

L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue

Approche critique du droit français à la lumière du droit comparé

Andrea PINNA & Augustin BARRIER
Avocats au Barreau de Paris (Bredin Prat)

RÉSUMÉ

Sur le fondement de l'immunité découlant du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, la jurisprudence française a exclu que l'arbitre puisse participer de quelque manière que ce soit au recours en annulation intenté contre la sentence qu'il a rendue. Il semble pourtant que le juge de l'annulation et les parties pourraient bénéficier des éclaircissements que l'arbitre pourrait fournir, ce qui est confirmé par le droit comparé de l'arbitrage, dont l'étude montre que nombreux systèmes juridiques étrangers admettent, avec des garde-fous, que l'arbitre puisse contribuer à l'instruction du recours en annulation.

ABSTRACT

On the ground of immunity deriving from the jurisdictional power of the arbitrator, French case law prohibited the arbitrator's participation, in any way, in the proceedings initiated with a view to setting aside the award he rendered. It seems however that the judge in charge of the annulment proceedings and the parties could benefit from the clarifications arbitrators could provide; this is confirmed by comparative arbitration law, the study of which reveals that numerous foreign legal systems accept, with limitations, that arbitrators contribute to the taking of evidence in annulment proceedings.

1. L'arbitre peut-il, à sa demande ou à la demande des parties intéressées, fournir son concours à l'instance ayant pour objet le contrôle de la sentence qu'il a rendue ? Pour un praticien français de l'arbitrage, la question pourrait sembler rhétorique tellement il est acquis depuis longtemps en droit positif que l'arbitre ne saurait être ni partie, ni témoin au recours en annulation.

2. Pourtant, de nombreux griefs d'annulation de la sentence arbitrale admissibles devant le juge français n'ont pas trait à l'exercice par l'arbitre de son pouvoir juridictionnel, si bien qu'il n'est pas possible d'exclure la possibilité du concours de l'arbitre sur le seul fondement d'obligations de confidentialité auxquelles il est tenu ou du secret du délibéré qui sont des arguments qui seraient de nature à empêcher la communication de certains documents et informations en leur possession seulement.

3. S'il fallait, à ce stade, ne prendre qu'un seul exemple afin de rendre moins abstraite la discussion qui suivra, on choisira celui du principe de collégialité, qui, selon les termes employées par la Cour de cassation, « suppos[e] que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute décision avec ses collègues »¹ et dont la violation par les arbitres conduit à l'annulation de la sentence par contrariété à l'ordre public procédural, qu'il soit interne ou international. Toute en affirmant l'importance de la collégialité au sein d'un tribunal composé par une pluralité d'arbitres, la jurisprudence française rejette dans les faits la plupart des recours fondés sur ce grief en relevant que le demandeur à l'annulation de la sentence n'apporte pas la preuve de l'absence de participation d'un arbitre au délibéré² en établissant, à défaut d'éléments en sens contraire, une présomption de collégialité³.

4. Une telle solution amène immédiatement à se poser la question de savoir si ce ne sont finalement pas les seuls arbitres qui ont rendu la sentence qui peuvent éclairer le juge du contrôle de la sentence sur les circonstances factuelles qui ont présidé à la délibération et en particulier de savoir si une délibération collégiale a effectivement eu lieu. Il convient de noter que les informations que l'arbitre apporterait ne constitueraient pas une violation du secret du délibéré dès lors qu'il ne s'agit nullement de demander aux arbitres de fournir des précisions sur le contenu de celui-ci, mais sur sa seule logistique. En s'arrêtant à poser le principe de collégialité tout en refusant de conférer aux parties les instruments procéduraux leur permettant d'obtenir la protection effective de leurs droits, le droit français de l'arbitrage n'encourt-il pas la critique d'être contradictoire ? Le droit français de l'arbitrage n'est-il finalement pas trop dogmatique en fournissant aux parties à l'arbitrage des garanties sur le papier, toutefois dénuées en fait d'efficacité faute de règles concrètes permettant une instruction approfondie et complète des faits essentiels à l'appréciation du contrôle de la sentence ?

5. L'éventuelle insuffisance des règles qui président à l'instruction de l'instance peut d'ailleurs tout autant aboutir à un résultat diamétralement opposé : l'annulation de sentences pour griefs qui peuvent finalement ne pas être réels. Le concours de l'arbitre à l'instruction semble donc potentiellement utile, non seulement à charge – afin d'identifier des vices de la sentence –, mais également pour tenter de la sauver face aux attaques qu'elle peut subir de la part d'une partie mécontente de l'issue de la procédure arbitrale.

6. Il n'est peut-être pas hasardeux d'inclure dans cette catégorie les cas d'annulation d'une sentence arbitrale fondés sur le défaut d'indépendance de

1. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, Sté La Marocaine de Loisirs (MDL) c/ France Quick SAS, pourvoi n° 08-17661 ; Cahier de l'Arbitrage 2010, 863, obs. L.C. Delanoy ; Rev. arb. 2009, 658 ; D. 2009, 2959, obs. Th. Clay ; RJ com. 2010/1, obs. B. Moreau.

2. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, préc.

3. Cf. explicitement, Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, Société Papillon Group Corp. c/ République arabe de Syrie et autres, pourvoi n° 09-17346 ; Rev. arb. 2011, 958, note V. Chantebout : « dès lors qu'il existe une présomption de délibéré de la sentence et qu'il appartient à celui qui prétend à une absence de délibération de le prouver, la cour d'appel a pu déduire de ces éléments que le principe de collégialité n'avait pas été violé ».

l'arbitre. Sans qu'il soit, dans cet article, nécessaire (voire possible) de retracer l'important débat actuellement en cours en France sur cette question⁴, il est permis de s'interroger sur la pertinence du fait d'avoir des débats judiciaires sur un prétendu défaut d'indépendance de l'arbitre sans que celui-ci puisse être entendu par le juge du contrôle sur un sujet qui le concerne pourtant directement et sur lequel il n'est pas exclu qu'il puisse apporter des éléments importants en vue de la manifestation de la vérité. Il faut pourtant admettre que le choix que semble faire la jurisprudence française d'une appréciation de l'indépendance d'un arbitre, ou son défaut, à la lumière de critères de plus en plus abstraits, tels que le recours au concept de « doute raisonnable », prive de toute utilité les éclairages concrets qui pourraient être apportés par l'arbitre dont le défaut d'indépendance est allégué⁵. Le droit français peut toutefois surprendre lorsque l'on rencontre des décisions judiciaires annulant une sentence pour défaut d'indépendance objective d'un arbitre, sans permettre d'apporter la preuve contraire de l'indépendance concrète ou même affirmant que le juge du contrôle a la conviction de la plus complète probité de l'arbitre dont l'indépendance est mise en doute⁶.

7. Lorsque l'on analyse la façon dont est appréhendée l'instruction de l'instance ayant pour objet le contrôle de la sentence, on remarque rapidement que le modèle français est loin de faire l'unanimité. Alors que le droit français de l'arbitrage constitue souvent un modèle pour les autres pays, l'analyse du droit comparé montre que tel n'est pas nécessairement le cas concernant le rôle de l'arbitre dans la procédure du recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue. On a d'ailleurs plutôt le sentiment que, dans ce domaine, le droit français se trouve plutôt isolé.

8. L'une des raisons qui expliquent cette situation est que les différences ne se trouvent pas nécessairement dans les différentes lois sur l'arbitrage, dont on constate une convergence de plus en plus systématique, notamment en ce qui concerne le contrôle de la sentence arbitrale par les juridictions étatiques et en particulier des griefs limités qui peuvent donner lieu à son annulation. C'est surtout dans les règles nationales propres à la procédure civile que réside généralement la source de la divergence du régime de l'instruction du recours en annulation ; chaque système juridique étant imprégné par ses principes généraux de procédure civile qui sont applicables à toutes les actions juridictionnelles et qui ne sont pas propres au seul droit de l'arbitrage.

3. Dès lors, la seule comparaison des lois sur l'arbitrage de différents pays n'est pas de nature à rendre compte des divergences qui président au contrôle de la validité

4. V. parmi les nombreux articles récents, Daniel Cohen, « Indépendance des arbitres et conflit d'intérêts », *Rev. arb.* 2011, 611 et s.

5. Sur cette évolution, cf. Daniel Cohen, art. préc., spéc. p. 642-643, et la jurisprudence citée.

6. C'est pourtant la solution qui semble suivre une partie de la jurisprudence la plus récente, CA Reims, 2 nov. 2011, SA J & P. Avax c/ Société Tecnimont, JCP éd. G 2011, 1432, note J. Béguin et 2540, chron. Béguin, Ortscheidt ; D. 2011, p. 3023, chron. Th. Clay ; Cahiers de l'Arbitrage, 2011-4, p. 1109-1125, note Th. Clay ; CA Paris (Pôle 1, ch. 1), 10 mars 2011, Tecso c/ Neoelectra Group, Cahiers de l'Arbitrage, n° 2011-3, p. 787, note M. Henry ; Gaz. Pal., 15 mai 2011, n° 135-137, p. 19, note D. Bensaude.

d'une sentence arbitrale. Il suffit par exemple de comparer les deux décisions, aboutissant au même résultat, ayant été rendues dans l'affaire *Chantiers de l'Atlantique SA c/ Gaztransport & Technigaz SAS* respectivement par la Cour d'appel de Paris⁷ et la High Court de Londres⁸, pour remarquer que l'instruction du contrôle de la validité de la sentence arbitrale n'est pas la même en France et outre-Manche. La différence entre une audience de plusieurs jours devant le juge anglais au cours de laquelle le processus arbitral a été minutieusement disséqué et une audience de quelques minutes devant la Cour d'appel de Paris au cours de laquelle cette analyse n'a pas pu avoir lieu, est naturellement de nature à avoir potentiellement une conséquence sur la manifestation de la vérité et la conviction des juges chargés du contrôle de la sentence.

10. La variété des modèles du droit comparé dépasse l'exemple précité et concerne tous les systèmes juridiques. Dès lors que ces circonstances peuvent avoir un impact sur l'effectivité concrète du contrôle de la sentence, on ne peut que se réjouir de l'initiative du Comité français de l'arbitrage de créer un groupe de travail sur « les modalités du contrôle de la sentence arbitrale dans les différents pays européens »⁹.

11. L'objet du présent article est beaucoup plus modeste car il ne concerne qu'une des « modalités » du contrôle de la sentence : le rôle et la participation de l'arbitre à l'instruction d'une instance juridictionnelle ayant cet objet. Pour procéder à cette analyse, il sera nécessaire de commencer par l'étude du modèle français et de ses fondements (I) pour ensuite procéder à un panorama de droit comparé (II). Cela permettra de montrer que l'assimilation de l'arbitre à un véritable juge et l'immunité qui en découle, également reconnue à l'étranger, n'est pas de nature à s'opposer de manière systématique et complète au concours, volontaire ou forcé, de l'arbitre à l'instance qui a pour objet le contrôle de la sentence qu'il a rendue.

I. Le modèle français et ses fondements

A. Le droit positif

12. Ainsi que l'affirmait le Professeur Philippe Fouchard dans son article fondateur intitulé *le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, « juge dans l'instance arbitrale, l'arbitre ne peut être partie lors des procédures judiciaires

7. CA Paris, 1^{er} avril 2010, *Chantiers de l'Atlantique SA c/ Gaztransport & Technigaz SAS*, RG n° 09/0768, Gaz. Pal., 25 juillet 2010, n° 206-208, p. 20, note D. Bensaudé ; D. 2010, p. 2933, chron. Th. Clay.

8. High Court, 20 décembre 2011, *Chantiers de l'Atlantique SA c/ Gaztransport & Technigaz SAS*, [2011] EWHC 3383 (Comm). Cf. aussi les décisions françaises et anglaises aboutissant au résultat contraire rendues dans l'affaire *Dallah*, CA Paris, 17 fév. 2011, Gouv. du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses c/ *Dallah*, Cahiers de l'arbitrage 2011-2, 433, note G. Cuniberti ; *Dallah Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46.

9. Rev. arb. 2012, 239.

ultérieures dirigées contre sa sentence »¹⁰. Le droit français de l'arbitrage s'oppose non seulement à permettre que les arbitres participent (de façon volontaire ou forcée) en tant que *parties* à l'instance en annulation contre la sentence, mais également en tant que *témoins* afin d'éclairer le juge saisi du contrôle de la sentence qu'ils ont rendue.

13. La participation de l'arbitre à l'instance en annulation en tant que partie a été explicitement exclue par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt qu'il a rendu dans l'affaire *Frydman c/ L'Oréal* le 9 avril 1992 lorsqu'elle a considéré que : « selon les règles d'ordre public auxquelles est soumis le recours en annulation d'une sentence arbitrale, l'instance ne peut viser que la sentence, et non l'arbitre, qui n'est pas partie dans ce débat, et dont seulement la responsabilité pourrait, le cas échéant, être recherchée, mais par une procédure autonome, obéissant à d'autres règles »¹¹.

14. L'audition de l'arbitre en tant que témoin a été exclue par un attendu de principe tout aussi explicite fondé sur les règles du Code de procédure sur l'administration de la preuve concernant les parties (articles 184 et s.) et les tiers (articles 199 et s.) à l'instance, la Cour d'appel de Paris considérant dans l'arrêt, *Époux Rouny c/ Sté Holding RC* que « l'audition de l'arbitre dans l'instance d'appel concernant la sentence n'est pas une mesure d'instruction légalement admissible » car « l'arbitre, même dessaisi par l'effet de la sentence n'est pas un tiers par rapport au litige qu'il a jugé ; qu'investi de la mission de trancher ce litige, il accède dès acceptation de sa mission au statut de juge par l'effet du contrat d'investiture ; qu'il possède donc les mêmes droits et doit respecter les mêmes devoirs qu'un juge, dont l'audition personnelle, dans une instance où il n'est pas lui-même partie, n'est pas légalement possible »¹². Cette considération selon laquelle l'arbitre n'est pas un véritable tiers au recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue a également conduit les juridictions françaises à déclarer irrecevable la tierce opposition formulée par l'arbitre contre l'arrêt ayant annulé la sentence qu'il a rendue en raison du comportement personnel de l'arbitre¹³.

15. La réforme récente du droit français de l'arbitrage n'ayant pas modifié la solution, il faut bien admettre qu'en France, l'instruction d'un recours en annulation se passe toujours du concours, à un titre ou à un autre, de l'arbitre ayant rendu la sentence. On aurait pourtant pu penser qu'un tel concours pourrait présenter un intérêt pour la manifestation de la vérité et ainsi faciliter la tâche du juge du contrôle de la sentence.

16. Certaines décisions des juges du fond, dans des circonstances similaires, semblent commencer à admettre que les arbitres puissent être entendus. Deux

10. Ph. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.* 1996, p. 326 et s., spéc. p. 336 ; reproduit dans *Écrits*, CFA, 2007, p. 147 et s.

11. CA Paris, Ch. 1^{re} civ., 9 avril 1992, *Sté Annahold BV et B. Frydman c/ L'Oréal* et autres, *Rev. arb.* 1996, 487.

12. CA Paris, Ch. 1^{re} civ., 29 mai 1992, *Époux Rouny c/ Sté Holding RC*, *RTD com.* 1992, 588, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1996, 409.

13. CA Paris, Ch. 1^{re} civ., 6 décembre 1994, *V. c/ Société Raoul Duval* et autre, *Rev. arb.* 1996, 416 ; *JCP* 1995, I, 207 obs. L. Cadiet.

ARTICLES

ordonnances rendues en la forme des référés sur des demandes de récusation d'un arbitre se sont prononcées sur la possibilité d'assigner un arbitre dans le contexte d'une demande en récusation. À cette question, le Tribunal de grande instance de Toulouse a répondu par la négative en considérant que « dans le cadre d'une action en récusation introduite par l'une des parties à l'encontre de l'arbitre désigné par l'autre partie, cet arbitre n'a nullement qualité, au sens des articles 31 et 32 du Code de procédure civile, pour agir en défense en l'absence d'intérêt légitime au succès ou au rejet de la demande litigieuse » car « cette demande se rattache à l'exécution de la convention d'arbitrage [et] ne concerne que ces seules co-contractantes »¹⁴. Alors que la demande concernait le même arbitre et une affaire similaire, le Tribunal de grande instance des Paris vient d'adopter la solution contraire aux motifs que « si l'assignation n'est pas en général dirigée contre l'arbitre dont la récusation est demandée, mais uniquement contre l'autre partie à l'arbitrage, le juge peut décider d'entendre les arbitres oralement s'il l'estime utile ; que le fait que [l'arbitre] ait été appelé dans la cause et ait ainsi pu formuler dans des conclusions ses observations ne rend pas la demande de récusation irrecevable »¹⁵.

17. Il convient d'admettre que l'ordonnance rendue le 2 mars 2012 par le magistrat parisien ne correspond toutefois pas à la tendance majoritaire qui consiste à considérer que l'arbitre ne peut pas participer à un titre ou à un autre à l'instance ayant pour objet l'arbitrage, à l'exception de celle qui porte sur sa responsabilité ou ses honoraires, voire celle où la loi l'autorise à saisir le juge d'appui. Le fait que cette ordonnance ait été rendue dans une instance en récusation devant le juge d'appui et non pas lors du contrôle postérieur de la sentence qu'il a rendue pourrait d'ailleurs expliquer cette différence de traitement.

18. Les règles de procédure civile française semblent toujours s'opposer à l'intervention de l'arbitre dans la procédure du recours en annulation. Celui-ci n'étant pas tiers à la sentence qu'il a rendue ne peut non seulement être entendu comme témoin, mais ne peut non plus être attiré à la procédure en tant qu'intervenant forcé par la défenderesse au recours en annulation¹⁶. Il ne peut non plus être un intervenant volontaire que cela soit à titre principal ou accessoire, une jurisprudence classique déclarant irrecevable l'intervention volontaire de l'autorité ayant rendu la décision objet du recours. Il a été ainsi jugé que « le Conseil de l'Ordre des avocats, juridiction disciplinaire, est irrecevable à intervenir devant les juridictions saisies d'un recours contre sa décision »¹⁷ ou encore que « nul ne pouvant être juge et partie, les membres de la Commission administrative qui ont statué en matière de révision des listes électorales ne peuvent pas intervenir devant le tribunal d'instance saisi des contestations élevées contre les décisions de cette commission »¹⁸. La jurisprudence ne s'est pas, à notre connaissance, prononcée sur cette question en matière

14. TGI Toulouse (ord. réf.), 20 septembre 2011, SAS CSF France c/ X., RG n° 11/01946.

15. TGI Paris (ord. réf.), 2 mars 2012, SAS CSF c/ SART Lamotte Distribution et X., RG n° 12/51029.

16. Cf. CA Paris, Ch. 1^{re} civ., 9 avril 1992, Sté Annahold BV et B. Frydman c/ L'Oréal et autres, préc.

17. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1981, Bull. civ. I, n° 215 ; RTD civ. 1982, 468, obs. R. Perrot.

18. Cass. 2^e civ., 8 mars 1978, Bull. civ. II, n° 57 ; D. 1978, 369, note C. Cortial.

d'arbitrage, mais elle devrait être transposée à l'arbitre conduisant à l'impossibilité pour lui d'intervenir dans l'instance en annulation.

19. Pourtant, il existe potentiellement un double intérêt pratique à admettre l'intervention de l'arbitre dans une telle procédure. Le premier a trait à l'instance en annulation même, dans laquelle le concours de l'arbitre, en qualité de partie ou de témoin, pourrait être de nature à faciliter une meilleure instruction de la cause. D'autre part, lorsque le comportement personnel de l'arbitre est utilisé comme moyen d'annulation, celui-ci peut avoir un véritable intérêt à fournir sa version, ne serait-ce que pour défendre sa réputation et se prémunir contre une éventuelle et subséquente action en responsabilité qui pourrait le viser. Il est compréhensible que, dans certaines hypothèses, l'arbitre n'ait pas envie de laisser cette charge incomber uniquement à l'autre partie à l'arbitrage – défenderesse au recours en annulation –, dès lors qu'il est certain que les constatations qui pourront être faites par le Juge du recours en annulation seront par la suite utilisées lors d'une éventuelle action en responsabilité contre l'arbitre. Il est vrai que ces constatations n'auront pas, devant le juge de la responsabilité, l'autorité de la chose jugée, mais il est tout aussi probable que la volonté d'éviter la contradiction de décisions (celle sur la validité de la sentence et celle sur la responsabilité de l'arbitre) pourra dans les faits avoir un impact.

20. Ces considérations ne l'ont visiblement pas emporté en France, face aux raisons qui ont milité pour la solution inverse. En effet, au soutien de cette solution fondée sur la considération que les arbitres ne sont ni tiers, ni partie au recours en annulation, la doctrine avance traditionnellement des raisons parfaitement sérieuses. Force est de constater que d'autres systèmes juridiques confèrent moins d'importance à ces raisons puisqu'ils admettent d'une façon ou d'une autre la participation de l'arbitre à l'instruction du contrôle de la sentence arbitrale.

B. Les fondements des solutions du droit positif

21. La solution retenue en droit français de l'arbitrage dérive de l'assimilation pleine et complète de l'arbitre à un juge. La Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Époux Rouny c/ Sté Holding RC*¹⁹ a clairement justifié sa solution selon laquelle il n'est pas un tiers par rapport au litige qu'il a tranché sur le fait que l'arbitre acquiert le « statut de juge ». C'est donc en raison de leur qualité de juge que la jurisprudence française refuse d'entendre le témoignage des arbitres.

22. C'est d'ailleurs sur la même raison que l'on refuse que l'arbitre puisse en principe être mis en cause personnellement dans un recours en annulation. Philippe Fouchard dans son article précité indiquait justement que « de même que tout juge étatique dont la décision est attaquée devant une juridiction supérieure n'est ni présent, ni appelé à cette nouvelle procédure, de même l'arbitre ne peut être impliqué personnellement dans la contestation de sa sentence »²⁰, l'éminent spécialiste

19. Préc.

20. Article préc. p. 334.

expliquant qu'il s'agit « d'une règle statutaire destinée à protéger tous les juges, publics ou privés, et à garantir leur sérénité avant, pendant, et après leur décision »²¹.

23. C'est donc sur le fondement de l'immunité des arbitres²², calquée sur l'immunité des juges étatiques, que s'est construit le refus de la participation des arbitres dans l'instance en annulation engagée contre la sentence qu'ils ont rendue. Mais il est acquis que l'immunité ne met à l'abri les arbitres que dans le strict exercice de leur pouvoir juridictionnel, cette immunité ne s'appliquant plus lorsqu'il est question des agissements des arbitres en dehors d'un tel exercice du pouvoir juridictionnel. Les Professeurs Fouchard, Gaillard et Goldman indiquent à cet égard que « certes, l'arbitre bénéficie, en tant que juge, d'une immunité de principe, qui interdit notamment de le poursuivre pour les erreurs même graves, qu'il aurait pu commettre en rendant sa sentence. Mais les fautes commises dans la conduite de l'instance arbitrale s'analysent en des manquements contractuels dont ce prestataire de services à titre onéreux est appelé à répondre selon les termes du droit commun »²³. Le droit positif a suivi cette approche et a considéré que lorsqu'il s'agit de l'exercice du pouvoir juridictionnel, la responsabilité de l'arbitre est calquée sur celle du juge étatique et n'est que très exceptionnellement engagée qu'en cas de fraude, dol ou faute lourde de l'arbitre²⁴. En revanche, en dehors de l'exercice du pouvoir juridictionnel, le comportement de l'arbitre peut donner lieu à la mise en jeu de sa responsabilité dans les conditions de droit commun sur la base des obligations souscrites dans le contrat d'arbitre et, à ce titre, l'arbitre n'est plus assimilé à un juge, mais à un prestataire de services rémunéré²⁵. La dichotomie entre, d'une part, l'exercice du pouvoir juridictionnel par l'arbitre, en relation avec lequel il bénéficie d'une immunité et, d'autre part, d'obligations découlant du contrat d'arbitre indépendantes de l'exercice de ce pouvoir, ouvrant droit à la responsabilité contractuelle de droit commun, a été récemment confirmée par la Cour de cassation²⁶.

24. La justification de l'assimilation de l'arbitre au juge étatique, si elle permet donc de refuser la participation de l'arbitre à l'instance d'annulation dans le cas où le grief d'annulation allégué a trait à l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il ne saurait justifier un tel refus lorsque l'exercice d'un tel pouvoir juridictionnel n'est pas concerné par le recours en annulation. Or, plusieurs griefs d'annulation d'une sentence arbitrale admissibles en droit français n'ont nullement trait à l'exercice d'un tel pouvoir. Outre les exemples précédemment cités relatifs au respect des principes

21. *Ibid.*

22. Sur l'immunité de l'arbitre, cf. Th. Clay, *L'arbitre*, thèse Dalloz, 2001, n° 564 et s.

23. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1144.

24. Cf. Th. Clay, *L'arbitre*, thèse préc. n° 580 et s. ainsi que les références citées. La jurisprudence parle aussi de « faute personnelle » de l'arbitre constituant un « manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle », v. par ex. CA Paris, 1^{re} Ch. A, 22 mai 1991, *Bompart c/ Consorts C. et autres*, Rev. arb. 1996, 480.

25. Cf. Th. Clay, *L'arbitre*, thèse préc., n° 928 et s., ainsi que les références citées.

26. V. très explicite, Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 2010, *Sté CNCA-CEC et Charasse c/ B. et autre*, Bull. civ. I, n° 233 ; Rev. arb. 2011, 944 (responsabilité de l'arbitre non retenue en l'espèce).

de collégialité du délibéré ou de l'indépendance de l'arbitre, on peut par exemple considérer que l'obligation des arbitres de rendre leur sentence dans les délais d'arbitrage stipulés ou imposés ne fait pas partie de l'exercice du pouvoir juridictionnel, bien qu'il ait été affirmé qu'il conviendrait de distinguer selon que le dépassement du délai d'arbitrage dépend d'une négligence de l'arbitre ou d'une mauvaise interprétation de sa part de la clause délimitant le délai d'arbitrage²⁷.

25. La justification avancée ne saurait donc valoir que lorsque l'intervention de l'arbitre a pour objet de l'entendre sur des questions ayant trait à l'exercice de son pouvoir juridictionnel. Mais au-delà de la considération que l'assimilation de l'arbitre au juge ne saurait couvrir l'ensemble des activités de celui-ci qui peuvent être discutées à l'occasion du contrôle de la sentence, force est de constater que d'autres systèmes juridiques, tout en admettant le principe d'immunité de l'arbitre à l'instar du droit français, n'opposent nullement un refus général à la participation de l'arbitre à l'instance en annulation de la sentence qu'il a rendue.

II. Les alternatives proposées en droit comparé de l'arbitrage

26. Il convient au préalable de rappeler que le principe d'immunité de l'arbitre est un des principes les mieux partagés entre toutes les juridictions ayant à traiter de recours en annulation, les juridictions de *Common-law* étant sans doute celles qui lui donnent le plus d'importance²⁸. Force est donc de constater que ce n'est pas la reconnaissance ou non de l'immunité de l'arbitre qui joue le rôle de ligne de fracture entre la position française et celle des autres systèmes juridiques qui donnent une place plus importante à l'arbitre dans la procédure de recours en annulation.

27. Avant de s'intéresser aux solutions adoptées par les autres systèmes juridiques au sujet du concours de l'arbitre dans la procédure visant à l'annulation de sa sentence, il est intéressant de noter que les conséquences tirées par les juridictions françaises du principe d'immunité semblent partagées par les rédacteurs de certains règlements d'arbitrage, pour qui la fin des fonctions des arbitres et du centre d'arbitrage équivaut à l'extinction de leurs devoirs envers les parties en ce qui concerne l'arbitrage. À l'exception des situations de fraude, de faute ou de négligence, ces règlements d'arbitrage prévoient en effet que, dès lors que la sentence a été rendue et que les délais prévus pour y apporter des rectifications ou en demander l'interprétation sont échus, les arbitres se trouvent déliés de toute obligation ayant trait à l'arbitrage et les parties ne peuvent solliciter leur témoignage dans une procédure relative à l'arbitrage. Pour ne citer que quelques exemples, il en est ainsi notamment

27. E. Loquin, « Arbitrage, l'arbitre, conditions d'exercice, statut », *Juris-Classeur, Procédure civile*, fasc. 1015, n° 81.

28. V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, n° 1077 et s.

de l'article 31.2 du Règlement de la LCIA²⁹, de l'article 45 du nouveau Règlement suisse d'arbitrage international³⁰.

28. Si l'efficacité de ce type de stipulations ne serait pas remise en cause par une juridiction française qui en partage la substance, on peut cependant se demander ce qu'il en serait d'une juridiction dont les règles de procédure civile prévoient la possibilité de demander le témoignage d'un tiers, en l'occurrence d'un arbitre. Même si les juridictions américaines ont pu affirmer leur pleine efficacité³¹, des commentateurs du Règlement d'arbitrage suisse ont examiné cette question en montrant que cette stipulation n'avait pas réellement d'efficacité en soi et devait être examinée à la lumière des règles applicables à la procédure de recours contre la sentence³².

29. Cette décision est assez éclairante dans la mesure où elle révèle que d'autres systèmes judiciaires apprécient très librement la possibilité pour l'arbitre de participer, volontairement ou non, au recours en annulation de la sentence (A). Le statut de l'arbitre et l'immunité qui en découle n'interviennent alors que pour limiter ou définir, avec une amplitude variable, le périmètre de cette intervention (B).

A. Un principe répandu de participation possible de l'arbitre à la procédure visant à l'annulation de sa sentence

30. Ce sont les juridictions anglaises qui, les premières, ont eu dès la fin du XIX^e siècle, l'occasion de se pencher sur la question de la participation possible de l'arbitre à la procédure tendant à l'annulation de sa sentence. Par une décision fondatrice *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works*, les juges anglais ont établi qu'aucun motif d'ordre public ne s'oppose à ce qu'un arbitre puisse être considéré comme un témoin comme un autre pour concourir à la manifestation de la vérité dans une procédure judiciaire, et ce en dépit des éventuelles objections qui peuvent être légitimement soulevées du fait de son statut de juge : « With regard to the competency of the umpire as a witness, I am not aware of any real objection to it. With respect to those who fill the office of Judge it has been felt that there are grave objections to their conduct being made the subject of cross-examination and comment (to which hardly any limit could be put) in relation to proceedings before them; and, as

29. « Après que la sentence a été rendue et que les délais ou actions aux fins de correction de sentence, ou d'émission de sentence additionnelle ont été épuisés comme prévu à l'article 27, la LCIA, la Cour d'arbitrage (y inclus son président, ses vice-présidents et ses membres) le greffier et ses adjoints, les arbitres et les experts du tribunal arbitral ne seront tenus par aucune obligation légale de faire aucune déclaration à quelque personne que ce soit au sujet de l'arbitrage, et nulle partie ne devra chercher à citer ces personnes comme témoins dans une action judiciaire ou autre quelconque résultant de l'arbitrage. »

30. « Après que la sentence a été rendue et que les possibilités de rectification, d'interprétation et de sentences additionnelles selon les articles 35 à 37 sont échues ou ont été épuisées, ni les Chambres, ni les arbitres ni les experts désignés par le tribunal, ni le secrétaire du tribunal arbitral ne peuvent être tenus de faire de déclaration à qui que ce soit sur une question ayant trait à l'arbitrage, pas plus qu'une partie ne sollicitera le témoignage de l'une de ces personnes dans une procédure, judiciaire ou autre, en relation avec l'arbitrage. »

31. *Thompson v. Wise*, 182 Ga. App. 335, 356 S.E.2d 40 (1987).

32. T. Zuberbühler, K. Müller, P. Habegger, « Swiss Rules of International Arbitration: Commentary », *Kluwer Law International* 2005, note 21, sous l'article 44.

everything which they can properly prove can be proved by others, the Courts of law discountenance, and I think I may say prevent them being examined. But those objections do not apply at all to a person selected as arbitrator for the particular occasion by the parties, and he comes within the general obligation of being bound to give evidence »³³.

31. Les juridictions américaines ont adopté une position similaire en admettant qu'un arbitre puisse être invité à témoigner pour fournir des explications afin de clarifier la manière dont la sentence a été rendue. Ainsi, dans des termes assez proches de ceux utilisés par les magistrats anglais, il a été jugé que le témoignage d'un arbitre est recevable au même titre que tout autre témoignage dans le processus d'instruction d'un recours en annulation contre la sentence³⁴.

32. Le droit suisse permet lui aussi la participation de l'arbitre dans la procédure en annulation initiée contre sa sentence, mais de manière plus limitée. En effet, aux termes de l'article 102 de la Loi Fédérale sur le Tribunal Fédéral, le Tribunal Fédéral « communique le recours à l'autorité précédente ainsi qu'aux éventuelles autres parties ou participants à la procédure ou aux autorités qui ont qualité pour recourir ; ce faisant, il leur impartit un délai pour se déterminer ». Il en va ainsi pour la juridiction ayant rendu une décision qui se trouve attaquée devant lui, mais également pour un Tribunal Arbitral ayant rendu une sentence dont l'annulation est demandée³⁵. Toutefois, le Tribunal n'a aucunement l'obligation de fournir ses observations et son refus de le faire n'emporte aucune sanction, la doctrine considérant que la pratique répandue des arbitres renonçant à déposer des observations doit être approuvée, à l'exception du cas dans lequel « la sentence contient des imprécisions ou omet de discuter des points pertinents et que les observations des arbitres permettent de montrer que, malgré ces lacunes, le recours est infondé. Si les arbitres s'abstiennent de préciser leur sentence dans une telle situation, ils font justement porter à la partie intimée le risque lié à ces lacunes »³⁶.

33. Les juridictions espagnoles admettent également que les arbitres puissent être amenés à témoigner, pour peu que la demanderesse au recours en annulation apporte des éléments suffisants pour établir des faits susceptibles de constituer un grief d'annulation. Deux arrêts récents ont montré l'importance du témoignage des arbitres pour établir respectivement leur indépendance³⁷, et le défaut du caractère collégial de la délibération ayant donné lieu à la sentence³⁸. Dans cette dernière affaire, s'il

33. Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works (1871-72) L.R. 5 H.L. 418, citée par G. Blanke, « Whether Arbitrators Can be Called as Witnesses: the Position under English Law », 74 Arbitration, 2008, p. 114 et s. V. également Dare Valley Railway Co, Re L.R. 6 eq. 429; Bourgeois v. Weddell, (1924), 1 K.B. 539.

34. V. par exemple : Virginia Fashion Exhibitors, Inc. v. Gunter, 291 N.C. 208, 230 S.E.2d 380 (1976) et Sousaris v. Miller, 92 Haw. 534, 993 P.2d 568 (Ct. App. 1998).

35. G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2^e éd., 2010, n^o 782b et 782c.

36. G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *op. cit.*, *loc. cit.*

37. Audiencia Provincial de Madrid, 5 mai 2008, SkodaPcer, AS v. AbenerEnergia-El Sauz, SA de CV, Affaire no. 221/2008, La Ley 2008, 59444 (refus d'annulation de la sentence).

38. Audiencia Provincial de Madrid, 10 juin 2011, Puma AG Rudolf Dassler Sport v. Estudio 2000, SA/affaire no. 200/2011, La Ley 2011, 109407 (annulation de la sentence) ; Arbitraje, 2012, p. 257 et s., note M. Gómez Jene.

avait été impossible d'entendre les arbitres, il est probable que l'annulation de la sentence n'aurait pas été prononcée, à l'instar des décisions françaises rendues dans les affaires *Marocaine de Loisir* et *Papillon Group* précitées³⁹.

34. À l'occasion d'un recours en annulation, la Cour Suprême norvégienne a également eu à connaître d'une affaire où les juridictions inférieures avaient accepté une demande émanant de la partie défenderesse au recours en annulation tendant à ce que le président du tribunal arbitral ayant rendu la sentence puisse apporter son témoignage. Pour déclarer recevable le témoignage du Président du tribunal arbitral, la Cour Suprême⁴⁰, après avoir considéré que la loi norvégienne sur l'arbitrage de 2004 ne traite pas de la question, a appliqué par analogie les règles jurisprudentielles qui prévoient que les juges dont la décision est attaquée peuvent participer comme témoin dans la procédure relative à la mise en cause de leur décision.

B. Les restrictions de la participation de l'arbitre au recours en annulation en raison de son statut

35. Le fait de considérer comme recevable le témoignage de l'arbitre ou plus généralement de permettre sa participation à la procédure de recours contre la sentence qu'il a rendu ne signifie par pour autant qu'aucune limite n'est fixée à cette participation, même lorsqu'elle est volontaire. C'est à cet égard que la condition de l'arbitre en tant qu'instance juridictionnelle et sa protection à travers le principe d'immunité refont surface.

36. L'analyse de droit comparé permet en premier lieu de dégager une règle générale de prohibition d'une participation forcée de l'arbitre provoquée par la partie demanderesse au recours en annulation pour pallier sa défaillance dans l'administration de la preuve, la participation de l'arbitre ne pouvant être demandée que pour éclairer une zone d'ombre, voire renforcer des éléments de preuve préexistants. Cette question est particulièrement importante pour les juridictions américaines, où l'instruction probatoire obéit à des règles permettant au demandeur à l'instance d'exiger le concours du défendeur et éventuellement des tiers afin de collecter les éléments de preuve à son support (*pre-trial discovery*). C'est ce qui explique que parfois le témoignage des arbitres dans la procédure de *pre-trial discovery* et leur et de *cross-examination* subséquente soit refusée, le juge américain considérant par exemple « [i]n my opinion, it would be most unfair to the arbitrators to order them to come into court to be subjected to grueling examinations by the attorneys for the disappointed party and to afford the disappointed party a fishing expedition" in an attempt to set aside the award »⁴¹.

39. V. *supra*.

40. C. Imhoos, D. Rooz, C. Séraglini, Brèves, RDAI/IBL, n° 5, 2008, p. 753 ; A. Langeland, B. Høgetveit Berg, C. Riekeles, « Supreme Court Rules on Arbitrators as Witnesses », International Law Office, 10 juillet 2008.

41. V. *Gramling v. Food Machinery & Chemical Corp.* (1957, DC SC) 151 F Supp. 853, cité dans R. Friedman, « Admissibility of affidavit or testimony of arbitrator to impeach or explain award », 80 A.L.R.3d., 155.

37. Plus généralement, la pratique judiciaire américaine a, fermement et de longue date, établi le principe selon lequel un arbitre ne peut être amené à témoigner pour faire annuler sa propre sentence⁴², établir une fraude ou une action fautive⁴³, ou témoigner de ce qui s'est dit à l'occasion des audiences et des délibérations des arbitres⁴⁴. De la même manière, l'arbitre témoin peut s'abstenir de répondre à certaines questions s'il estime qu'une réponse peut l'amener à porter atteinte au secret des délibérations. Ce principe connaît des exceptions ne serait-ce que par le fait que parfois il est difficile de distinguer selon que l'arbitre est appelé à apporter un éclairage sur le processus arbitral ou de porter atteinte à sa sentence. La jurisprudence permet d'ailleurs une contribution accrue des arbitres lorsque des éléments de preuves apportés par les parties font penser que le comportement des arbitres pourrait être critiquable⁴⁵.

38. Le droit anglais établi également des limites liées à la condition de l'arbitre et, comme le souligne un auteur, « arbitrators cannot be called as witnesses if the evidence sought goes beyond the procedural history of the proceedings and the facts before the tribunal. Arbitrators cannot give evidence on their state of mind during the arbitration or motivation for taking an interim or final decision unless the motivation or state of mind is reflected as a fact in the written instrument itself »⁴⁶.

39. De même, dans la décision norvégienne précédemment citée, la Cour Suprême n'a accepté le témoignage du Président du tribunal arbitral qu'à la condition qu'il se limite à évoquer ce qui s'était passé au cours de la procédure arbitrale, les allégations des parties au cours du processus et les questions qu'elles avaient ou non abordées tout au long de la procédure, la Cour précisant également que les questions relatives aux décisions des arbitres ayant mené à la sentence étaient proscrites⁴⁷.

40. Un tempérament similaire a été apporté par une Cour d'appel suédoise dans une décision de 2003⁴⁸. Dans son recours en annulation, la recourante avait avancé deux griefs, l'un relatif à l'absence de collégialité de la décision, l'un des arbitres ayant prétendument été exclu des délibérations, l'autre découlant du fait que le tribunal arbitral n'aurait pas appliqué le droit choisi par les parties et aurait donc outrepassé sa mission. Les trois arbitres ont été amenés à témoigner sur les circonstances des délibérations, mais, la question étant sensible, la Cour a considéré que, contrairement aux règles suédoises de procédure civile qui prévoient une obligation générale de témoigner, aucune sanction ne serait appliquée si l'un des arbitres s'y refusait. Les arbitres ont néanmoins tous accepté de témoigner. C'est d'ailleurs grâce à ces témoignages, ainsi qu'aux documents et notes produits par les arbitres au sujet de la

42. V. p. ex. *Doke v. James* (1851) 4 NY 568.

43. V. p. ex. *Fukaya Trading Co., SA v. Eastern Marine Corp.* (E.D. La. 1971) 322 F Supp. 278.

44. V. p. ex. *Cole v. Blunt* (1857) 15 NY Supp. 116.

45. R. Friedman, art. préc., 80 A.L.R.3d., 155, §6.

46. G. Blanke, « Whether Arbitrators Can be Called as Witnesses: the Position under English Law », préc.

47. C. Imhoos, D. Rooz, C. Séragliani, Brèves, préc. ; A. Langeland, B. Høgetveit Berg, C. Riekeles, « Supreme Court Rules on Arbitrators as Witnesses », préc.

48. Cour d'appel de Svea, 15 mars 2003, *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic, World Trade and Arbitration Materials*, 2003-5, p. 171-277.

ARTICLES

logistique du délibéré, que la Cour a pu établir avec certitude qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la sentence attaquée.

41. Seules les juridictions espagnoles semblent, parmi celles étudiées dans cet article, avoir une politique où les considérations liées à l'immunité des arbitres semblent s'incliner avec le plus de force devant l'impératif de manifestation de la vérité. Cette affirmation est néanmoins à tempérer par le fait que la possibilité de demander aux arbitres d'apporter leur témoignage à l'occasion de l'examen de leur sentence nécessite toujours de la part de la partie demanderesse au recours qu'elle présente des administratives préalables, ainsi que la mesure d'instruction demandée ne soit pas de nature à porter atteinte au secret du délibéré.

42. Ce bref panorama de droit comparé a montré que la solution retenue par le droit français semble plutôt isolée, si bien que la question pourrait désormais être de savoir si et dans quelle mesure il conviendrait d'atténuer le refus de principe de la participation de l'arbitre au recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue.