°508.

<sup>178</sup> *China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd v. Chi Mei Corp*, 334 F. 3d 274, (3d Cir. 2003), *reprenant First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan et Ux and MK Investments, Inc*, *United States Supreme Court*, 1995.

104. S'agissant enfin de la qualification de la déclaration d'incompétence, il semble aujourd'hui admis dans la plupart des ordres juridiques qu'elle constitue d'une sentence susceptible de recours.<sup>179</sup>

### ***B. Choix de la procédure applicable.***

105. Si les arbitres jouissent en la matière d'un large pouvoir discrétionnaire (1), ce pouvoir ne s'exerce cependant pas sans limites (2).

#### **1) Autonomie de l'arbitre dans la détermination des règles applicables à la procédure arbitrale**

106. L'élection des règles applicables à la procédure arbitrale est a priori soumise au principe d'autonomie des parties.<sup>180</sup> Lorsque les parties n'ont rien prévu ou que leur convention s'avère être incomplète, l'arbitre devra néanmoins lui-même déterminer, au début ou en cours d'instance, les règles applicables à la procédure.<sup>181</sup>

107. En droit français, l'article 1509 al. 2 CPC précise ainsi que « Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure ». L'arbitre peut ainsi, dans la limite de la convention des parties, fixer les règles applicables à la procédure, soit directement, soit par référence à une loi étatique ou à un règlement d'arbitrage (*Loi-type CNUDCI, art. 19.2 – R. CNUDCI 2010, art. 17.1 faisant référence à fait que l'arbitre effectue ce choix « comme il le juge approprié » – LDIP, art. 182 al.2*).

---

514 U.S. 938 – v. T. Varady, J. Barcelo, A. von Mehren, *International Commercial Arbitration a Transnational Perspective*, 4e éd., 2009, p.134.

<sup>179</sup> J.-B. Racine, *La sentence d'incompétence* ; *Rev. arb.* 2010, P. 729.

<sup>180</sup> Ce principe est aujourd'hui largement consacré par les différentes législations, conventions et règlements d'arbitrage. L'article 6 de la Résolution adoptée par l'Institut de droit international le 12 septembre 1989 à Saint-Jacques de Compostelle dispose ainsi que : « Les parties ont une entière autonomie pour déterminer les règles de procédure et de fond ainsi que les principes qui doivent être appliqués à l'arbitrage » ; XVI Y.B Comm. Arb. 1991, p. 236 et s., note A.T von Mehren p. 233 – Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, §1421 et s.

<sup>181</sup> 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. 163 – Ph. Pinsolle et R.H. Kreindler, *Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale*, *Rev. arb.* 2003 p. 41.

108. En pratique, les arbitres établiront le plus souvent, en début de procédure et en consultation avec les parties, les règles procédurales de l'arbitrage, lesquelles feront l'objet d'une ordonnance de procédure. Cette ordonnance de procédure ne traitera cependant pas nécessairement de l'intégralité des questions pouvant survenir au cours d'arbitrage. En effet, les arbitres souhaitent généralement conserver une certaine souplesse à leur procédure, ce qui les conduit à établir des principes généraux qu'ils se réservent de compléter ou de préciser lorsqu'ils auront à régler des incidents de procédure. C'est ainsi qu'en matière d'administration de la preuve, les arbitres souhaitent souvent se référer aux règles de l'International Bar Association sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (version 2010), mais ils le font généralement en tant que source d'inspiration uniquement, ce qui leur permet de conserver par la suite la plus grande flexibilité.<sup>182</sup>

109. S'agissant de la forme, le tribunal arbitral fixera généralement les règles applicables à la procédure arbitrale sous la forme d'ordonnances procédurales. De telles décisions n'ont en effet pas pour objet de trancher définitivement tout ou partie du fond, et n'ont donc pas à être rendues sous la forme de sentence. De telles décisions ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.<sup>183</sup>

110. Un débat récurrent dans l'arbitrage consiste à savoir si les arbitres doivent se conformer en tous points à la convention des parties en matière de procédure, ou s'ils ont le pouvoir de passer outre s'ils estiment que les choix des parties sont inappropriés.<sup>184</sup> L'exemple typique d'une telle situation est le cas dans lequel les parties auraient convenu d'audiences durant plusieurs semaines, les arbitres estimant qu'une semaine suffit. Certains

---

<sup>182</sup> J. Gill QC, G. S. Tawil, R. Kreindler, *The 2010 Revisions to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, CAPJIA, 2011-1 p. 23 – Dossiers VI - Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies 2009, ICC Institute of World Business Law – B. Hanotiau, *La production de documents dans l'arbitrage international : essai de définition des « meilleures pratiques »*, Bull. CCI Supplément spécial 2006, p. 121.

<sup>183</sup> CA Paris Ire sect., 7 juill. 1987, *Pia Inn c/ Cassia* ; Rev. arb. 1988, p. 649-656, note E. Mezger – CA Paris Ire sect., 25 mars 1994, *Sardisud c/ Technip* ; Rev. arb. 1994, p. 391-396, note Ch. Jarrosson.

<sup>184</sup> V. sur l'ensemble de la question, V.V. Veeder *Whose arbitration is it anyway? – the Parties' or the arbitration tribunal's? : an Interesting Question? in the Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, op. cit., p. 337.



auteurs ont pris position en faveur d'un large pouvoir des arbitres.<sup>185</sup> L'opinion dominante semble cependant être que les arbitres doivent se conformer à la volonté des parties.<sup>186</sup> En pratique, ce genre de problème est néanmoins facilement réglé par des arbitres expérimentés et sachant user de leur pouvoir de persuasion sur les parties.

111. L'autonomie de l'arbitre dans le choix des règles applicables à la procédure s'exerce tout d'abord par rapport aux dispositions de la loi applicable au fond du litige. Ceci est admis depuis longtemps par la jurisprudence française.<sup>187</sup> Il s'agit là d'une conséquence logique de l'autonomie de la convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que « la référence faite par les arbitres aux règles de conflits françaises pour la désignation de la loi applicable au fond n'exerce aucune influence sur le choix éventuel d'une loi procédurale. Il est de principe constant en droit international privé français que l'autonomie de la clause compromissoire permet de choisir une loi de procédure d'une nationale différente de la loi de fond et que le règlement CCI permet de désigner directement une loi de procédure sans avoir recours à des règles de conflits ».<sup>188</sup> Le principe est largement admis en doctrine.<sup>189</sup> L'autonomie des règles de procédure par rapport au droit du fond se justifie également pour des raisons pratiques. En effet, les considérations qui président au choix d'un droit de procédure sont en effet fondamentalement étrangères à celles qui commandent la détermination de la loi applicable au fond. On ajoutera que la procédure arbitrale est aujourd'hui dans une large mesure soumise à des règles transnationales (notamment quant aux règles applicables à la preuve écrite ou à l'interrogation des témoins), et il ne serait pas conforme à la volonté des

---

<sup>185</sup> S. Lazareff, *L'arbitre est-il un juge ? in Liber amicorum Claude Reymond*, p.173.

<sup>186</sup> W. Park, *Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un*, CAPJIA 2011-1 p.19 – P. Bernardini, *The role of the international arbitrator ? in Liber amicorum Claude Reymond*, p.4 n°13

<sup>187</sup> CA Paris Ire sect., 18 juin 1974, *Diefenbacher* (2 arrêts) ; *Rev. arb.* 1975, p.179, note J. Robert – Cass. Ire civ., 18 mars 1980, *Bull. civ. I*, n°87 – *JDI* 1980. 874, note E. Loquin – Cass. Ire civ., 10 mai 1988 ; *Rev. arb.* 1989, p. 51, note J-L Goutal.

<sup>188</sup> CA Paris Ire sect., 18 juin 1974, *Diefenbacher* (2 arrêts), préc.

<sup>189</sup> Fouchard Gaillard Goldman, *op. cit.*, §1172 et s – J.-F. Poudret et S. Besson, *op. cit.*, n° 525 – A. Redfern et M. Hunter, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 5<sup>e</sup> ed., 2009, OUP Oxford, 6.08 – 6.19 – D. Hascher, *Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international*, RCADI Vol. 279 (1999), Martinus Nijhoff Publishers, p. 69 et s.

parties qui se soumettent à un mode international de règlement de leur litige de les renvoyer à une loi de procédure nationale.

112. Les règles applicables à la procédure arbitrale sont également autonomes par rapport au droit du siège. En effet, si le choix du siège emporte des conséquences importantes, celui-ci n'emporte pas pour autant élection du droit procédural du pays du siège. Les parties peuvent en effet soumettre leur arbitrage à une loi ou à des règles étrangères à la loi du siège, sous réserve des dispositions impératives de cette dernière (*CPC, art. 1509 al. 1<sup>er</sup> – LDIP, art. 182*). Les arbitres jouissent par conséquent de la même liberté. En France, l'article 1509 al.2 CPC précise ainsi que le tribunal arbitral fixe la procédure « autant qu'il est besoin ». En Grande Bretagne, la section (1) b) de l'Arbitration Act de 1996 dispose quant à elle que le tribunal arbitral adopte les règles de procédures qui lui paraissent appropriées aux circonstances de l'espèce, pour autant que ces règles permettent d'éviter les délais et coûts inutiles et de trancher équitablement le litige.

## 2) Limites à l'autonomie de l'arbitre

113. Le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre de choisir les règles applicables à la procédure n'est pas sans limites. D'une part, l'arbitre ne peut ignorer les principes fondamentaux du procès équitable (*a*), d'autre part, il ne peut ignorer les dispositions impératives de la loi au regard de laquelle la sentence sera contrôlée (*b*).

### *a. Principes fondamentaux*

114. Quelles que soient les règles applicables à la procédure d'arbitrage et le siège de l'arbitrage, les arbitres ne peuvent en aucun cas s'affranchir des principes fondamentaux du procès équitable. Cela découle du statut juridictionnel de l'arbitre, tel que nous l'avons vu plus haut (*v. n° 35 et s.*). Il en va ainsi notamment du principe du contradictoire,<sup>190</sup> et du principe d'égalité de traitement des parties.<sup>191</sup> Ces principes sont qualifiés par le Professeur Catherine Kessedjian de « principes

---

<sup>190</sup> G. Bolard, *Les principes directeurs du procès arbitral*, *Rev. arb.* 2004, p.511 -- S. Guinchard, *L'arbitrage et le respect du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996)*, *Rev. arb.* 1997, p.185

<sup>191</sup> Dont le contenu reste cependant incertain - 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 -- E. Loquin, *A la recherche du principe d'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage*, *CAPJIA* 2008-2 p.5.

universels à contenu national ». <sup>192</sup> Toutes les législations modernes posent ainsi comme règle impérative le principe selon lequel les arbitres doivent veiller au caractère contradictoire des débats et à l'égalité de traitement des parties. L'article 1510 nouveau du CPC dispose ainsi que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ». Comme nous l'avons déjà dit également, on retrouve des dispositions similaires en droit allemand (*ZPO*, art. 1042 (1)), en droit anglais (*Arb. Act.*, sec. 1(a), 33(1) et 68(2)(a)), en droit suisse (*LDIP*, art. 182 al.3) ou encore en droit suédois (*Loi suédoise de 1999*, art. 24). Une sentence qui méconnaîtrait ces principes universels risquerait d'être annulée, soit au titre d'une violation directe de la loi du siège, soit au titre d'une violation indirecte du droit conventionnel applicable aux garanties du procès équitable. <sup>193</sup>

115. Il reste que les conditions dans lesquelles les arbitres doivent s'acquitter de leur devoir de respecter les garanties fondamentales du procès équitable sont parfois difficiles à définir. La question posée tient en effet à l'équilibre qu'il convient de trouver entre l'efficacité de la procédure arbitrale et le droit des parties d'être entendues. Dans la période récente, les usagers de l'arbitrage se sont inquiétés des coûts et des délais entraînés par la complexité et par la lourdeur de certaines procédures arbitrales. Or, cette complexité résulte en partie du souci des parties et des arbitres de garantir un total respect du droit d'être entendu. Le souci de limiter les coûts et les délais a ainsi conduit la CCI à constituer un groupe de travail sous la direction d'Yves Derains et Christopher Newmark, lequel a élaboré un rapport proposant aux arbitres et aux parties des « *techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage* ». <sup>194</sup> Ce débat a également eu lieu dans le contexte de la révision récente du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dont les modifications apportées en 2010 visaient notamment à réduire le temps et les coûts associés à l'arbitrage. Ainsi, le nouvel article 17.1 dispose désormais que les parties doivent avoir « une possibilité adéquate » de faire valoir leurs droits et non

---

<sup>192</sup> C. Kessedjian, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.* 1995, p.381

<sup>193</sup> V. à ce sujet Ch. Jarrosson, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme* ; *Rev. arb.* 1989, p. 573 – 607 – A. Mourre, *Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'Homme*, *CAPJIA Rec. Vol. I*, p. 22.

<sup>194</sup> *Bull. CCI*, Vol. 18/No 1 – 2007, p. 23.

plus « toute possibilité » comme le prévoyait l'ancien article 15.1 du Règlement de 1976.

116. Ces évolutions illustrent le souci des acteurs de l'arbitrage d'assurer un équilibre entre le respect du droit d'être entendu et des considérations d'efficacité et de célérité de la procédure. Ce même souci se retrouve en droit comparé. Le droit anglais adopte ainsi la formule de « *reasonable opportunity of putting his case* » (*Arb. Act., sec. 33*), plutôt que celle, plus exigeante, de « *full opportunity* ». En France, le nouvel article 1510 du CPC énonce que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction », mais la jurisprudence a estimé que la règle impose au tribunal arbitral de ne fonder sa décision sur aucun élément de fait ou de droit que les parties n'aient pas eu l'opportunité de débattre<sup>195</sup> mais qu'il n'impose pas au tribunal arbitral d'accorder aux parties une possibilité illimitée d'exposer leurs arguments.<sup>196</sup> La loi suisse précise que les parties ont le droit d'être entendues « en procédure contradictoire » (*LDIP, art. 182 al.3*), mais le Tribunal Fédéral suisse a également limité le droit des parties d'être entendues en permettant aux arbitres de régler la procédure selon ce qui leur paraît opportun pour assurer l'efficacité de la procédure.<sup>197</sup>

117. Comme nous l'avons déjà vu, le principe de la contradiction impose donc que la partie défenderesse soit informée de la procédure engagée contre elle et que chaque partie ait pu débattre des arguments de fait ou de droit sur lesquels sera fondée la sentence. Le principe impose également que les arbitres aient laissé à chaque partie un temps suffisant pour faire valoir ses arguments et pour répondre à ceux de son adversaire. (v. *supra* n° 50 - 58).

---

<sup>195</sup> V. par exemple : *CA Paris Ire sect., 17 déc. 2009, Fichtner GmbH et CO. c/ LKSUR, n° 08/16276* ; *CAPJIA 2010-1 p. 251* – *CA Paris Ire sect., 29 nov. 2007, Société Leng d'or c/ Société Pavan SPA, n°06/02783*; *Rev. arb. 2007, p. 933* – *CA Paris Ire sect., 25 mai 2000, Guignier* ; *Rev. arb. 2001, p. 199, note Ph. Pinsolle*.

<sup>196</sup> *Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672*; *JCP, 2007 II 10070, note G. Wiederkehr – E. Loquin, De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage, Rev. arb. 2010, p. 201* – *Cass. Ire civ., 16 mars 1999, Qatar c/ Creighton, N° 96-12.748*; *Rev. arb. 1999, p. 308* – *Cass. Ire civ., 28 fév. 1995, Société générale pour l'industrie c/ Société Ewbank, N° 93-18.486* ; *Rev. arb. 1995, p. 597, note D. Bureau*.

<sup>197</sup> *D. Roney A. K. Müller, "The Arbitral Procedure", in International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners, Kluwer Law International, (2004) Kluwer and Schulthess, p.49*.

### ***b. Dispositions impératives du droit du siège***

118. Les principes fondamentaux du procès équitable sont généralement sanctionnés au titre de l'ordre public procédural. Ceci est notamment affirmé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse.<sup>198</sup> Mais le droit du siège peut imposer le respect de certaines prescriptions à caractère plus local. Tel peut être le cas s'agissant du caractère admissible ou non de certaines preuves, des conditions dans lesquelles le tribunal arbitral peut délibérer, de la possibilité ou non pour une sentence d'être adoptée à la majorité, des conditions dans lesquels un arbitre exprimer une opinion dissidentes, etc.
119. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2005, constitue une bonne illustration des difficultés que peut causer la méconnaissance de telles prescriptions locales.<sup>199</sup> Dans cette affaire, la sentence fut annulée par les juridictions émiraties parce que les arbitres avaient entendu des témoins sans leur faire prêter serment, formalité qui était prescrite de manière impérative par la loi locale.

## **II. Pouvoirs de l'arbitre au cours de l'instance**

120. Afin d'accomplir sa mission, l'arbitre dispose au cours de l'instance essentiellement de deux pouvoirs. Le premier est celui de déterminer le droit applicable au fond du litige (**A**). Le second concerne l'administration de la preuve (**B**).

### ***A. Détermination des règles applicables au fond du litige.***

121. Lorsque les parties décident de recourir à l'arbitrage international pour trancher leur litige, c'est généralement parce qu'elles recherchent « un autre genre de justice »<sup>200</sup> mais c'est également pour des raisons de prévisibilité quant à la protection de leurs droits et de neutralité quant à la procédure suivie. Ceci d'autant plus lorsqu'elles viennent de différentes cultures juridiques. L'arbitrage international cherche aussi à satisfaire cette exigence de prévisibilité

---

<sup>198</sup> Ex : décision du 8 mars 2006, ATF 132 III 389.

<sup>199</sup> CA Paris Ire sect., 29 sept. 2005, *Bechtel c/ Department of Civil Aviation of Dubai*, n° 2004/07635; *Rev. arb.* 2006, p. 695, note H. Muir Watt – *Rev. crit. DIP*, 2007 p. 387, note A. Szekely.

<sup>200</sup> R. David, *On International Commercial Arbitration, Economica*, 1982

s'agissant du droit applicable à la procédure comme nous l'avons vu (v. *supra* n° 105 et s.) mais également s'agissant de du droit applicable au fond. Pour ce faire, il peut notamment associer une clause de choix de la loi à la loi du contrat. Comme l'a expliqué la Cour suprême américaine, « L'incertitude est presque inévitable s'agissant de tout contrat qui touche deux ou plusieurs pays, chacun avec ses propres règles de fond et ses propres règles de conflit de lois. Une disposition contractuelle précisant à l'avance le forum dans lequel les différends doivent être débattus et la loi à appliquer est donc une condition nécessaire pour assurer la régularité et la prévisibilité indispensable à toute transaction commerciale internationale. [En l'absence de tels accords, on pénètre dans] une atmosphère risquée ... un *no man's land* légal [qui] endommagerait certainement le tissu du commerce international, mettant en péril la volonté et la capacité des entrepreneurs à conclure des accords commerciaux internationaux ».<sup>201</sup>

122. Néanmoins, la détermination de la loi applicable au fond du litige peut soulever certaines difficultés incompatibles avec les exigences de prévisibilité et de rapidité que les parties à un arbitrage international recherchent. Des auteurs ont ainsi pu noter que «La liberté [dont les tribunaux arbitraux internationaux possèdent dans le choix de la loi régissant le fond] est utile dans certains cas. Cependant, elle a également pu conduire à une certaine imprévisibilité. Avec l'utilisation croissante de l'arbitrage international, cette incertitude est aussi devenue un sujet de préoccupation pour les parties. Ils ne voient aucun intérêt à l'imprévisibilité des règles conflits de lois. Ils ont besoin d'un certain degré de certitude quant au droit applicable, lors de la rédaction de leur contrat, lorsqu'ils cherchent à régler leur différend à l'amiable et quand

---

<sup>201</sup> Version originale: "Uncertainty will almost inevitably exist with respect to any contract touching two or more countries, each with its own substantive laws and conflict-of-laws rules. A contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction. [Absent such agreements, one enters] the dicey atmosphere of ... a legal no-man's-land [which] would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements."; *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 516-17 (U.S. S.Ct. 1974) – *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (U.S. S.Ct. 1985) – L. Collins (ed.), *Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws* ¶¶12-087 et seq. (14th ed. 2006).

ils recourent à l'arbitrage » ou encore que « la généralisation relative [aux problèmes de choix de loi dans l'arbitrage commercial international] peut être trompeuse ». <sup>202</sup> Il apparaît ainsi plus pertinent pour certains de rejeter dans le cadre de l'arbitrage international toutes considérations relatives au droit international privé. En 1953, le doyen Prosser écrivait à la *Michigan Review* : « Le royaume des conflits de lois est un marécage lugubre truffé de fondrières mouvantes et peuplés par des professeurs érudits mais excentriques qui théorisent de mystérieuses matières dans un jargon étrange et incompréhensible. Le juge ordinaire comme l'avocat se perdent lorsqu'ils s'y engouffrent et s'y empêtrent ». <sup>203</sup> On pourrait considérer que plutôt que de perdre leur temps sur des questions purement théoriques, les arbitres devraient donc se contenter d'adopter des solutions pragmatiques pour déterminer la loi applicable au litige qui leur est soumis.

123. En réalité cependant, les questions de droit international privé ou de droit comparé, pour abstraites qu'elles puissent paraître, revêtent une importance pratique capitale. <sup>204</sup> Des sujets qui ont donné lieu à d'importants débats doctrinaux en droit international privé, tel que la validité des clauses de stabilisation dans les contrats internationaux ou encore les effets d'un choix de loi par les parties qui annule tout ou partie du contrat, constituent ainsi des questions clés dans la résolution de certains arbitrages. <sup>205</sup> Plusieurs auteurs parlent aussi désormais de « droit international privé de l'arbitre » ou encore de « droit international privé de l'arbitrage ». <sup>206</sup>

124. Nous verrons ici quels sont les pouvoirs de l'arbitre international quant à la détermination de la loi applicable au fond (1), avant d'étudier le pouvoir de juger en amiable compositeur ou en équité (2).

---

<sup>202</sup> Traductions libres de: Lando, *Conflict-of-Law Rules for Arbitrators*, in *Festschrift für Konrad Zweigert* 157, 159 (1981) – Grigera Naón, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, 289 *Recueil des Cours* 9, 27 (2001); cités dans G. Born, *op. cit.*, p. 2107.

<sup>203</sup> William L. Prosser, *Interstate Publication*, 51 *MICH. L. REV.* 959, 971 (1953).

<sup>204</sup> E. Gaillard, *The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law*, in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> éd., 2008, p. 171.

<sup>205</sup> *Ibid* ; avec pour exemple supplémentaire la question des dommages punitifs reconnus dans certains pays mais pas dans d'autres.

<sup>206</sup> P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, p. 396 – J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, 7.2.

## 1) Détermination de la loi applicable au fond.

125. Si en vertu du principe d'autonomie, les arbitres sont tenus de respecter la volonté des parties (*b*), ils disposent néanmoins d'une large liberté pour déterminer la loi applicable au fond (*c*) et ce indépendamment de la loi du siège (*a*).

### *a) Indépendance de la loi du siège, absence de lex fori.*

126. Selon une conception ancienne prévalant dans les pays de droit civil comme dans les pays de Common Law, en cas de silence des parties, l'arbitre chargé de trancher un litige international était tenu d'appliquer les mêmes règles de conflit de lois que le juge étatique. L'article 11 de la Résolution relative à l'arbitrage en droit international privé adoptée par l'Institut de droit international le 26 septembre 1957 disposait ainsi que « les règles de conflit de lois en vigueur dans l'Etat du siège de l'arbitrage doivent être appliquées afin de déterminer la loi applicable au fond du litige ». Cette solution est encore défendue par certains auteurs<sup>207</sup> et a été appliquée jusqu'à une période récente.<sup>208</sup> L'argument avancé étant que dès lors que les parties ont choisi le siège de l'arbitrage, elles peuvent légitimement s'attendre à ce que la loi applicable au fond, si elle n'a pas été déterminée, sera la loi applicable en vertu des règles de conflit de lois dudit siège. Un auteur américain affirmait ainsi qu'« il est communément admis que les parties qui ont choisies un siège pour leur arbitrage se sont implicitement entendues sur l'applicabilité tant de la loi procédurale que de la loi au fond de ce siège ».<sup>209</sup> Cette conception semble cependant avoir été moins suivie dans les pays de droit civil.<sup>210</sup> Toutefois, comme nous l'avons vu pour la détermination des règles applicables à la procédure (*v. n° 105 et s.*), la désignation du siège a en réalité une signification mineure et reflète plus des considérations pratiques que des considérations juridiques.

---

<sup>207</sup> H. Holtzmann, D. Donovan, *United States, in ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, J. Paulsson ed., 2001, p. 44.

<sup>208</sup> *Affaire CCI n° 5551 de 1988*; *Bull. CCI 1996*, Vol. 7, n°1, p.82. – *PPG Indus., Inc. v. Pilkington plc*, 825 F.Supp. 1465 (D. Ariz. 1993).

<sup>209</sup> A. Ehrenzweig, *Conflict of Laws*, 1962, p.540: "it is widely held that the parties who have chosen a place of arbitration have thus impliedly agreed on the applicability of both the procedural and substantive law of that place."

<sup>210</sup> *Affaire CCI n°2735*; 104 J.D.I. (Clunet) 947 (1977) – *Affaire CCI n°2391*; 104 J.D.I. (Clunet) 949 (1977), citées dans G. Born, *op. cit.*, p. 2122.



127. La plupart des conventions internationales (*ex* : *Convention européenne, art. VII(1)*), législations (*CPC, art. 1511 al. 1<sup>er</sup> – LDIP, art. 187 al. 1<sup>er</sup>*) et règlements (*R. CCI, art. 17 (1) – R. LCIA, art. 22.3 – R. AAA, art. 28 (1)*) modernes ont ainsi supprimé toute référence au siège s’agissant de la détermination de la loi du fond. On constate la même tendance en doctrine<sup>211</sup> et dans la jurisprudence arbitrale. Dans l’affaire CCI n°11264, un tribunal arbitral constitué essentiellement de juristes de Common Law a ainsi estimé qu’en vertu de l’article 28 (2) de la loi-type CNUDCI de 1985, il n’était pas tenu d’appliquer les mêmes règles de conflit de lois du siège que le juge et qu’il jouissait d’une plus grande discrétion.<sup>212</sup> La majorité des auteurs justifient ce rejet de l’application de la loi du siège par le fait que l’arbitre n’a pas de for et que l’ancienne conception va à l’encontre de la prévisibilité des parties.<sup>213</sup> D’autant plus lorsque le siège est déterminé par une institution d’arbitrage.<sup>214</sup>

128. L’indépendance de la loi applicable au fond de la loi du siège vaut également s’agissant des règles impératives du siège, notamment des lois de police. Ces dernières ne lient en effet que les juges nationaux et non les arbitres. Ainsi, par exemple, un arbitre siégeant dans un Etat de l’Union européenne n’est pas tenu d’appliquer l’article 7 du Règlement Rome II selon lequel le juge peut donner effet aux lois de police d’un pays tiers ayant un lien avec le litige et doit respecter les lois de police du for quelle que soit la loi choisie par

---

<sup>211</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, §1538 – G. Born, *International Commercial Arbitration in the United States-Commentary & Material*, 2000, 103-06 – E. Gaillard & Ph. Pinsolle, *Advocacy in International Commercial Arbitration: France*, in R. Bishop (ed.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2004, p.133-146: *l’application « des règles de conflit du siège de l’arbitrage... est aujourd’hui obsolète et presque entièrement abandonnée »*.

<sup>212</sup> *Affaire non publiée mais citée dans E. Gaillard, The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law, op. cit.*, p. 182.

<sup>213</sup> Lew, *Conflict of Laws Rules in Arbitration*, in A. van den Berg (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings, The Law Applicable in International Arbitration*, 1996, p.447: *“in international commercial arbitration, there is no ‘national’ jurisdiction or conflict of law rules, and no lex fori”* – W. Craig, W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3<sup>e</sup> ed., 2000, 17.01 – J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, n°17-51 à 17-55 – J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°678.

<sup>214</sup> D. Caron, L. Caplan, M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 132 (2006): *“where the private international law rules of the home countries of both parties point to the same applicable substantive law” it is preferable to apply those rules, rather than a different rule of the arbitral seat, which could select an unforeseen rule.*

les parties. De même, un arbitre siégeant aux Etats-Unis ne sera pas tenu d'appliquer la section 187 (2) (b) du Restatement Second of Conflict of Laws selon lequel la loi choisie par les parties s'applique, à moins « que l'application de la loi de l'Etat choisie ne soit contraire à une loi de police d'un Etat qui a des liens plus importants avec les questions soulevées par l'affaire et qui, en vertu de la section 188, serait l'Etat dont la loi devrait être applicable en l'absence d'élection de for par les parties ».<sup>215</sup>

129. Toutefois, malgré l'affirmation de l'indépendance de la loi choisie par les arbitres vis-à-vis de la loi du siège aujourd'hui, on constate des atténuations dans certains pays. L'application des règles de conflit de lois est en effet impérative dans certains pays dès lors que l'arbitrage y a son siège. C'est notamment le cas de la Suisse, de l'Allemagne ou de l'Angleterre.<sup>216</sup> Un arbitre a ainsi pu énoncer dans une sentence finale qu'un arbitrage dont le siège est en Angleterre devait, en vertu de la loi anglaise, appliquer les règles anglaises de droit international privé pour déterminer la loi applicable au fond : « Le lieu de l'arbitrage est Londres, or pour toute question relative au choix de loi je dois donc appliquer les règles appropriée du droit international privé anglais ».<sup>217</sup>

***b) Respect de la volonté des parties et des usages du commerce.***

130. A défaut de choix de droit applicable au fond par les parties, l'arbitre doit déterminer le droit applicable. Il ne dispose pas cependant d'une aussi grande liberté que celles-ci et doit respecter les restrictions posées par la loi d'arbitrage. L'article 35.3 du Règlement CNUDCI dans sa version de 2010 dispose ainsi que : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat, le cas échéant, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération ».

---

<sup>215</sup> Restatement Second of Conflict of Laws, sect. 187 (2) (b): "application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties".

<sup>216</sup> G. Born, *On Commercial Arbitration*, 2009, p. 2114-2115.

<sup>217</sup> Sentence finale de l'affaire CCI n°5460; XIII Y.B. Comm. Arb. 104 (1988): "The place of this arbitration is London, and on any question of choice of law I must therefore apply the relevant rules of the private international law of England."

131. Il doit donc en premier lieu respecter les intentions des parties tant s'agissant de l'élection de droit que s'agissant de la méthode à adopter pour y arriver. Sans aller jusqu'à désigner la loi applicable au fond, il arrive en effet que les parties donnent de manière plus ou moins directe des indications qui vont alors renseigner les arbitres sur la loi à appliquer. Ceci peut notamment consister en la référence à un règlement d'arbitrage ou encore à une méthode particulière de détermination.<sup>218</sup> Il arrive également en de plus rares occasions que les parties demandent au tribunal arbitral d'appliquer les règles de droit international privé d'un pays afin de déterminer la loi à appliquer.<sup>219</sup>
132. Il est par ailleurs largement admis aujourd'hui que les parties peuvent également choisir une méthode de détermination de la loi du fond en se référant à divers corps de règles. Comme l'on rappelé Ph. Fouchard et E. Gaillard cependant, la référence par les parties à la *lex mercatoria* repose plus sur la compréhension d'une méthode que sur la recherche d'une hypothétique liste de principes généraux du droit du commerce international.<sup>220</sup> Toutefois, ces principes généraux du droit commerce international constituent les composantes cette *lex mercatoria*.
133. Dans le cadre de la méthode du « tronc commun », on va ainsi considérer que l'absence d'élection de règles applicables au fond ne présuppose ni avec l'acceptation par les parties des solutions convergentes de leur droit respectif, ni l'exclusion de leurs différences. L'idée est qu'à partir du moment où les parties sont entrées dans une relation contractuelle, même en cas de silence, elles ont néanmoins créé un cadre à partir duquel l'arbitre va pouvoir dégager un certain nombre de règles.<sup>221</sup> Toutefois, il semble que les parties qui choisissent une méthode de détermination de la loi du fond le font généralement en référence à des textes non étatiques. Il peut s'agir de codifications internationales telles que les principes UNIDROIT, les principes Lando sur le

---

<sup>218</sup> E. Gaillard, *op. cit.*, p. 186.

<sup>219</sup> *Affaire CCI n°1250, 1964; Y.B Comm. Arb. 1980, p. 168 : dans cette affaire, les parties avaient lors d'une audience demandé aux arbitres de déterminer la loi applicable au contrat selon les règles de conflit du droit français.*

<sup>220</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, §1455.

<sup>221</sup> V. sur ce point: B. Ancel, *The Tronc Commun Doctrine: Logics and Experience in International Arbitration, Journal of International Arbitration, 1990 V. 7, p. 65.*

droit européen des contrats ou encore la liste de principes dégagé par le Center for Transnational Law (CENTRAL).<sup>222</sup>

**c) *Autonomie de l'arbitre dans la détermination de la loi applicable au fond.***

134. Bien qu'elles conduisent à des résultats plus ou moins similaires, on peut distinguer trois méthodes de détermination de la loi applicable par les arbitres.

135. La première consiste pour l'arbitre à identifier la règle de conflit de lois qu'il va appliquer. Pour ce faire, il peut procéder de deux manières différentes. Tout d'abord, l'arbitre peut utiliser la méthode dite cumulative, par laquelle il va prendre en compte toutes les règles de conflit de lois posées dans les différents ordres juridiques en relation avec le litige. Dès lors que ces règles désignent une même loi, alors l'arbitre applique cette loi au fond du litige. Cette méthode a l'avantage d'assurer une certaine prévisibilité aux parties. Néanmoins, elle présente une limite en cas de conflit de lois positif, lors que les différents ordres se reconnaissent tous compétence, ou négatif, c'est-à-dire dès lors que l'application cumulative des règles de conflit ne désigne aucune loi.<sup>223</sup> L'arbitre peut également se référer aux principes généraux du droit international privé. Avec cette seconde approche, l'arbitre va procéder à une étude comparatiste des règles de droit international privé de chaque ordre juridique en relation avec le litige afin de dégager des principes transnationaux.<sup>224</sup> Rien n'empêche que ces deux approches soient cumulées. Cette première méthode est aujourd'hui la plus répandue. Elle est ainsi posée par la Convention européenne de 1961<sup>225</sup>, la loi-type CNUDCI (art. 28.2) ainsi que de nombreuses législations (*Arb. Act, sect. 46.3 – ZPO, §1051.2*).

136. La deuxième méthode consiste à appliquer la règle de conflit de lois prévue par le droit du siège dès lors qu'il

---

<sup>222</sup> E. Gaillard, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?*; 17 *Arb. Int'l* 59 (2001).

<sup>223</sup> P. Mayer, *Reflections in the International Arbitrator's Duty to Apply the Law*, in *The 2000 Freshfields Lecture*, 17 *Arb. Int'l* 235, 238, 2001.

<sup>224</sup> E. Gaillard, *op. cit.*, p. 192.

<sup>225</sup> L'article VII.1 dispose ainsi: "Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce... »

s'agit d'une disposition spécifique à l'arbitrage international. Il s'agit là de l'application du principe de proximité. On le retrouve initialement à l'article 4 al. 1<sup>er</sup> de la Convention de Rome de 1980, duquel les législateurs allemand et italien ont pu s'inspirer (*ZPO*, §1051 al. 2 – *CPCI*, art. 834 al. 1<sup>er</sup> anc.). C'est cependant la Loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987 qui a la première appliqué ce principe de proximité à l'arbitrage international. On parle aussi de « méthode suisse ». L'article 187 al. 1<sup>er</sup> de la LDIP dispose en effet que « Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits ». La plus importante critique qui a été faite à cette méthode était de passer par une règle de conflit alors qu'il suffirait de choisir directement et de manière pragmatique la loi à appliquer. Cette approche objective est néanmoins relativement flexible et donne en pratique aux arbitres une totale liberté de choix tout en renforçant la prévisibilité pour les parties.<sup>226</sup>

137. La troisième méthode, qualifiée de « voie directe », permet à l'arbitre de choisir directement la loi applicable qu'il est estime appropriée et ce sans passer par une quelconque règle de conflit de lois. Cette méthode qui est la plus libérale<sup>227</sup>, est apparue pour la première fois en France avec le décret de 1981. On la retrouve aujourd'hui à l'article 1511 al.1<sup>er</sup> CPC qui dispose que « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ». Cette méthode connaît aujourd'hui un grand succès puisqu'elle a été adoptée par les plus importants règlements d'arbitrage (*R. CCI*, art. 17.1 – *R. LCIA*, art. 22.3 – *R. AAA International Arbitration Rules*, art. 28 (1)), y compris le Règlement CNUDCI depuis 2010.<sup>228</sup> Toutefois, cette méthode ne dispense pas les arbitres de justifier leur choix. Selon J.-F. Poudret et S. Besson, le choix directe de la loi

---

<sup>226</sup> E. Gaillard, *op. cit.*, p. 190 – J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°687 b).

<sup>227</sup> Selon certains auteurs, cette méthode donne une « liberté absolue » à l'arbitre en l'absence de choix de loi par les parties. V. Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, §1537.

<sup>228</sup> Contrairement à l'ancien article 33 qui imposait au tribunal arbitral d'appliquer la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il jugeait applicable en l'espèce, le nouvel article 35.1 dispose désormais que « Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée ».

applicable doit être avant tout objectif et prévisible par les parties.<sup>229</sup>

138. Une fois la loi applicable au fond désignée, se pose enfin la question de la détermination de son contenu. Celle-ci peut se faire de différentes manières. Elle peut être le fait du Tribunal arbitral, ressortir aux parties, à un expert ou encore être confiée à un tiers en tant qu'*amicus curiae*. Dès lors que la détermination du contenu revient en tout ou partie à l'arbitre<sup>230</sup>, cela ne va pas sans poser de difficulté dans la mesure où la loi désignée peut être une loi différente de celle ou de celles auxquelles il a été formé. Un auteur a ainsi posé le problème de la façon suivante : « En revenant sur les affaires dans lesquelles j'ai été impliquée en tant qu'arbitre [...] je réalise que j'ai résolu des différends en droit allemand, français, anglais, polonais, hongrois, portugais, grec, turc, libanais, égyptiens, tunisiens, marocains, soudanais, du Libéria, le coréen, thaïlandais, argentins, colombiens, vénézuéliens, de l'Illinois, de New York [...] et en droit suisse. Est-ce que je connais ces lois? Mis à part la loi de New York, que j'ai appris il y a plusieurs années mais que je ne saurais plus aujourd'hui prétendre connaître, et le droit suisse, que je pratique [...] la réponse est clairement non. Alors, comment ai-je pu appliquer une loi qui m'est inconnue? L'ai-je ignorée? Me suis-je fondée sur les faits et l'équité? Comment ai-je pu être formée à cette loi? Comment un conseil a-t-il pu m'apprendre? ».<sup>231</sup> L'arbitre va différemment envisager la détermination du contenu du droit applicable au fond du litige selon qu'il vienne d'un pays de Common Law ou d'un pays de droit civil. Concernant les juges nationaux, tandis que les premiers sont fondés sur la conviction que la vérité doit être mise à jour par la confrontation des intérêts personnels des parties, les systèmes de droit civil sont fondés sur la conviction que la justice est mieux servie par l'octroi au juge de larges pouvoirs d'investigation, en coopération avec les parties ou, éventuellement, indépendamment selon la maxime *iura novit curia*. Mais ceci vaut-il pour l'arbitrage international? En effet, l'arbitre n'a pas de for, donc pas d'ordre public spécifique à protéger. Cette

<sup>229</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, p. 587.

<sup>230</sup> A noter qu'il s'agit là d'un pouvoir de l'arbitre et non d'une obligation comme l'a souligné un auteur : A. Dimolitsa, *The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law* ; Bull. ASA 2009, p. 426

<sup>231</sup> Traduction libre; G. Kaufmann-Kohler, *The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions*, 21 *Arb. Int'l*, 2005, p. 631

divergence entre Common Law et droit civil ne vaut donc a priori pas pour l'arbitrage. Cependant sur cette question, en dehors notamment de l'*Arbitration Act* anglais et du Règlement de la LCIA<sup>232</sup>, qui sont assez explicites quant au rôle de l'arbitre dans la détermination du contenu de la loi, la plupart des législations et règlements sont silencieux sur cette question.<sup>233</sup> En l'absence de principes transnationaux clairs, l'International Law Association a publié en 2008 une étude sur cette question<sup>234</sup> de laquelle il ressort que « sauf dans les cas exceptionnels où les parties se sont entendues sur la question, les arbitres devront décider comment aborder le contenu de la question du droit, sans aucune règle générale pour les guider. La liberté des arbitres à ce sujet est très large. La question en tant que question de procédure est ainsi régie par un pouvoir discrétionnaire des tribunaux arbitraux. Les ordonnances et les sentences des tribunaux arbitraux ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou d'une exception d'exécution, sauf en cas de violation de l'impartialité, de la contradiction, d'excès de pouvoir ou pour violation de l'ordre public. Par ailleurs, si et dans la mesure où le problème serait de fond (par exemple, quand le contenu des règles applicables ne peut pas être suffisamment déterminé ou encore lorsque les parties renoncent à l'application de la loi applicable), une erreur de droit ne constitue pas un motif suffisant pour refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence selon la Convention de New York, ni, dans la plupart des systèmes juridiques modernes, pour l'annuler. Dès lors, une sentence ne

---

<sup>232</sup> *Arb. Act, s. 34 (1) (2) g): "It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter. Procedural and evidential matters include— [...] whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law..."* – R. LCIA, art. 22.1 c): "*Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views: [...] to conduct such enquiries as may appear to the Arbitral Tribunal to be necessary or expedient, including whether and to what extent the Arbitral Tribunal should itself take the initiative in identifying the issues and ascertaining the relevant facts and the law(s)..."* – *On trouve des dispositions similaires dans les lois néerlandaise (art. 1044) et danoise (sect. 27 (2)).*

<sup>233</sup> J. Kolber, *The Arbitrator Ascertaining the Applicable Law, in Walking a Thin Line What an Arbitrator can do, must do or must not do*, Bruylant, 2010, p.121.

<sup>234</sup> *Résolution 1/2008 adoptée par l'ILA lors de sa session de Rio de Janeiro du 17-21 août 2008 et Rapport de M. W. Friedman et L. G. Radicati di Brozolo - <http://www.ila-hq> – V. version française in Rev. arb. 2009, p. 445, note D. Bensaude – CAPJIA 2009-2 p.5, note F.-X Train.*

saurait être annulée ou déclarée inexécutoire simplement parce que le Tribunal s'est trompé dans la détermination du contenu de la loi jugée applicable par elle». <sup>235</sup> Cette étude fournit ainsi des recommandations aux arbitres. <sup>236</sup>

## 2. Pouvoir de juger en amiable composition ou en équité.

139. Il arrive que les parties demandent aux arbitres non pas de statuer selon la loi ou selon la *lex mercatoria* mais en tant qu'amiables compositeurs ou en équité. Ceci doit être expressément prévu par les parties. L'article 35 al. 2 du Règlement CNUDCI dispose ainsi que « Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'*amiable compositeur* ou *ex aequo et bono* que s'il y a été expressément autorisé par les parties ».

140. La notion d'amiable composition est notamment apparue avec l'article VII §2 de la Convention de Genève de 1961 selon lequel « les arbitres statueront en amiable compositeurs si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le permet ». S'inspirant de cette formule, en France, l'article 1512 CPC reprend l'ancien article 1497 et dispose que « [l]e tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission ». Dans un arrêt du 28 novembre 1996, <sup>237</sup> la Cour d'appel de Paris a ainsi défini la clause d'amiable composition comme « une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige ».

141. Dans d'autres pays de droit civil, notamment en Suisse (*LDIP*, art.187 al. 2), en Allemagne (*ZPO*, §1051 al. 3) et en Italie (*CPCI*, art. 822), on ne mentionne que l'arbitrage en équité. Il est à distinguer de l'amiable composition en ce qu'il constitue une approche différente et confère à l'arbitre des pouvoirs encore plus larges. Comme le soulignent J.-F. Poudret et S. Besson, « il tourne le dos au droit positif pour ne s'attacher qu'aux données concrètes du cas à trancher, alors que

---

<sup>235</sup> *Ibid*, p. 16.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>237</sup> *CA Paris*, 28 nov. 1996, *Société CN France*; *Rev. arb.* 1997, p. 380, note E. Loquin



l'amicable composition part et devrait partir de la loi applicable et du contrat pour en modérer éventuellement les effets jugés trop rigoureux.<sup>238</sup>

142. Dans les pays de Common Law, les *equity clauses* sont tout autant admises et les parties peuvent décider, par exemple, dans leur convention d'arbitrage que les arbitres devront trancher « selon une interprétation équitable plutôt que selon une interprétation strictement légale ». <sup>239</sup> Par ailleurs, en Angleterre, si les *equity clauses* ont eu du mal à être acceptées pendant longtemps par la doctrine, l'Arbitration Act de 1996 a implicitement consacré à la section 46 (1) b) tant l'arbitrage en équité que l'amicable composition. <sup>240</sup>

143. Ce pouvoir de statuer en amiable compositeur ou en équité peut être interprété de différentes manières. Il peut signifier, par exemple, que le tribunal arbitral n'appliquera que les règles de droit pertinentes en ignorant toutes les règles qui sont purement formelles, ou celles dont l'application au cas d'espèce s'avère dure ou injuste. Cela peut également signifier que le tribunal arbitral pourra ignorer complètement les règles de droit et de trancher l'affaire sur le fond comme il l'entend. Néanmoins, la plupart des auteurs sont hostiles à l'éviction totale de la loi et s'entendent sur le fait que l'arbitre qui statue en amiable compositeur ou en équité doit respecter les principes généraux du droit et l'ordre public international <sup>241</sup> afin de satisfaire à son obligation de rendre une sentence exécutoire. Il n'est cependant pas tenu aux règles impératives, comme l'a jugé le Tribunal fédéral suisse. <sup>242</sup>

### ***B. Administration de la preuve.***

144. Traditionnellement incluse dans les questions de procédure et généralement laissée aux soins du tribunal arbitral (*ZPO*, § 1042 al.4 – *Arbitration Act 1996*, s. 34 (2) f) – *LDIP*, art. 184 – *CPC*, art. 1467), la question de l'administration de la preuve est marquée par une certaine divergence entre les pays de Common Law et

---

<sup>238</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°710.

<sup>239</sup> A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, n° 3.198.

<sup>240</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°720.

<sup>241</sup> A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, n°3.199 – J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°714 et 717.

<sup>242</sup> ATF 107 Ib 63; *JdT* 1983 I 230; cite dans J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n°717, note 275.

les pays de droit civil.<sup>243</sup> En effet, dans les premiers, l'administration de la preuve affèrent presque intégralement aux parties tandis que dans les seconds, le juge étatique joue un rôle beaucoup plus actif au cœur de la procédure.

145. Ainsi, dans les pays de Common Law, les pouvoirs du juge ne sont pas moindres mais ils sont différemment orientés. Ils visent à organiser une procédure loyale, qui place les parties sur un pied d'égalité notamment en ce qui concerne la connaissance des faits. Sous la menace de sanctions pénales, il peut ordonner à une partie ou à un tiers de remettre à une autre partie tous les documents en sa possession relatifs à l'affaire et contraindre de nombreux témoins à être soumis à l'interrogatoire des conseils des parties. A la différence du juge des pays de droit civil, il n'agit pas *proprio motu*, mais à la demande d'une partie. La pertinence de cette demande est appréciée de façon extrêmement large, en partant du principe que seule une connaissance de l'ensemble des faits de l'affaire permettra ensuite à chacune des parties de formuler ses demandes en termes juridiques précis. Dans une autre optique, le juge des pays de droit civil conduit la procédure en fonction de cet objectif. C'est ainsi qu'il peut restreindre le débat aux points qu'il estime pertinents pour trancher le problème juridique qui lui est soumis, rejeter des offres de preuve qui lui paraissent inutiles, interroger lui-même les témoins ou décider des questions que les conseils des parties seront autorisés à leur poser, ordonner la production de certains documents alors qu'aucune des parties ne le lui demande. De même, le juge des pays de droit civil est habilité à soulever des points de droit non évoqués par les parties, pourvu qu'il les invite à en débattre pour respecter le principe de la contradiction. Il peut user et abuser du pouvoir de nommer des experts, s'il considère que c'est le meilleur moyen d'établir certains faits. Aussi, dans la mesure où le juge de droit civil semble donner plus de poids à la preuve documentaire qu'à la preuve testimoniale, à l'inverse du juge de Common Law, afin de faire preuve de neutralité culturelle, l'arbitre international doit procéder à une synthèse de ces diverses traditions juridiques. On constate

---

<sup>243</sup> Y. Derains, *La Pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*; *Rev. arb.*, 2004, p. 781 – G. Bernini, *The Civil Law Approach to Discovery : a Comparative Overview of the Taking of Evidence in the Anglo-American and Continental Arbitration systems* ; in *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Ed., 2008, p. 265.

cependant, en pratique, que les tribunaux arbitraux vont dans la plupart des cas se fonder prioritairement sur les preuves documentaires.<sup>244</sup>

146. En effet, malgré ces différences d'approches, on remarque ce mouvement vers une certaine uniformité, notamment avec les règles de l'IBA relatives à l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international. Ces-dernières prévoient des mécanismes pour la production de documents, la présentation de témoins de faits et de témoins experts, la réalisation d'inspections et la tenue des audiences sur la preuve. Elles peuvent être adoptées ou appliquées, en totalité ou en partie, tant dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* que dans le cadre d'un arbitrage institutionnel. Elles recommandent, par exemple, au tribunal arbitral de consulter les parties le plus tôt possible sur l'administration de la preuve et d'inciter les parties à se mettre d'accord sur des modalités efficaces et économes (*art. 2.1*), elles obligent les parties à agir de bonne foi tout au long de l'arbitrage concernant l'administration de la preuve (*préambule, § 3*).

147. Après avoir étudié l'administration de la preuve écrite (1), nous nous pencherons sur la preuve orale (2) et les inspections de l'objet litigieux (3).

### 1) Administration de la preuve écrite.

148. On distingue dans la preuve documentaire les documents qui sont avancés par les parties dans les premiers instants de la procédure arbitrale, que ce soit au moment des premières observations écrites ou des premiers échanges de mémoires, des documents qui sont par la suite demandés par l'autre partie ou par le tribunal arbitral au cours de la procédure.

149. Cette deuxième catégorie pose un certain nombre de difficultés dans l'arbitrage international. En effet, l'arbitre n'ayant pas de for, contrairement aux contentieux et arbitrages internes où l'on applique généralement les règles de procédure civile internes, en l'absence d'accord entre les parties, les règles relatives à la preuve documentaire n'étant pas d'office gouvernées ni par la *lex causa* ni par la *lex arbitri*. Aussi, afin de prévenir les problèmes et les pertes de temps et d'argent qui pourraient survenir du fait de l'existence de régimes de preuve documentaires

---

<sup>244</sup> Y. Derains, *op. cit.*

différents, les règles de l'International Bar Association ont été élaborées en 1999 (les versions précédentes n'étant pas adaptées à l'arbitrage international) et révisées en 2010.

150. Les règles de l'IBA relatives à l'administration de la preuve définissent ainsi les documents comme étant tout écrit, communication, image, dessin, programme ou donnée de quelque nature qu'elle soit, aussi bien enregistrée que conservée sur support papier ou électronique, audio, visuel ou par tout autre moyen. L'article 3 dispose de manière assez détaillée le principe selon lequel les parties doivent fournir au tribunal arbitral tout document sur lequel elles entendent se fonder. Par ailleurs, en cas d'objection par une partie de produire un document demandé, celle-ci doit formuler son objection par écrit au Tribunal arbitral et aux parties dans le délai imparti par le tribunal. Les règles de 2010 ont d'ailleurs apporté des précisions quant à la preuve électronique, en favorisant notamment l'*e-disclosure*, qui permet la recherche de données électroniques dans le but de produire lesdits documents électroniques devant une cour ou un tribunal.<sup>245</sup> La partie sollicitant la production peut aussi identifier, ou le tribunal peut lui ordonner d'identifier, des fichiers, des mots-clés ou d'autres moyens permettant de chercher les documents électroniques de façon économique et efficace, pour que la requête de production de document soit acceptée.

151. Les choses peuvent encore se compliquer lorsque des documents qui paraissent nécessaires à la résolution du litige sont en possession de tiers qui refusent de faire suite à la requête d'une partie ou du tribunal arbitral. Ce dernier, dépourvu d'imperium (v. *supra* n° 33 - 35), n'a en effet aucun moyen lui permettant d'exiger directement à des tiers à l'instance de produire un quelconque document. Néanmoins, dans certains pays, les tiers peuvent être cités à comparaître lors des audiences afin de produire un document demandé. Cela se fait généralement avec l'aide du juge étatique. Ainsi, à titre d'exemples, la Section 43 de l'Arbitration Act 1996 permet à une partie de demander au juge d'exiger la comparution d'un tiers relevant de sa juridiction et la production d'un document en sa possession. Par ailleurs, en droit français, l'article 1469 CPC donne au président du tribunal de grande instance, compétent en

---

<sup>245</sup> v. sur cette notion : R. Smit / T. Robinson, *E-Disclosure in International Arbitration, International Arbitration*, 2008, vol. 24 no. 1, p. 105

vertu des règles de droit commun (et non au juge d'appui de la procédure comme en droit suisse – *art. 184 LDIP*), le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire des éléments de preuve dont la communication serait nécessaire pour trancher le litige. Cette dernière mesure ne pouvant être ordonnée que si le tribunal arbitral y consent.

152. Le tribunal arbitral veille, en outre, au respect de la confidentialité des preuves. Ceci est posé à l'article 9.2.b des règles de l'IBA qui permet de rejeter une preuve pour cause d'empêchement légal ou de privilège de non-divulcation. Cependant, l'article 9.3 établissant une liste de faits justifiant ce rejet. Notamment, ne peut être produit un document créé dans l'objectif de donner ou demander un conseil juridique (*art. 9.3.a*) de même que les documents échangés ou produits pendant les négociations (*art. 9.3.b*). L'article 9.3.e) ajoute aussi comme critère de rejet, l'objectif d'égalité entre les parties, notamment quand les documents ne sont pas protégés de la même façon selon les systèmes juridiques. Cela est le cas, par exemple, entre la France où les documents échangés entre une partie et un conseil sont protégés par la confidentialité et l'Angleterre où ils ne le sont pas. L'article 9.4 des règles de l'IBA pose qu'afin de protéger la confidentialité, le tribunal arbitral peut prendre un certain nombre de mesures et l'article 9.5 pose, quant à lui, qu'une partie qui, sans raison satisfaisante, ne produit pas tout document à l'égard duquel une autre partie a formulé une demande de production et à laquelle elle n'a pas formulé d'objection dans le délai imparti ou ne produit pas tout document dont la production a été ordonnée par le tribunal arbitral, ce dernier peut en déduire que ce document est contraire aux intérêts de cette partie. Un document détruit à la suite de la survenance du litige emporterait ainsi suspicion de la part du tribunal envers le détenteur du document.
153. Enfin, il fréquent que les la langue des documents produits ne soit pas connues de tous les acteurs de l'arbitrage, aussi est-il nécessaire que soient joints aux documents originaux des traductions certifiées.

## **2) Administration de la preuve orale.**

154. Contrairement aux preuves écrites où les demandes de *discovery* continuent de susciter des incidents répétés, la pratique arbitrale en matière de preuve orale est aujourd'hui largement inspirée de règles d'origine anglo-américaines. Le pouvoir correcteur de l'arbitre permettant cependant, dans leur mise en œuvre, de les adapter aux attentes des parties d'origine continentale et d'éviter les excès de la pratique judiciaire américaine.
155. Toutefois, même si les témoignages de fait jouent un rôle complémentaire à celui de la production documentaire en ce qu'ils permettent au tribunal arbitral de remplir sa fonction d'administration des preuves, les témoins de faits ont néanmoins souvent en pratique des liens économiques très étroits avec les parties, ce qui peut amoindrir leur crédibilité. Pourtant, comme l'indiquent les règles 2010 de l'IBA, qui reprennent la pratique contemporaine de l'arbitrage, « toute personne peut témoigner, y compris une partie ainsi qu'un dirigeant, un employé ou un autre représentant d'une partie » (*art. 4.2*). Les règles de l'IBA ainsi vont dans le même sens que le Règlement CNUDCI 2010, à la différence que ces dernières ne distinguent pas le témoin de l'expert (*art. 27.2*). En effet, l'article 5.2 c) des règles de l'IBA dispose ainsi que contrairement aux témoins de fait, les experts doivent déclarer leur indépendance et donc leurs liens avec les parties, le tribunal arbitral et les conseils. Ceci peut poser des problèmes pratiques en qu'il n'est pas rare que des experts soient amenés à travailler fréquemment avec un des conseils. Or en se basant sur cet article, la partie adverse pourrait remettre en cause l'expertise donnée (*art. 6.2*). Toutefois, cette disposition semble nécessaire dans la mesure où elle vise à s'assurer de l'indépendance des experts dont l'expertise est parfois cruciale sur le résultat de la sentence. Néanmoins, dans la mesure où les arbitres se contentent d'auditionner toutes personnes dont l'audition paraît pertinente, en leur rappelant leur devoir de dire la vérité et le cas échéant les sanctions que la loi du siège attache aux faux témoignages, ils déterminent eux-mêmes le poids qu'ils entendent donner aux témoignages. Ceci est rappelé à l'article 27.4 du Règlement CNUDCI.
156. En règle générale, les tribunaux arbitraux accorderont moins d'importance aux preuves issues de témoignages non corroborés qu'aux preuves documentaires ou, de

manière plus discutable, aux témoins préalablement préparés, c'est-à-dire les témoins interrogés d'abord par le conseil de la partie qui a demandé son audition (*direct-examination*) puis par le conseil de l'autre partie (*cross-examination*).

157. S'agissant des modalités de l'interrogatoire, selon les règles IBA, si sa présence a été demandée par une partie ou le tribunal arbitral, le témoin est obligé de se présenter devant le tribunal arbitral ou par vidéoconférence (*art. 8.1*). Néanmoins, si par manque de temps, il n'est pas possible d'auditionner celui-ci, l'article 4.8 précise qu'alors si le tribunal ou les parties à l'arbitrage n'exigent pas la présence du témoin, il ne faut pas pour autant en induire l'accord des parties avec le contenu du témoignage. Une disposition similaire concerne les experts à l'article (*art. 5.6*) : ce n'est pas parce que la présence de l'expert n'est requise par aucune des parties ni par le tribunal arbitral, que ces personnes approuvent la substance de l'expertise.

158. Comme pour la preuve documentaire, en ce qu'il ne peut assigner seul un tiers à comparaître, des difficultés peuvent survenir lorsque le tribunal arbitral veut obtenir un témoignage de la part d'une personne étrangère à l'instance et d'autant plus si celle-ci est située en dehors du siège. Précisons simplement que dans une telle hypothèse la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ne s'applique pas à l'arbitrage et que le tribunal arbitral devra le cas échéant, comme l'énonce l'article 27 de la Loi-type CNUDCI, demander assistance au juge étatique. Certains droits nationaux prévoient expressément un tel mécanisme d'assistance du juge (*CPC, art. 1460 – Arbitration Act, s. 43 – CJB, art.1696*).

### **3) Inspection de l'objet litigieux.**

159. Un autre moyen de preuve pour les arbitres consiste en l'inspection de l'objet sur lequel porte le litige qui lui est soumis. Il s'agit généralement d'examiner un chantier, une usine ou un navire dans le cadre notamment d'arbitrages relatifs à des contrats de construction ou d'affrètement.<sup>246</sup>

160. L'article 7 des règles de l'IBA prévoit ainsi, sous réserves des dispositions de l'article 9.2, qu'à la

---

<sup>246</sup> A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, n° 6.173.

demande d'une partie ou d'office, le tribunal arbitral peut s'il le juge approprié, décider d'inspecter lui-même, ou par le biais d'un expert, tout site, propriété, machine ou tous produits, échantillons, systèmes, procédés ou documents. Il détermine également, en consultation avec les parties, le moment et les modalités de l'inspection, accordant le droit aux parties et à leurs représentants d'assister à toute inspection ainsi réalisée. Néanmoins, en pratique les inspections demeurent rares en raison de leur coût et il est plus fréquent de se contenter de dessins, de photographies, de vidéo ou encore de maquettes.<sup>247</sup> Le Règlement CIRDI prévoit également, à titre d'exemple, que si le tribunal juge nécessaire de se transporter sur les lieux ou d'y procéder à une enquête, il devra prendre une ordonnance à cet effet. L'ordonnance définit ainsi la portée du transport sur les lieux ou l'objet de l'enquête, les délais, la procédure à suivre et autres modalités particulières (*art.37*).

### **III. Pouvoirs de l'arbitre après la sentence**

161. Une fois la sentence rendue, le contrat d'arbitre prend fin. Mises à part les questions relatives aux honoraires de l'arbitre et à sa responsabilité pour lesquelles un lien entre l'arbitre et les parties peut subsister (*v. supra n° 65 et 88*), le principe est que l'arbitre est dessaisi et perd ainsi tout pouvoir (**A**). Ce principe du dessaisissement n'est cependant pas absolu et l'arbitre peut conserver ou recouvrer des pouvoirs dans certaines situations (**B**).

#### ***A. Dessaisissement de l'arbitre.***

162. Après avoir étudié le fondement du dessaisissement de l'arbitre et ses conditions (**1**), nous nous intéresserons à son contrôle (**2**).

#### **1) Fondement et conditions du dessaisissement.**

163. En tant qu'équivalent fonctionnel du juge, comme nous l'avons vu l'arbitre a pour mission de résoudre un litige en rendant une décision qui s'impose aux parties (*v. n°35 et s.*). Dès lors qu'il a tranché tout ou partie du litige qui lui a été soumis, l'arbitre épuise ainsi ses pouvoirs juridictionnels. On dit alors qu'il est dessaisi

---

<sup>247</sup> *Ibid.*, n° 6.174.



ou *functus officio* dans les pays de Common Law.<sup>248</sup> Ce principe, qui n'est pas propre à l'arbitrage puisqu'il s'applique également au juge<sup>249</sup>, vient de l'adage *Lata sententia, judex desinit esse judex*<sup>250</sup>. L'article 32 de la Loi-type CNUDI dispose ainsi que « Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34 ». On trouve des dispositions similaires dans la plupart des lois modernes de l'arbitrage (*CPC, art. 1485 – ZPO, §1056, 1058, 1059 – US FAA, 9U.S.C §§9-11*). Il s'agit là d'une conséquence du principe fondamental de la procédure civile qu'est l'autorité de la chose jugée.<sup>251</sup> Principe tout autant essentiel dans l'arbitrage international.<sup>252</sup>

164. La règle d'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales est aujourd'hui communément admise et explicitement énoncée dans plusieurs législations, notamment en France, en Allemagne ou encore en Suisse, ainsi que dans la convention de New York<sup>253</sup>. En revanche, la Loi-type de la CNUDCI mentionne seulement que la sentence « est reconnue comme ayant force obligatoire » (*art. 35 (1a)*). Il semble, par ailleurs, qu'aucun pays de Common Law n'ait adopté de dispositions attribuant expressément l'autorité de chose jugée aux sentences arbitrales. Aussi, à l'inverse de la loi anglaise (*Arbitration Act, sect. 58*) qui dispose que

<sup>248</sup> T. Giovannini, *When do arbitrators become functus officio?* in *Liber Amicorum Serge Lazareff, Pedone, Paris, 2011* – Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, Kuwer Law International 2009*, p.2513 et s. – *Hussman (Europe) Ltd v. Ahmed Pharaon, 2003, EWCA Civ. 266 commentée dans Th. Webster, Functus Officio and Remand in International Arbitration*; *ASA Bull.*, 2009, p.441 – *Green v. Ameritech, 2000 FED App. 0006P (6<sup>th</sup> Cir.)*: “[The] rule [of *functus officio*] was based on the notion that after an arbitrator had rendered an award, his contractual powers have lapsed and he is *functus officio*...” – *Int'l Bhd of Elec. Workers v. Verizon New England, Inc., 464 F.3d 93, 97 (1<sup>st</sup> Cir. 2006)*.

<sup>249</sup> Art. 481 (1) *CPC*: “The judgement, since its pronouncement, puts an end to the judge's jurisdiction over the dispute that he has determined”

<sup>250</sup> Roland & Boyer, *Adage du droit français, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999*, p. 380

<sup>251</sup> *International Law Association (ILA) Final Report and Recommendations on Res Judicata and Arbitration and the Resolution 1/2006 on Res Judicata and Arbitration adopted at the 72nd ILA Conference in Toronto, 4-8 June 2006* – Gary B. Born, *op. cit.*, p 2886 et s.

<sup>252</sup> *ILA Recommendation 1 on Res Judicata and Arbitration*, “to promote efficiency and finality of international commercial arbitration, arbitral awards should have conclusive and preclusive effects in further arbitral proceedings”.

<sup>253</sup> B. Hanotiau, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *L'arbitrage complexe – Supplément spécial 2003 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage CCI – J.-F. Poudret, S. Besson, op. cit., n°475 et s.*

la sentence est définitive et lie les parties, la loi américaine sur l'arbitrage (*US Federal Arbitration Act*) ne précise même pas que la sentence lie les parties.<sup>254</sup>

La jurisprudence américaine a maintes fois affirmé cependant que la *functus officio doctrine*, notion de Common Law, était à rapprocher de la notion d'autorité de chose jugée.<sup>255</sup>

165. Toutefois, il arrive que les principes d'autorité de la chose jugée et du dessaisissement soient dissociés. Un arbitre peut ainsi être dessaisi sans avoir rendu de sentence finale parce qu'il a été révoqué, qu'il a démissionné, qu'il a été déclaré incompétent ou encore parce qu'il est décédé. Ceci peut également arriver lorsque les parties règlent leur différend à l'amiable ou renoncent à leur convention d'arbitrage, sous réserve toutefois du principe de compétence-compétence. En effet, dans une décision du 10 décembre 2010, la High Court anglaise, appelée à se prononcer sur le moment du dessaisissement de l'arbitre, a affirmé qu'un arbitre reste compétent même en cas d'arrangement à l'amiable survenu en dehors de la procédure d'arbitrage. Le juge anglais a fait valoir que la résolution du litige n'entraînait pas de dessaisissement de l'arbitre avant qu'une sentence définitive ait été rendue<sup>256</sup>. Cette décision semble aller à l'encontre d'une pratique assez répandue consistant pour les parties au litige à ne faire que s'appuyer sur la sentence, en tant qu'outil de négociation, pour finalement trouver un accord.<sup>257</sup> Néanmoins, les juges suisse<sup>258</sup> et français<sup>259</sup> ont déjà rendu des décisions similaires. En sens inverse, la Singapore High Court<sup>260</sup> a néanmoins mis fin à un arbitrage en se fondant sur le fait que les parties étaient parvenues à un arrangement à l'amiable et donc que les arbitres étaient dessaisis. Enfin, le dessaisissement peut être opposé à l'arbitre qui rendrait une sentence hors délai.<sup>261</sup>

---

<sup>254</sup> Bernard Hanotiau, précité, II. L'autorité de la chose jugée appliquée aux sentences arbitrales, 29.

<sup>255</sup> *La Vale Plaza, Inc. v. R.S. Noonan, Inc.*, 378 F.2d 569, 572 (3d Cir 1967).

<sup>256</sup> *Martin Dawes v. Treasure and son Limited*, 2010, EWHC 3218 (TCC)

<sup>257</sup> A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, n° 9.210.

<sup>258</sup> AFT 116 Ia 56, *Sonatrach*, JdT 1990 I 563; *Rev. arb.* 1990, p. 921 – AFT 121 III 495, 497; *ASA Bul.* 1997, p. 291 – TC VD; *ASA Bul.* 1995, p.68,

<sup>259</sup> *Cass. Civ. 1ère*, 10 mai 1988, *sociétés Cosiac*; *Rev. arb.* 1988, p. 632, note Ch. Jarrosson.

<sup>260</sup> *Doshion Ltd. c/ Sembawang Engineers and Constructors [2011] SGHC 46*; *KluwerArbitrationBlog*, 3 mars 2011, note D. Chan.

<sup>261</sup> A. Mourre, *Is There a Life After the Award*, in *Post Award Issues: ASA Special Series No. 38*, 2011

166. Le principe du dessaisissement permet ainsi à l'arbitre d'éviter d'être à nouveau saisi pour trancher une question sur laquelle il a déjà statué, mais également de savoir à partir de quand il est libéré d'un quelconque conflit d'intérêts.

## 2) Contrôle du dessaisissement de l'arbitre.

167. Déterminer si l'arbitre est dessaisi après que la sentence ait été rendue implique donc, en vertu du principe de l'autorité de chose jugée, d'évaluer quels points litigieux ont été finalement tranchés. L'article 32-1 de la Loi-type CNUDCI prévoit, à cet effet, que: « La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive... ». Il peut néanmoins y avoir un certain niveau d'incertitude pour déterminer de manière précise ce qui a été tranché dans la sentence.

168. Il existe en effet des divergences quant à la notion de chose jugée entre les pays de droit civil et les pays de Common Law. Ainsi, pour que l'autorité de chose jugée s'applique, une triple identité est requise dans les pays civilistes : la chose réclamée doit être la même, la demande doit être fondée sur les mêmes motifs et les parties doivent être les mêmes.<sup>262</sup> L'autorité de chose jugée peut être analysée, dans ces pays, sous un aspect négatif et un aspect positif.<sup>263</sup> L'autorité négative de chose jugée, permet ainsi au défendeur d'invoquer l'exception de chose jugée, l'inadmissibilité d'une question déjà jugée et tranchée lors d'une procédure précédente tandis que l'autorité positive de chose jugée permet, en revanche, à une partie lors d'une seconde procédure d'opposer à l'autre partie des éléments qui ont été établis par le juge ou l'arbitre durant la première procédure. Le second juge est alors obligé de raisonner « en insérant dans son raisonnement des éléments déjà décidés » par le premier.<sup>264</sup> Néanmoins, si l'on rapproche les notions d'autorité négative et positive de

---

<sup>262</sup> *ILA, International Commercial Arbitration Committee, Interim Report : Res judicata and Arbitration 14-16 (71st Conference, Berlin 2004) – Affaire CCI n°6363 ; XVII Y.B. Comm. Arb. 186 (1992) : “Lorsqu'il y a, cumulativement, identité de parties, identité d'objet et de cause entre un jugement antérieur et une demande nouvelle, le principe d'autorité de la chose jugée s'oppose à l'introduction de cette nouvelle demande”.*

<sup>263</sup> *L'ILA dans sa première recommandation avait soutenu que: “In order to promote effectiveness and purpose of international arbitration, arbitral awards should be entitled, in the subsequent arbitration proceedings, of positive and negative effects of res judicata”.*

<sup>264</sup> *P. Mayer, Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international; in Liber amicorum Claude Reymond, 2004, p. 197.*

chose jugée des notions de Common Law que sont *l'issue estoppel (collateral estoppel)* et *la cause of action estoppel*, on s'aperçoit que ces-dernières sont bien moins restrictives que la notion d'autorité de chose jugée des droits continentaux<sup>265</sup>.

169. Il faut enfin préciser s'agissant de la portée de l'autorité de chose jugée, qu'en principe elle n'est attachée qu'au dispositif et ne s'étend pas aux motifs qui ne sont là que pour dégager son sens et sa portée. C'est notamment le cas en France<sup>266</sup> et en Suisse.<sup>267</sup> Il est cependant admis que l'autorité de chose jugée peut être étendue aux motifs qui constituent un complément nécessaire à la décision, à la *ratio decidendi*.<sup>268</sup>

### **B. Limites au dessaisissement de l'arbitre.**

170. Le dessaisissement de l'arbitre faisant suite à la sentence est marqué par une certaine relativité. En effet, il arrive que l'arbitre recouvre certains pouvoirs. Ce peut être pour rectifier, interpréter la sentence ou pour rendre une sentence additionnelle (1) mais également dans le cadre d'un renvoi par le juge étatique au tribunal arbitral afin de prévenir l'annulation de la sentence (2).

#### **1) Pouvoirs de rectification, d'interprétation et de rendre une sentence additionnelle.**

171. Rien ne saurait empêcher des erreurs, des ambiguïtés ou des omissions dans les sentences arbitrales. C'est pourquoi, toutes les législations modernes (*Loi-type CNUDCI, art. 37, 38, 39 – Arbitration Act 1996, sect. 57 – ZPO, § 1058 – SU, sect. 32 – CPC, art. 1485 al. 1 et 2 – US Federal Arbitration Act, sect. 11*) ainsi que

---

<sup>265</sup> Gary B. Born, *précité*, p. 2880 et s.

<sup>266</sup> L'article 1351 du Code civil dispose: « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

<sup>267</sup> Tribunal Fédéral suisse, 3 avr. 2002, ATF 128 III 191: “*Res judicata* only relates to the dispositif of the decision or the award. It does not cover the reasoning. However, one sometimes needs to look at the reasoning of the decision to know the exact meaning and extent of the dispositif” (traduction in F. de Ly (Chair) and A. Sheppard (Co-Rapporteur), *Interim Report: ‘Res judicata’ and Arbitration, International Law Association, Berlin Conference 2004*)

<sup>268</sup> V. *Affaire CIRDI, Amco Asia Corporation and others c/ Republic of Indonesia*; J.D.I. 1989, p.143, note E. Gaillard – *Affaire CCI n°8023, 1995*, note D. Hascher.

les règlements institutionnels d'arbitrage (*R. CCI, art. 29 – R. ICDR, art. 30 – R. LCIA, art. 27*) prévoient des mécanismes afin de corriger ou d'éclaircir les sentences.

172. Ce peut être de manière expresse, comme par exemple en France où l'article 1485 al. 2 du CPC, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 4°, prévoit que : « à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande... ». En Angleterre, l'Arbitration Act 1996, Section 57 permet à un tribunal arbitral, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, de corriger ou d'interpréter sa sentence dans un délai de 28 jours ou de rendre une sentence additionnelle dans un délai de 56 jours après que la sentence ait été rendue. En revanche, dans les pays où la loi est silencieuse, comme par exemple en Suisse où la loi ne contient aucune disposition relative à la correction des sentences en matière internationale,<sup>269</sup> la jurisprudence élabore généralement des moyens de rectification des sentences erronées.<sup>270</sup> En outre, le Règlement suisse d'arbitrage international de 2004 prévoit de tels procédés (*art. 35 à 37*).<sup>271</sup>

173. On peut ainsi parler de « pouvoirs résiduels ».<sup>272</sup> Ils sont au nombre de trois. Le premier est le pouvoir de rectification de la sentence (*a*), le deuxième est le pouvoir d'interprétation (*b*) et le troisième est celui de rendre une sentence additionnelle (*c*).

#### ***a) Pouvoir de rectification de la sentence.***

174. L'article 33. 1 a) de la Loi-type CNUDCI prévoit que dans un délai supplétif de 30 jours, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, rectifier « dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même

---

<sup>269</sup> En matière d'arbitrage interne, les articles 36 (h) et 39 du Concordat cantonal suisse dispose cependant qu'une cour d'appel peut demander au tribunal arbitral de rectifier sa sentence ; Berger & Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, §§ 1402-1415 (2006).

<sup>270</sup> Tribunal fédéral (1<sup>ère</sup> Cour civile), 2 nov. 2000, AFT 126 II 524, ASA Bull. 2001, p.88 – Tribunal Fédéral (1<sup>ère</sup> Cour civile), 12 janv. 2005, DFT 131 III 164 – G. Born, *op. cit.*, p. 2521 et s.

<sup>271</sup> Zuberbühler, Muller, et al., *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary*, Kluwer Law International 2005, p. 308 et s.

<sup>272</sup> Moreau cité par J.-F. Poudret et S. Besson, *op. cit.*, n°760.

nature ». Dans le même sens, la Section 57 (3) a) de l'Arbitration Act anglais dispose que l'arbitre peut être appelé à tout moment, soit d'office soit à la demande d'une partie, rectifier les erreurs matérielles ou les erreurs résultant d'une inadvertance ou d'une omission. Il peut ainsi s'agir de toute erreur de plume ou de calcul mais il ne doit pas s'agir d'une erreur intellectuelle ou de droit. Cette erreur doit être évidente et le pouvoir de rectification de l'arbitre ne doit pas lui permettre de changer le sens de la sentence. Ceci a été posé de longue date par la Cour de cassation française.<sup>273</sup>

175. Aux Etats-Unis, la section 11 de la FAA dispose qu'il est possible de «Rendre une ordonnance de modification ou de corriger la sentence » s'« il y a eu une erreur matérielle de calcul ou une erreur matérielle portant sur la qualité d'une personne, d'une chose ou d'un bien visé à la sentence», ou encore si la sentence « est imparfaite dans la forme sans que cela ait une quelconque incidence sur le fond du litige ». Néanmoins, cet article ne confère de pouvoir de correction qu'au juge américain et non pas à l'arbitre.<sup>274</sup>

#### **b) Pouvoir d'interprétation de la sentence.**

176. Le pouvoir d'interprétation de la sentence devient utile lorsque la sentence souffre d'une ambiguïté telle que les parties peuvent légitimement diverger sur sa signification.<sup>275</sup> On retrouve ce pouvoir l'article 33.1 b) de la Loi-type CNUDCI: « Si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence ». Il en va de même dans de nombreuses législations (CPC, art. 1485 al.2 – ZPO, § 1058 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 – SU, art. 32). Ainsi que dans les principaux règlements d'arbitrage (R. CNUDCI, art. 37 – R. CCI, art. 29 – R. AAA, sect. 30), à l'exception du Règlement LCIA.

177. Toutefois, ce pouvoir d'interprétation est plus controversé que celui de rectification de la sentence, en ce qu'il présente davantage de risques d'abus.<sup>276</sup> Aussi

---

<sup>273</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ, 16 juin 1976, *Kreb c/ Milton Stern*; *Rev. arb.* 1977, p. 269 (2<sup>e</sup> arrêt), note E. Mezger.

<sup>274</sup> G. Born, *op. cit.*, p. 2527.

<sup>275</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, § 1415.

<sup>276</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n° 764.

certaines législations ne consacrent pas directement ce pouvoir, comme par exemple les lois anglaise, américaine ou encore suisse.<sup>277</sup> Néanmoins, les juges de ces différents pays acceptent assez largement que les arbitres puissent lever certaines incertitudes quant au sens de leur sentence.<sup>278</sup>

178. Dans tous les cas, le pouvoir d'interprétation ne peut être exercé par l'arbitre qu'à la condition, encore une fois, de ne pas transformer le sens de la sentence.<sup>279</sup>

**c) Pouvoir de rendre une sentence additionnelle.**

179. Ce pouvoir s'avère utile dès lors que l'arbitre a omis de statuer sur l'un des chefs de demande qui lui a été soumis. Sans ce pouvoir, l'efficacité de la sentence serait fragilisée en ce que cette omission pourrait fonder un recours en annulation. Ce troisième pouvoir est aussi largement consacré par les différentes lois (*Loi-type CNUDCI, art. 33.3 – Arb. Act., sect. 57 (3) b) – CPC, art. 1485 al. 2 – ZPO, §1058 al. 1<sup>er</sup> ch. 3*) et règlements (*R. CNUDCI, art. 39 – R. LCIA, art. 27.3 – R. AAA, art. 30*).

180. Signalons cependant, qu'en Suisse, bien que l'article 190 al.2 de la LDIP érige en cause de nullité toute omission de se prononcer sur un des chefs de demande, selon J.-F. Poudret et S. Besson, la possibilité d'un tel recours ne doit pas pour autant empêcher les parties de demander à l'arbitre de rendre une sentence complémentaire.<sup>280</sup>

**2) Renvoi au tribunal arbitral avant annulation.**

181. Une exception au principe de dessaisissement peut également survenir lorsqu'au cours d'un recours en annulation, le juge étatique saisi va suspendre la procédure et renvoyer l'affaire au tribunal arbitral afin qu'il supprime tout motif d'annulation. Ceci est prévu notamment à l'article 34-4 de la Loi-type CNUDCI,<sup>281</sup>

---

<sup>277</sup> G. Born, *op. cit.*, p. 2538.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> V. par exemple : Cass. Civ.1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2009, *Stulman*, n°08-17.984; Arbitrage-adr n°1663, note Th. Clay.

<sup>280</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, n° 765.

<sup>281</sup> UNCITRAL Model Law (as amended in 2006) article 34-4: "The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to

aux paragraphes 1057 à 1059 de la ZPO, ainsi qu'aux Sections 68(3) (a) et 69(7) (c) de l'*Arbitration Act* anglais.<sup>282</sup>

182. Le renvoi au tribunal arbitral, tel que nous l'entendons ici, est à distinguer des trois remèdes ci-dessus étudiés. Néanmoins, on peut constater une certaine confusion, notamment de la part du juge américain.<sup>283</sup> Ainsi, dans l'affaire *Green v. Ameritech*, la Cour d'appel du 6e circuit a énoncé que « le renvoi pouvait permettre, tant selon la Common Law que selon la loi Fédérale sur l'arbitrage en matière sociale, de clarifier une sentence ambiguë ou de demander à un arbitre de répondre à un chef de demande qui lui a été soumis mais auquel il a omis de répondre dans la sentence ». <sup>284</sup> De plus, dans l'affaire *Behr*, un Cour d'appel américaine a de manière assez surprenante qualifié de clarification de la sentence l'ajout de dommages par une sentence spécifique d'exécution.<sup>285</sup>

183. Selon certains auteurs, une telle confusion est regrettable et il est nécessaire de distinguer le renvoi des pouvoirs de correction, d'interprétation ou de rendre une sentence additionnelle.<sup>286</sup> En effet, dans le cas d'une sentence complémentaire, celle-ci va venir supplanter la sentence précédente mais sans pour autant modifier le fond de la décision du tribunal. De plus, le renvoi est également à distinguer de la révision qui est fondé sur la notion de fraude et est à l'initiative d'une

---

*resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside. »*

<sup>282</sup> *Arbitration Act 1996, sect. 68 (Challenging the award: serious irregularity) (3): If there is shown to be serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award, the court may (a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration; Sect. 69 (Appeal on point of law) (7): On an appeal under this section the court may by order (c) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration in the light of the court's determination.*

<sup>283</sup> *Thomas H. Webster, Functus Officio and Remand in International Arbitration, ASA Bull. 2009, p. 454*

<sup>284</sup> *Version originale: "the doctrine of functus officio contains several exceptions. [The rule is] based on the notion that after an arbitrator has rendered an award, his contractual powers have lapsed and he is functus officio. This rule, however, has its limits. A remand is proper, both at common law and under the federal law of labor arbitration contracts, to clarify an ambiguous award or to require the arbitrator to address an issue submitted to him but not resolved by the award"; Green v. Ameritech, the U.S. Court of appeals for the 6th circuit 2000 FED App. 006P.*

<sup>285</sup> *Thomas H. Webster, Functus Officio and Remand in International Arbitration, ASA Bull. 2009, p. 454.*

<sup>286</sup> *A. Mourre, Is There a Life after the Award? op. cit.*



des parties tandis que le renvoi est décidé par le juge afin de prévenir une annulation.

184. Ces différences se retrouvent également dans la nature de la décision rendue dans ces différentes hypothèses. S'il est vrai que dans le cadre d'une procédure de révision que ce soit pour l'admettre ou la rejeter ou encore dans le cadre d'une sentence complémentaire, tout comme pour le renvoi, la décision va prendre la forme d'une sentence. En revanche, une décision de corriger ou d'interpréter une sentence prendra la forme d'un simple addendum et non d'une sentence.<sup>287</sup>
185. Le renvoi pour éviter l'annulation de la sentence doit enfin être distingué du renvoi au tribunal arbitral après que la sentence ait été annulée. En Suisse, ce renvoi était expressément prévu aux articles 39 et 40 de la Convention Intercantonale d'Arbitrage en matière d'arbitrage interne. Si cette convention n'est plus applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, date d'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse,<sup>288</sup> ce type de renvoi est toujours possible, y compris en matière internationale, en vertu de l'article 177 (2) LTF.<sup>289</sup> Ceci a été rappelé plusieurs fois par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse.<sup>290</sup> En Angleterre, la compétence d'un tribunal arbitral a également pu être retenue après annulation de la sentence au motif que

---

<sup>287</sup> Dans l'affaire Behr, la Cour d'appel du 6e Circuit a ainsi rejeté une demande visant à donner effet à une lettre par laquelle un arbitre clarifiait le sens de la sentence qu'il avait précédemment rendu, au motif que: « the substance and impact of the arbitrators' letter, issued after a remand ordered by the district court, was merely to clarify the scope of the original award, not to issue any new award. [...] The effect of the letter was merely to clarify and determine precisely what Behr should have paid M&C under the original award » (M&C Corp. V. Edwin Behr GmbH & Co., KG, 289 Fed. Appx. 927, 2008 WL 3889730, 6th Cir. 21 Aug. 2008).

<sup>288</sup> Thomas H. Webster, *Functus Officio and Remand in International Arbitration*, ASA Bull. 2009, p.441.

<sup>289</sup> Article 177 (2) de la Loi sur le Tribunal Fédéral dispose que : « Si le tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance ».

<sup>290</sup> Tribunal fédéral suisse, 14 mars 2008, 134 III 286 : « If the Federal Tribunal accepts the annulment application, it does not itself decide the matter but refers this backs to the arbitral that decided it or to a new tribunal » ; Tribunal fédéral, 9 fév. 2009, 4A\_400/2008 : « eu égard au caractère purement cassatoire du recours en matière civile dirigé contre une sentence arbitrale internationale (art. 77 al 2 LTF), il ne sera pas donné suite à la conclusion du recourant visant à ce que la cause soit renvoyée au [Tribunal d'arbitrage sportif] avec une injonction ».

l'annulation n'avait aucun effet.<sup>291</sup> De la même manière, aux États-Unis, la Section 10 (a) du *Federal Arbitration Act* énonce que si une sentence a été annulée mais que le délai prévu pour l'arbitrage n'est pas expiré, alors le juge peut, de manière discrétionnaire, ordonner aux arbitres de procéder à de nouvelles audiences.<sup>292</sup>

186. Toutefois, comme le souligne Alexis Mourre, il est important de distinguer le renvoi qui vise à éviter l'annulation du renvoi postérieure à l'annulation. Faisant référence à l'affaire *Hussman*, il cite aussi le juge anglais selon lequel lorsque l'arbitre est saisi après annulation, cela ne constitue aucunement une exception au principe du dessaisissement tandis que dans le cadre d'un renvoi pour prévenir l'annulation, l'arbitre dessaisi recouvre ses pouvoirs.

---

<sup>291</sup> *Hussmann (Europe) Limited v. Ahmed Pharaon* [2003] EWCA Civ 266. *Hussmann citée et commentée dans Th. Webster, op. cit.*

<sup>292</sup> *FAA, Sect. 10 (a)*: "if an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired, the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators"



## **BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- J.-F. Poudret, S. Besson, Comparative Law of International Arbitration, Thomson Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> éd., 2007
- Gary B. Born , International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2009
- Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, On International Commercial Arbitration, Kluwer, 1999
- L. W. Newman, R. Hill, The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration, 2<sup>nd</sup> éd., JurisNet, 2008
- A. Redfern, M. Hunter, on Commercial Arbitration, Oxford, 2009
- Les arbitres internationaux, Éditions de la société de législation comparée, 2005
- CEPANI 40 September 29 2010, Walking a Thin Line What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must not Do \* Recent Developments and Trends, Bruylant, 2010
- Liber amicorum Claude Reymond, Litec, 2004
- T. Varady, J. Barcelo, A. von Mehren, International Commercial Arbitration a Transnational Perspective, 4e éd., 2009
- Y. Delazay, B. Garth, Dealing in Virtue, 1996, The University of Chicago Press,
- A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, Le droit de l'Occident et d'ailleurs, L.G.D.J, 2011
- Les Cahiers de l'Arbitrage, the Paris Journal of International Arbitration, L.G.D.J (CAPJIA)
- La Revue de l'Arbitrage, Kluwer (Rev. arb.)