

## LES USAGES DE L'ARBITRAGE

L'étude des usages en matière d'arbitrage se focalise généralement sur le droit matériel (1). Cette perspective conduit notamment à évoquer l'article 1511 du Code de procédure civile aux termes duquel, en matière d'arbitrage international, le tribunal arbitral « tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ».

Nous adopterons ici une perspective distincte en réfléchissant à l'éventuelle existence d'usages en matière de procédure arbitrale. Ces usages pourraient être généraux, communs à un type d'arbitrage ou spécifiques à certaines instances arbitrales.

Cette réflexion suppose une **définition** des termes employés.

S'agissant des usages, nous les définirons positivement comme des comportements dotés de certaines qualités qui leur confèrent une force juridique autonome. Cette dernière particularité suppose que les usages tirent au moins une partie de leur force de leurs propres caractéristiques indépendamment d'un renvoi de la loi, de conventions ou de règlements d'arbitrage.

Négativement, les usages se distinguent d'abord des bonnes manières. Celles-ci ont un rôle social majeur en matière d'arbitrage. Cela est vrai s'agissant des préalables gastronomiques qui précèdent les réunions arbitrales ou des correspondances de remerciements qui les concluent. L'absence de force juridique et notamment de sanction judiciaire en cas de manquement à ces bonnes manières suffira toutefois ici à les distinguer des usages.

Les usages ne se confondent pas non plus avec les conventions implicites notamment celles accessoires à l'acte de mission. Même si les usages et les conventions implicites se rejoignent en ce qu'ils exercent un effet d'interprétation, ils se distinguent par leur objet. Alors que l'interprétation fondée sur les termes implicites se focalise sur les contrats, l'interprétation fondée sur les usages se focalise sur les comportements adoptés par les parties ou leurs semblables.

La distinction entre usages et principes n'est pas toujours faite. S'agissant du principe de confidentialité visé par l'article 1464, alinéa 4 du Code de procédure civile (2), un ancien conseiller à la Cour de la CCI a ainsi conclu un article en affirmant que « la confidentialité de l'arbi-

trage aurait toutes les caractéristiques d'un usage international » (3). Une sentence la qualifie encore de « principe coutumier » (4). Les usages diffèrent selon nous des principes: Alors que les usages correspondent à des comportements précis, les principes renvoient à des règles générales. Dans leurs relations avec les principes, les usages ne sont pas seulement en opposition mais également en complément. Les usages peuvent définir le contenu du principe. Alors que la mise en œuvre du principe de célérité (5) définit la norme littéralement première, les usages peuvent donner corps à cette vague directive. En fonction des délais régulièrement édictés et observés par certaines chambres d'arbitrage (6), on pourrait par exemple soutenir qu'à défaut d'accord contraire ou de complication extérieure, la mise en œuvre du principe de célérité invite les arbitres à désigner le président du tribunal arbitral dans un délai de 30 jours suivant leur propre désignation.

La jurisprudence entretient des liens forts avec les usages. S'agissant de la fixation du lieu de l'arbitrage, Sigvard Jarvin a ainsi noté qu'en l'absence de choix clair dans une clause d'arbitrage faisant référence aux « International Chamber of Paris Regulations », « l'usage de la cour est de fixer le lieu d'arbitrage à Paris » (7). Le rôle de la jurisprudence se limite toutefois selon nous à révéler les usages plus qu'à les constituer.

La relation entre les usages, d'une part, et les bonnes pratiques ou *best practices*, d'autre part, est aussi délicate (8). Les *best practices* exprimées dans des lignes directrices ou *guidelines* (9) ne faisant pas référence à des pratiques anciennes ne nous paraissent pas relever des usages. En revanche, certaines lignes directrices assises sur des expériences en cours dûment constatées peuvent prétendre à cette qualification. Tel est par exemple le cas des *IBA guidelines* relatives à l'Administration de la preuve en matière d'arbitrage commercial international ou aux conflits d'intérêts. L'article 4 de la version 2004 des *IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration* précise ainsi que ces *Guidelines* « reflect the Working Group's understanding of the best current international practice... The Working Group has based the General Standards... upon the judgement and experience of members of the Working Group and others involved in international commercial arbitration ». Cet

[1] Y. Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales » : *Rev. arb.* 1973, 122 ; P. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge », in *Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Litec*, 1982, p. 67. Plus récemment : J.-B. Racine, « Les usages dans l'arbitrage commercial international : une place à géométrie variable » : *JSS nov.* 2011, p. 37 et références citées.

[2] Emmanuel Gaillard propose de « réserver le terme « usages du commerce international » aux pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée » et de les distinguer des « principes généraux de droit qui constituent de véritables règles transnationales », *La distinction des principes généraux de droit et des usages du commerce international*, in *Études offertes à Pierre Bellet, Litec*, 1991, p. 203. Si la distinction entre les usages et les principes nous paraît effectivement souhaitable, elle nous paraît fondée davantage sur les conditions de leur formation que sur leur caractère transnational. Comme les principes, les usages sont en effet très souvent transnationaux en cela que leur application n'est pas limitée par des frontières étatiques.

[3] P. Cavalieros, « Confidentialité de l'arbitrage » : *Cah. arb.* juill. 2006, vol. III, p. 60.

[4] *Ord. de procédure*, 11 juill. 2003, n° 12242, CCI.

[5] Supposons que pareil principe existe même si l'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile n'emploie pas le mot.

[6] L'article 12-5 du règlement d'arbitrage de la CCI dispose : « Lorsque le litige est soumis à trois arbitres, le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre procédure, auquel cas la désignation est soumise à confirmation selon les dispositions de l'article 13. Si aucune nomination n'est intervenue à l'expiration d'un délai de trente jours à compter de la confirmation ou de la nomination des coarbitres ou de tout autre délai convenu entre les parties ou fixé par la Cour, le troisième arbitre est nommé par la Cour ».

[7] S. Jarvin, « Le lieu de l'arbitrage, Examen de principes et des pratiques de la cour de la CCI en matière de choix du lieu de l'arbitrage » : *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 7, déc. 1996, n° 2, p. 54.

[8] P. Mousseron, « Introduction terminologique : des comportements aux bonnes pratiques » : *JSS nov.* 2011, p. 12.

[9] L'« épidémie » de ces *guidelines* a été récemment stigmatisée (W. W. Park, « Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un » : *Cah. arb.* 2011-1, p. 13).

enracinement des *guidelines* dans des comportements passés et actuels permet de plaider dans le sens de la qualification d'usage. Les usages se distinguent aussi des bonnes pratiques en ce qu'ils ne supposent pas nécessairement un jugement qualitatif sur les comportements en cause.

L'usage se distingue finalement du standard qui désigne « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé » (10). L'usage vise en effet un comportement précis et identifié et point un comportement large et souvent flou comme la bonne foi ou le bon père de famille. S'agissant de l'arbitrage, nous évoquerons aussi bien l'arbitrage interne qu'international, même si le régime des usages n'est pas le même dans les deux cas (11). De la même façon, nous couvrirons aussi bien l'arbitrage institutionnel que l'arbitrage *ad hoc* tout en devinant des différences quant au contenu et au régime des usages dans ces deux situations. L'absence de règlements d'arbitrage en matière d'arbitrage *ad hoc* invitera à solliciter plus souvent des usages ; inversement, l'existence de règlements d'arbitrage pourra conduire à identifier des usages spécifiques à certaines institutions pour interpréter certaines stipulations des règlements d'arbitrage. Signalons enfin le rôle majeur que jouent les usages dans l'arbitrage dit corporatif (12). Notre sujet de réflexion suppose d'écarter certaines **objections**.

Une première objection tiendrait à l'impossibilité générale qu'il y aurait à régir la procédure, formaliste et légaliste, par des normes coutumières (13). L'absence d'évocation expresse de ces usages processuels dans certains grands ouvrages de droit de l'arbitrage attesterait de cette impossibilité (14). Cette impossibilité n'est pas évidente en matière de procédure arbitrale. Un regard historique, d'abord, nous permet de constater que l'Ancien droit témoigne de nombreux usages dans la procédure arbitrale, qu'il s'agisse de nommer le plus ancien des arbitres pour exercer les fonctions de président du tribunal arbitral ou de fixer chez lui les réunions du tribunal (15). En droit positif, ensuite, le caractère légaliste de la procédure est écarté par l'article 1464, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile en matière d'arbitrage interne. Selon ce texte : « À moins que les parties n'en soient convenues autrement,

le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». En matière d'arbitrage international, l'article 1509 du Code de procédure civile impose aussi des « règles de procédure » sans exiger leur caractère législatif. Certaines décisions de jurisprudence ont invoqué des usages processuels en matière de délai de communication de pièces (16) ou de procédure disciplinaire (17). Au regard de la doctrine, le silence des traités classiques d'arbitrage à l'endroit des usages processuels n'équivaut pas à un rejet. D'éminents auteurs ont ainsi reconnu l'existence d'usages en matière arbitrale. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman indiquent ainsi que, dès lors que les règles exprimées par des règlements d'arbitrage sont « largement connues et régulièrement observées — pour reprendre les termes de la définition par l'article 9 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, de l'usage en matière de vente internationale —, aussi bien par les parties et leurs avocats que par les institutions et les arbitres, ces pratiques constantes peuvent exprimer des usages et être prises en considération à ce titre, sans besoin d'une stipulation expresse » (18). Des essais (19) ou des traités plus récents ont aussi reconnu ponctuellement certains de ces usages notamment en matière de communication de pièces (20).

Une deuxième objection tiendrait à l'inopportunité d'encombrer l'arbitrage de nouvelles règles juridiques contraignantes et difficiles à prouver. L'argument porterait particulièrement dans l'arbitrage international qui revendique une souplesse accrue et une indépendance à l'égard de règles trop locales. Cette objection n'est pas dirimante. D'abord, la force contraignante n'est pas le seul effet juridique que peut produire un usage. La reconnaissance d'usages permet de professionnaliser et donc sécuriser la pratique arbitrale. Songeons par exemple à la faculté d'envoyer des pièces et des mémoires par voie électronique. Si cette pratique est désormais intégrée dans la plupart des règlements d'arbitrage (21), elle a été longtemps un usage utile, ce qu'elle est encore probablement en matière d'arbitrage *ad hoc*. Ensuite, la publicité croissante des règlements et des sentences d'arbitrage affaiblit l'inquiétude liée à la difficulté probatoire des usages de l'arbitrage. Enfin, s'agissant

(10) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1998, 7<sup>e</sup> éd., p. 806.

(11) P. Mousseron, « Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ? » : *RJ com*, janv.-févr. 2011, p. 21.

(12) T. Clay, *L'arbitre*, « Nouvelle bibliothèque de thèses » : D. 2001, n<sup>os</sup> 356 et s. L'auteur note que « les coutumes de ce milieu sont parfaitement acceptées et respectées ».

(13) Présentant le point de vue d'un juriste de droit civil, un auteur a ainsi limité les sources juridiques des pouvoirs et des obligations de l'arbitre aux seules sources contractuelles et légales en invoquant l'intimidant principe de légalité (Legalitätsprinzip) [C. Hausmaninger, « Droits et obligations de l'arbitre à l'égard des parties et de l'institution arbitrale : le point de vue d'un juriste de droit civil », in *Le statut de l'arbitre, suppl. spéc.*, Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, p. 37].

(14) M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly Éditions, 1990 ; J. Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 1993 ; A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 1994, 2<sup>e</sup> éd. ; P. Level, « La procédure arbitrale », in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci 1984, p. 51.

(15) C. Jallamion, *L'arbitrage en matière civile du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle, L'exemple de Montpellier*, thèse dactylographiée, 2004, p. 246.

(16) E. A. Schwartz, « Les droits et les devoirs des arbitres CCI », in *Le statut de l'arbitre, suppl. spéc.*, Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, p. 72 et s., et spéc. p. 85.

(17) Dans une affaire relative à une audience de la chambre nationale de discipline auprès du conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, ledit conseil soutenait « qu'il est d'usage que les conclusions du commissaire du gouvernement soient portées à la connaissance des parties par la mise à disposition du dossier avant l'audience » ; le Conseil d'État a jugé que cet usage ne dispensait pas le conseil supérieur de l'obligation de communication de ces conclusions qui pesait sur lui [CE, 9 nov. 2011, n<sup>o</sup> 334047].

(18) P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n<sup>o</sup> 362.

(19) B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 88.

(20) F. Nammour, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, Bruylant-Delta LGDJ, 2009, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 394.

(21) P. Mayer et E. Silva Romero, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI) » : *Rev. arb.* 2011. 897.

du particularisme des usages processuels en matière d'arbitrages internationaux, les défauts avancés ne sont pas tous définitifs. Certes, des conflits d'usages processuels peuvent intervenir : va-t-on suivre les usages de la loi de la procédure, ceux de l'institution arbitrale, ceux des arbitres... ? Des règles existent toutefois en matière de conflits d'usages comme en matière de conflits de lois (22).

En outre, le risque de localisme sera largement compensé par l'émergence d'usages transnationaux de procédure qui permettent de dépasser les difficultés attachées à la diversité des règles nationales de procédure s'agissant notamment du statut de l'expert (23) ou du régime de la confidentialité (24). Enfin, la référence aux usages paraît particulièrement pertinente compte tenu de l'inapplicabilité de la loi de procédure du pays où la sentence a été rendue pour régir la procédure applicable aux instances arbitrales internationales (25).

Une dernière objection préalable tiendrait au caractère hors sujet de notre étude dans un dossier faisant le point sur l'application du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Ce décret est en effet particulièrement silencieux sur les usages ici étudiés. Sans être éloquent, ce silence n'est toutefois pas indifférent aux usages ici analysés. D'abord, la modification de certaines dispositions en matière de récusation (26) met fin à certains usages en la matière pour en créer de nouveaux en matière de déclaration d'indépendance. Par ailleurs, ce silence laisse la place à la plupart des usages déjà en vigueur. Enfin, la promotion des qualités de célérité et de loyauté découlant de l'article 1464 nouveau du Code de procédure civile invite à vérifier si des usages pourraient venir donner de la substance à ces notions floues.

Ces précisions apportées, tentons de vérifier si des usages peuvent se former (I) et produire effet (II) en matière de procédure arbitrale.

## **I. Des usages de l'arbitrage peuvent-ils se former ?**

L'existence d'usages susceptibles d'accéder au statut de coutume sanctionnée par le droit est classiquement subordonnée depuis Gény à l'exigence d'un élément matériel et d'un élément moral (27). Cette

analyse est aujourd'hui affaiblie. La loi réfère en effet directement aux usages sans évoquer la coutume (28). De son côté, la jurisprudence ne renvoie qu'exceptionnellement à la dichotomie de Gény (29). Enfin, la doctrine contemporaine critique le flou de l'énigmatique *opinio juris* constituant l'élément moral (30). Suivant les exigences de la jurisprudence contemporaine, on peut substituer à cette exigence classique la réunion de conditions objectives tenant aux comportements sous-jacents aux usages (A) et subjectives, tenant à l'appréciation des usages (B).

### **A. Conditions objectives**

#### **1. Des comportements identifiés**

Toutes sortes de comportements positifs ou par abstention sous forme de tolérances peuvent accéder à la nature d'usages. En matière d'arbitrage, ces comportements peuvent être le fait :

— des parties : ne pas assister aux débats, s'exprimer dans une certaine langue (31) ;

— des avocats : ne pas porter la robe, communiquer les pièces aux parties et aux arbitres de façon concomitante (32), introduire des clauses de *quota litis* dans leur convention d'honoraires dans le cadre d'un arbitrage international (33) ;

— des arbitres entre eux (désigner un président en lui conférant des pouvoirs particuliers...).

#### **2. Des comportements délimités**

Un comportement ne peut accéder à la qualification d'usage que pour autant qu'il est suffisamment délimité.

Cette délimitation porte d'abord sur l'activité en cause, en quelque sorte le marché pertinent. En matière d'arbitrage, la délimitation de l'usage se posera différemment selon que l'usage sera général à l'arbitrage, commun à un type d'arbitrage ou particulier à une instance déterminée. Pour délimiter un usage général à l'arbitrage, il faudrait identifier un marché de l'arbitrage. Le morcellement croissant de ce mode de règlement des litiges en fonction des secteurs d'activités (arbitrage en droit du sport, arbitrage spécifique au commerce de

[22] A. Brès, « Le renouveau dans l'application des usages : les conflits d'usages » : *JSS nov.* 2011, p. 25.

[23] S. Lazareff, « Déontologie et arbitrage » : *Gaz. Pal.* 2007, doct. p. 910 ; L'instruction de la cause. Élaboration du questionnaire et instructions à l'expert, « Les difficultés particulières de l'expert du tribunal arbitral [collaboration avec les parties, principe du contradictoire, confidentialité et secret des affaires ; le contrôle du président de l'arbitre délégué] », in *Arbitration and Expertise*, ICC/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1994, p. 59 et s.

[24] C'est ainsi un usage propre à l'arbitrage en droit international public qui exclurait la confidentialité de l'arbitrage dans ce secteur [C. Jarrosson et J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 » : *Rev. arb.* 2011. 5].

[25] *CA Paris*, 21 févr. 1980, *Gotaverken* : *JCP G* 1981, II, 19512, note P. Level.

[26] Art. 1452 ancien.

[27] F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1954, T. 1, p. 356. Pour l'auteur, « l'usage est le premier élément, et comme le substratum nécessaire de toute coutume juridique ».

[28] *C. civ.*, art. 1135, 1159 et 1160.

[29] V. *bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com*.

[30] Pour une critique de l'analyse classique empruntée à Gény : P. Deumier, *Le droit spontané*, *Économica*, coll. *Recherches juridiques*, 2002, n° 6.

[31] Dans la détermination de la langue de l'arbitrage, le tribunal arbitral peut ainsi se référer à la pratique établie entre les parties durant l'exécution du contrat [CCI, n° 12754, ord. de procédure, 3 nov. 2003].

[32] F. Nammour, *op. cit.*, n° 394.

[33] La cour d'appel de Paris a jugé « que cette forme de rétribution d'un avocat par son client est reconnue par les usages du commerce international » et qu'elle n'est point « contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet d'imposer une rémunération manifestement abusive » [CA Paris, 10 juill. 1992, n°s 91-21340 et 91-21606].

certaines denrées...) peut faire douter de l'existence de pareil marché et donc d'un usage général à l'arbitrage. Pour délimiter un usage commun à un type d'arbitrage, il faut d'abord identifier une communauté — un « club », diront certains — au sein duquel il a cours. Les usages sont différents selon que l'on est en matière interne ou internationale, selon que l'on est dans le cadre d'un arbitrage institutionnel ou *ad hoc*. L'éventualité d'un *preliminary hearing* ou d'un *post hearing* se rencontre surtout dans certains types d'arbitrages institutionnels. Les communautés d'arbitres et les usages seront aussi différents selon le secteur d'activité ; les arbitres sont ainsi souvent différents dans le secteur de la grande distribution ou dans l'industrie.

Il faut ensuite délimiter l'usage d'un point de vue géographique. On nous a ainsi indiqué que, dans les pays scandinaves, il était d'usage d'envoyer aux conseils des parties, pour vérification, la partie de la sentence contenant les faits et les prétentions des parties. En France, ce comportement serait probablement stigmatisé comme une atteinte au secret du délibéré arbitral imposé par l'article 1479 du Code de procédure civile (34).

Il faut enfin délimiter les usages dans le temps. En dépit de leur ancienneté, les usages vivent et meurent et il convient de s'assurer que l'usage que l'on souhaite revendiquer n'est pas tombé en désuétude ou n'est pas devenu caduc du fait d'un changement du contexte législatif dans lequel il était né. Face à un usage particulier à une instance arbitrale particulière, la délimitation est facilitée dans la mesure où il s'agira de l'instance en question voire en matière d'arbitrage complexe d'une instance voisine. Dans une contestation ayant donné lieu à une ordonnance de procédure, un tribunal arbitral s'est ainsi référé à la pratique des parties durant l'instance pour dispenser une partie de fournir une traduction de certaines pièces (35).

### 3. Des comportements qualifiés

Les qualités objectives requises pour que des comportements puissent accéder au rang d'usage sont nombreuses et varient selon les disciplines : leur répétition, leur ancienneté, leur généralité sont souvent citées. Cette dernière qualité impose une observation continue dans l'espace de la communauté et dans le temps, et l'on peut alors exiger une certaine constance.

S'agissant d'usages spécifiques à un type d'arbitrage, la particularité de chaque instance arbitrale peut faire douter de cette constance. Dominique Hascher observe ainsi que « chaque procédure doit être traitée selon ses besoins spécifiques » (36). À propos du délibéré et citant Claude Reymond, Jean-François Poudret et Sébastien Besson, Jean-Denis Bredin observe ainsi : « En réalité, les différents modes de délibéré relèvent de la pratique ou de « l'art » de l'arbitrage. Chacun a

sa manière et aucune ne s'impose » (37). Cette absence de constance paraît exacte pour le délibéré. Elle ne nous semble pas nécessairement vérifiée pour toutes les pratiques de l'arbitrage. Comme la spécificité de chaque contrat n'empêche pas l'existence d'usages en matière contractuelle, la spécificité de chaque instance arbitrale n'empêche pas la constitution d'usages sur des pratiques pour lesquelles on observe un grand mimétisme ; songeons ici à la désignation du président au sein du tribunal arbitral, au recours à certaines clauses d'usages dans les actes de mission ou aux rubriques figurant dans les déclarations d'indépendance pour lesquelles les centres d'arbitrages fournissent parfois des modèles. S'agissant d'usages particuliers à une instance arbitrale, la constance requise de l'usage sera plus facile à établir dans la mesure où elle n'exigera plus une référence à la pratique arbitrale en général mais dans le cadre particulier de la procédure durant laquelle l'usage sera invoqué.

## B. Conditions subjectives

### 1. Invocabilité

À supposer qu'il existe, l'usage ne pourra accéder à la vie juridique que si la partie ou l'arbitre qui souhaite l'utiliser a la faculté de le faire.

Cette invocabilité peut découler d'un renvoi explicite des parties aux usages. Dans un contexte extra-arbitral, la Cour de cassation a ainsi permis à un banquier d'échapper à un accord de principe conclu « sous les réserves d'usage » (38). Par analogie avec cette espèce, on pourrait imaginer qu'un arbitre qui accepterait sa désignation « sous les réserves d'usage » n'aurait pas accepté ses fonctions au sens de l'article 1456 du Code de procédure civile. Il pourrait donc régulièrement se désengager s'il découvrait notamment avant la constitution du tribunal arbitral des éléments de nature à le dissuader d'accepter sa fonction d'arbitre.

En l'absence d'un renvoi explicite aux usages, la double nature juridictionnelle et contractuelle de l'arbitrage conduit à fonder l'invocabilité des usages soit sur le respect de la déontologie, soit sur l'article 1135 du Code civil. À ce dernier titre, les différentes conventions plus ou moins implicites qui ponctuent un arbitrage (convention d'arbitrage déterminant l'objet du litige, contrat d'arbitre portant sur la mission de l'arbitre, contrat d'organisation de l'arbitrage avec le centre d'arbitrage...) permettent de justifier le recours à des usages sur un fondement consensuel. Ce fondement sera plus ou moins net. Ainsi, les usages de la CCI seront facilement invocables dans un arbitrage dépendant de cette institution et point nécessairement dans un autre cadre institutionnel ou dans un arbitrage *ad hoc*.

[34] J.-D. Bredin, *Le secret du délibéré arbitral, études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 71 ; J.-D. Bredin, « Retour au délibéré arbitral », in *Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 43.

[35] *Ord. de procédure*, 23 nov. 2004, n° 12946, CCI.

[36] *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, suppl. spéc.*, 2010, décisions sur la procédure d'arbitrage de la CCI, 2011, p. 6.

[37] J.-D. Bredin, « Retour au délibéré arbitral », in *Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 43.

[38] *Cass. com.*, 10 janv. 2012, n° 10-26149, considérant qu'un accord de principe donné par une banque « sous les réserves d'usage » implique nécessairement que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre de bonne foi, les négociations en cours ». La formule de l'accord de principe est utile en arbitrage où il est souvent commun de retarder la désignation du président pour éviter de faire partir le délai de principe de six mois à compter de la saisine du tribunal posé par l'article 1463 du Code de procédure civile.

Au-delà de cette faculté de se prévaloir des usages en fonction de règles déontologiques ou contractuelles, on peut signaler une tendance judiciaire permettant l'invocation des usages substantiels du seul fait de la participation à un marché ou un secteur d'activité (39). La difficulté de définir les contours du marché de l'arbitrage compliquerait toutefois le recours à cette technique d'invocabilité.

## 2. Licéité

À l'instar des contrats, l'illicéité des usages peut faire obstacle à leur formation. Sur le fondement de la jurisprudence qui a condamné plusieurs ordres des avocats pour avoir affecté la libre fixation des prix par le jeu du marché en diffusant des niveaux d'honoraires usuels (40), on pourrait nourrir quelques inquiétudes à l'endroit des barèmes d'honoraires usuels existant en matière d'honoraires et frais d'arbitrage (41).

Une première source de réconfort tiendrait à l'argument selon lequel seuls sont critiquables les barèmes instituant des *minima*. En revanche, seraient licites les barèmes expressément indicatifs visant « à connaître l'inconnu redoutable qu'est le montant des honoraires... » (42). Un second argument découlerait de ce que les barèmes n'émanent pas des arbitres mais généralement d'associations professionnelles auxquelles les arbitres n'appartiennent pas nécessairement. Ce deuxième argument n'est cependant pas non plus décisif. Ce constat pourrait inciter les associations professionnelles à recenser des observations en matière d'honoraires plutôt qu'à diffuser des barèmes toujours prescriptifs. Si des usages peuvent ainsi se former en matière de procédure arbitrale, reste à savoir s'ils peuvent effectivement produire des effets juridiques.

## II. Des usages de l'arbitrage peuvent-ils produire des effets ?

Comme les bonnes manières, les usages de l'arbitrage ont d'abord une fonction sociale. De nombreux concours universitaires ou *master classes* contribuent aujourd'hui à leur standardisation et à leur diffusion. Ces initiatives améliorent le professionnalisme des acteurs de l'arbitrage et sécurisent le développement de ce mode de règlement des litiges. Par-delà ce rôle social éminent, les usages n'accèdent véritablement à leur statut de règle de droit que s'ils produisent des effets juridiques et connaissent notamment une reconnaissance judiciaire.

On peut vérifier ces effets aussi bien en observant le statut de l'arbitre (A) que la régularité de la procédure (B).

## A. Effets des usages sur le statut des arbitres

### 1. Effets des usages sur les prérogatives des arbitres

Pour fonder la solidarité des litigants vis-à-vis de l'arbitre sur l'article 2002 du Code civil, Thomas Clay propose de fonder cette solidarité sur une « véritable coutume créatrice de droits au même titre que la solidarité commerciale ». L'auteur observe toutefois que cette explication « laisse insatisfait » (43). Une seconde illustration de l'effet des usages processuels concerne les pouvoirs du président du tribunal arbitral (44). Les textes français en matière d'arbitrage et le décret du 13 janvier 2011 en particulier sont très silencieux sur la personne de ce président (45). Il est pourtant très fréquent d'en désigner un et de lui conférer des pouvoirs spéciaux. Claude Reymond a ainsi observé : « il est devenu d'usage, dans l'arbitrage institutionnel comme dans l'arbitrage *ad hoc*, de conférer au président, par une clause spécifique du compromis ou de l'acte de mission, la faculté de prendre seul des décisions de procédure » (46). Le caractère usuel de ce type de clause permet-il de conférer au président du tribunal arbitral l'autorité de rendre seul pareilles ordonnances en l'absence de mandat préalable des co-arbitres, notamment dans l'acte de mission ? Le caractère juridictionnel et point simplement conventionnel de l'ordonnance de procédure incite à la prudence. Dominique Hascher observe ainsi « qu'une tâche aussi importante que l'organisation générale de la procédure excède de loin les pouvoirs propres d'un président de juridiction arbitrale ». L'objectif de célérité désormais reconnu ainsi que le fait que le tribunal arbitral soit seul compétent pour statuer sur son pouvoir juridictionnel (47) invitent à plus de tolérance. En tout état de cause, le président devra signer ces ordonnances au nom du tribunal arbitral. Éric A. Schwartz a évoqué une espèce dans laquelle un arbitre unique a invoqué « les coutumes locales (ici, celles de Singapour) » pour justifier un délai d'envoi de conclusions en réponse dans un délai très bref de deux semaines. La position de la défenderesse en dit long sur la résistance à cet argument : « Nous affirmons qu'en essayant de justifier une décision de procédure capitale par référence aux usages du système juridique dans lequel » pour le meilleur ou pour le pire cet arbitre a toujours travaillé », (...) l'arbitre a démontré qu'il ne peut pas ou ne veut pas admettre que les règles de procédure et les usages qui peuvent convenir à une juridiction de quelque 570 kilomètres carrés de surface, dont les juges et les conseils résident tous dans le ressort, parlent et lisent la langue dans laquelle les lois et les décisions de justice sont rédigées et sont tous des

[39] M. Bourdeau, « L'invocabilité des usages professionnels en matière contractuelle » : *RJDA* juin 2011, p. 459.

[40] V. notamment : *Cass. com.*, 13 févr. 2001, n° 98-22698 - *Cass. com.*, 21 mars 2000, n° 98-10183.

[41] [www.afa-arbitrage.com](http://www.afa-arbitrage.com).

[42] H. Ader et A. Damien, « Règles de la profession d'avocat » : *D.*, act. 2006-2007, n° 47-12.

[43] T. Clay, *op. cit.*, n° 889.

[44] La formule est préférable à celle souvent employée de « tiers arbitre » qui renvoie davantage à « l'arbitre complémentaire » visé par l'article 1451, alinéa 3 du Code de procédure civile.

[45] Seul l'article 1513, alinéa 3 du Code de procédure civile, en matière d'arbitrage international, évoque son intervention pour lui conférer la faculté remarquable de statuer seul à défaut de majorité.

[46] C. Reymond, *Le président du tribunal arbitral*, Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 467.

[47] *C. proc. civ.*, art. 1465.

praticiens de ces lois, ne conviennent pas automatiquement à un arbitrage CCI présentant des éléments d'extranéité disparates comme c'est le cas dans cet arbitrage » (48). Les trois illustrations qui précèdent (49) témoignent de réticences à l'endroit de la faculté pour des usages de définir les prérogatives des arbitres. En creux, elles illustrent néanmoins leur incontestable existence.

## 2. Effets des usages sur les devoirs de l'arbitre

On peine à identifier une obligation de l'arbitre qui ne trouverait sa source que dans un usage. Même lorsqu'ils identifient un usage, les juges reculent presque effrayés devant cette perspective. Dans une espèce où était en cause la constitution d'un tribunal arbitral, le tribunal de grande instance de Paris a ainsi jugé : « que s'il peut être d'usage, dans une procédure arbitrale, que les parties prennent l'accord des parties qui les ont désignés pour faire choix du troisième arbitre, il n'y a là aucune obligation, bien au contraire » (50).

On peut plus facilement concevoir l'usage comme une précision de certaines obligations, comme une « suite » de celles-ci pour reprendre les termes de l'article 1135 du Code civil. À ce titre, les usages peuvent servir de critère d'appréciation des diligences attendues de l'arbitre et des conseils. L'absence de précédent jurisprudentiel fondant la responsabilité de l'arbitre sur un défaut de respect des usages n'invalide pas l'existence de cet effet contractuel. Le peu de jurisprudence en matière de responsabilité des arbitres limite en effet les précédents (51). On pourrait ainsi mobiliser les usages pour apprécier le respect de la célérité que l'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile impose aujourd'hui aux arbitres. Le respect de la bonne foi (52) ou de la loyauté procédurale pourrait aussi s'appuyer sur la démonstration du respect de comportements usuels (53). Dans ce rôle de complément du contrat, l'usage pourra aussi bien avoir un effet aggravateur que modérateur de l'obligation principale.

### B. Effets des usages sur la régularité de la procédure

À côté des effets des usages sur le statut et la responsabilité des arbitres, peut-on envisager des effets purement processuels conduisant à une sanction telle que l'irrecevabilité ou la nullité de la sentence ? Cela paraît douteux dans la mesure où le fondement conventionnel permettant d'invoquer les usages est ici affaibli.

Ce pessimisme de départ peut cependant être atténué. La relative brièveté du livre V du Code de procédure civile consacré à l'arbitrage conduit nécessairement à un vide législatif en matière de procédure arbitrale. Ce vide législatif n'est pas un vide juridique dans la mesure où l'article 1464 du code renvoie à différents principes et notamment à certains principes directeurs du procès. Le complément offert par les principes ne permet cependant pas de répondre à toutes les questions processuelles et invite à mobiliser aussi les usages notamment sur des questions bien précises. En cours d'instance, les délais de communication des pièces relèvent ainsi du principe du contradictoire. La mise en œuvre concrète de ce principe impose bien souvent de se référer à la pratique antérieure des parties.

En fin d'instance, les modalités de signature de la sentence permettent aussi de recourir aux usages. Si l'article 1480 du Code de procédure civile indique que la sentence doit être signée, il ne dit rien des modalités de cette signature et notamment de l'exigence d'un paraphe sur chaque page de la sentence. La pratique des arbitres à l'occasion de conventions d'arbitrage ou de sentences antérieures pourra être pertinente pour déterminer les sanctions attachées au non-respect des règles de signature de la sentence. La cour de Paris a ainsi validé une sentence qui contenait des dates de signature contradictoires en recourant aux mentions contenues dans le corps de la décision. Cette solution aurait été fragilisée par une absence de paraphe de chaque page de la sentence surtout dans l'hypothèse où les parties auraient paraphé toutes les pages de sentences antérieures.

Dans ces deux cas, il est fort douteux que l'usage puisse à lui seul conduire à l'irrecevabilité d'une pièce ou à la nullité d'une sentence. L'usage pourrait néanmoins jouer un rôle atténué sous forme de complément à un principe ou de considération permettant d'invalider une sentence (54). En dépit de la pauvreté de la jurisprudence, nous avons détecté l'existence d'usages processuels dans la terre de l'arbitrage. Cette détection se prolonge par une invitation aux professionnels de la matière à puiser davantage dans l'inépuisable source des usages pour irriguer non seulement le droit matériel de l'arbitrage mais aussi son versant processuel.

Pierre MOUSSERON

Agrégé des universités

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

[48] Cité par E. A. Schwartz, in *Les droits et les devoirs des arbitres CCI*, in *Le statut de l'arbitre*, suppl. spéc., Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, p. 72 et s., et spéc. p. 85.

[49] L'étude du montant et de la répartition des honoraires des arbitres pourrait aussi mobiliser les usages.

[50] TGI Paris, 4 avr. 2003 : Rev. arb. 2005, 162, obs. L. Jaeger.

[51] Dans sa thèse à jour au 31 décembre 2000, Thomas Clay indique ainsi qu'il n'existe qu'un arrêt ayant reconnu la responsabilité d'un arbitre (op. cit., n° 928). La jurisprudence figurant sous l'article 1456 ancien du Code de procédure civile (Dalloz 2012) montre un développement de ces situations.

[52] Dans le sens de ce relais qu'apportent les usages commerciaux à la démonstration de l'exécution de la duty of good faith : L. Bernstein, « The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy » : A Preliminary Study, 66 U. Chi. L. Rev. 710, 1999.

[53] La définition des comportements à adopter en cas de demande de récusation ou de carence pourrait aussi s'appuyer sur les usages. À ce titre, l'article 14 de la loi type sur l'arbitrage commercial international de la CNUDCI modifiée en 2006 indique à ce titre : « Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou, pour d'autres raisons, ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin ». Le recours au standard subjectif de la raison pourrait être utilement relayé et précisé par le recours à la technique plus objective des usages.

[54] CA Paris, 12 sept. 2002 : Rev. arb. 2003, 173, note M.-E. Boursier.