



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-3-451-463

LES USAGES EN MATIERE D'ARBITRAGE

Pierre Mousseron

Université de Montpellier

Faculté de Droit

39 Rue de l'Université, Montpellier 34000, France

Définis comme des pratiques généralisées dotées d'une force juridique, les usages ont un rôle significatif dans l'arbitrage. Ce rôle découle en particulier du caractère limité des dispositions légales applicables à ce mode alternatif de résolution des litiges.

On peut observer cet impact sur le fond du litige. Les usages sont en effet des règles de droit au sens où elles produisent des effets de droit. Même si des textes reconnaissent particulièrement ce rôle en matière d'arbitrage international, nous suggérons de ne pas limiter l'impact des usages à ce contexte international; ce point de vue s'appuie notamment par des limites au dualisme de l'arbitrage domestique et international.

On peut aussi noter le rôle des usages sur la procédure. Celui-ci emporte des conséquences sur l'instance arbitrale notamment pour la définition des pouvoirs du Président du tribunal comme sur les activités professionnelles et sociales qui entourent l'arbitrage.

Mots-Clefs: arbitrage; usages; principes; règles de droit; pratiques; dualisme

THE USAGES IN ARBITRATION

Pierre Mousseron

University of Montpellier

Faculty of Law

39 Rue de l'Université, Montpellier 34000, France

Defined as generalized practices with a legal force, usages play a significant role in arbitration. This role is due in particular to the limited legal provisions applicable for this alternative mode of resolution of disputes. One may observe this impact on the substance of the litigation. Usages are indeed rules of law as they produce legal effects. Even though statutes particularly recognize this role with respect to international arbitration, we suggest not to limit the impact of usages to this international context; this point of view may be explained in particular by criticisms to the dualism between domestic and international arbitration.

One may also note the role of usages on the proceedings. This role produces various consequences on the arbitral procedure in particular with respect to the definition of the powers of the Chairman of

the arbitral tribunal as well as in connection with the professional and social activities surrounding arbitration.

Key words: arbitration; usages; principes; rules of law; practices; dualism

Souvent défini comme un mode alternatif de règlement des litiges, l'arbitrage paraît un mode de justice dans lequel les usages pourraient aisément prospérer. Les usages participent en effet eux aussi d'un système alternatif au Droit écrit délibéré.

Au-delà de cette première coïncidence, il faut d'abord les termes de notre propos.

Commençons par les usages.

Positivement, on peut les définir comme des **comportements déterminés, délimités et généralisés qui en raison de ces qualités acquièrent une force juridique**. Le concept de force juridique ne se confond pas nécessairement avec celui de force contraignante devant les tribunaux. Comme des travaux récents l'ont démontré (Thibierge, 2009), la force juridique ou normative est susceptible de plusieurs degrés d'intensité. Certaines règles ont une force élevée et sont par exemple assorties de sanctions pénales ; d'autres ont une force peu élevée se limitant à un caractère suggestif susceptible simplement d'une sanction sociale pour défaut de professionnalisme. Les usages doivent tirer cette force de leurs propres caractéristiques indépendamment d'un renvoi de la loi, de conventions d'arbitrage ou de *guidelines* dont la récente «épidémie» (Park, 2001:13) a été relevée¹.

Négativement, les usages ne se confondent d'abord pas 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 quant à leur support. Alors que l'interprétation fondée sur les termes implicites se focalise sur les termes écrits des contrats, l'interprétation fondée sur les usages se focalise sur les comportements adoptés par les parties ou les acteurs du même secteur d'activité.

Les usages ne se confondent pas davantage avec les **principes** et notamment pas avec celui de confidentialité visé par l'article 1464 alinéa 4 du code de procédure civile². Remarquons que le *distinguo* est rarement fait. Un ancien conseiller à la Cour internationale de la CCI a ainsi conclu un article en affirmant que «*la confidentialité*

¹ Pensons ici aux «*standards of best practices*» de l'American Bar Association ou aux «*Rules on Taking of Evidence*» de l'International Bar Association. Dans un article récent intitulé «*La "Soft Law" dans l'arbitrage*», Maître M. de Boissésou a ainsi observé que «*la normativité accrue de ces recommandations comporte un risque, celui de faire prévaloir les techniques du droit sur le droit lui-même à travers une dégradation insensible qui s'accompagne aussi d'injonctions morales, sous la forme de codes de bonne conduite*» (Boissésou, 2014:519).

² Renvoyons ici à la démonstration d'Emmanuel Gaillard selon lequel il faut «*réserver le terme « usages du commerce international » aux pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée*» à la différence des «*principes généraux de droit qui constituent de véritables règles transnationales*» (Gaillard, 1991:203).

de l'arbitrage aurait toutes les caractéristiques d'un usage international» (Cavalieros, 2005:60).

Dans leurs relations avec les principes, les usages ne seraient pas en opposition mais en complément. Les usages seraient l'instrument de définition du contenu du principe. Ainsi, alors que le principe de célérité³ définit la norme littéralement première, ce seraient les usages qui viendraient lui donner corps. En fonction des délais régulièrement observés par certaines chambres d'arbitrage⁴, on pourrait par exemple soutenir qu'à défaut d'accord contraire, le principe de célérité suggère aux arbitres de désigner le président du tribunal arbitral dans un délai de un mois suivant leur propre désignation.

Les usages ne se confondent pas avec la *jurisprudence*. La jurisprudence entretient des liens forts avec les usages qu'elle révèle parfois. 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*» (Jarvin, 1996:54).

De quel arbitrage allons-nous parler?

Nous traiterons aussi bien l'arbitrage interne qu'international, même si le régime des usages n'est pas le même dans les deux cas. De la même façon, nous couvrirons aussi bien l'arbitrage institutionnel que l'arbitrage *ad hoc* tout en relevant des différences quant au contenu et au régime des usages dans ces deux situations.

L'étude des usages en matière arbitrale nous paraît intéressante à étudier en raison découler de la fréquente volonté explicite ou implicite des parties à l'arbitrage de se placer en marge des strictes règles légales et réglementaires. Cet intérêt découle aussi de l'importance des règles informelles en matière de procédure arbitrale ; les textes sur la procédure arbitrale sont limités alors que les questions sont au moins aussi nombreuses qu'en matière de procédure judiciaire. Depuis la perspective de professionnels russes de l'arbitrage, il peut sembler intéressant d'observer jusqu'où un Droit aussi légaliste que le Droit français peut faire une place à des règles aussi informelles que les usages. On peut notamment se demander si un rôle particulier se justifie pour l'arbitrage international.

L'arbitrage offre une justice privée dont les juges sont souvent des spécialistes des secteurs d'activité en cause dans les différends pour lesquels on les sollicite. Cette situation contribue à conférer aux usages un rôle substantiel plus fort que dans la justice étatique (I).

³ Supposons que pareil principe existe même si l'article 1464 alinéa 3 n'emploie pas le mot.

⁴ L'article 12.5 du règlement 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*».

La source conventionnelle de l'arbitrage et la faible densité de textes législatifs et réglementaires en matière de procédure arbitrale laissent aussi un rôle important aux usages en matière processuelle (II).

I. LE RÔLE SUBSTANTIEL DES USAGES

Le rôle substantiel des usages paraît différer selon que l'on est en matière d'arbitrage interne ou international. Une conception plus unitaire de ce rôle est toutefois concevable.

1.1. En matière d'arbitrage interne

1.1.1. Invocabilité

L'article 1478 du Code de procédure civile français énonce : «*Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition*».

La référence aux «*règles de droit*» et point à la seule loi permet aisément aux juges d'inclure les usages dans les règles applicables aux litiges qui leur sont soumis. L'arrêt dit *L'Ami des jardins* rendu en 1982 par la cour de cassation est symptomatique à cet égard. Dans cette affaire, une agence de publicité reprochait à l'un de ses clients de ne pas lui avoir renouvelé son contrat. La Commission Fédérale de Conciliation et d'arbitrage de la Fédération Nationale de la Publicité avait considéré que la société *L'Ami des jardins* devait une publicité en application des usages. Le pourvoi relevait le caractère dérogatoire de cette solution au droit commun pour contester cette solution devant les juges judiciaires. La cour de cassation a écarté cette critique en relevant que la cour d'appel n'avait «*fait qu'user de son pouvoir souverain en considérant au vu de l'ensemble des éléments de la cause que la société L'Ami des Jardins avait accepté que le litige soit réglé selon les usages de la profession*»⁵. Cet attendu témoigne du malaise de la cour de cassation. D'une part, elle admet que l'usage permette de déroger au droit commun. Mais le fait que la cour se protège derrière l'acceptation de *L'Ami des Jardins* à voir s'appliquer à elle les usages témoigne d'une réticence à admettre cette force des usages. Cette réticence a été levée ultérieurement.

La faculté pour les juges d'appliquer les usages est distincte de celle de l'amiable composition. On sait que cette formule d'arbitrage permet de juger non seulement en droit, le cas échéant, en appliquant des usages, mais en corrigeant, le cas échéant, la solution de droit par des considérations d'équité. Si, comme les usages, les considérations d'équité peuvent venir corriger une solution ressortissant de la loi, les considérations d'équité se distinguent totalement des usages en ce qu'elles ne reposent pas sur des comportements.

⁵ Cass. com. 27 avril 1982, n°81-11766.

1.1.2. Contenu

Les usages sont particulièrement utilisés en matière d'arbitrage corporatif tels que ceux existant dans le commerce des grains et des graines (règles dites «RUFRA») ou de celles relatives au commerce des pommes de terre (règles dites «RUCIP»)⁶.

Dans les matières ne relevant pas de l'arbitrage corporatif, les usages sont aussi disponibles. Il peut s'agir généralement d'usages professionnels.

Il peut aussi s'agir, plus étroitement, d'usages observés au sein d'une entreprise.

Plus étroitement encore, il peut enfin s'agir d'usages observés dans des relations commerciales entre deux opérateurs, ce que la doctrine française désigne parfois usages privés et ce que l'article 1-303.c du Uniform Commercial Code américain désigne par l'expression de «*course of dealing*» ou s'il s'agit d'un comportement observé dans l'exécution d'un contrat particulier «*course of performance*».

1.2. En matière d'arbitrage international

Aux termes de l'article 1511 alinéa 2 du code de procédure civile français, « *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. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ».

Chacune des phrases de ce texte est importante.

La première invite à s'interroger sur le point de savoir si les usages ont la nature de «règles de droit». Certains auteurs l'ont contesté avec talent. Au premier rang de ces juristes on trouve Antoine Kassis. Celui-ci conteste le caractère normatif des usages au motif principal que l'on pourrait y déroger (Kassis, 1984, n°343). Dans la mesure où il n'y aurait pas de norme sans caractère obligatoire, les usages ne seraient pas des normes et donc pas des règles de Droit. Dans sa thèse, Madame Crystelle Sanchez-Saëz (2017, n°406) est plus mesurée. Elle n'affirme cette nature de règle de droit qu'en matière internationale. Pour notre part, nous n'avons pas de scrupule à ranger les usages parmi les règles de droit dès lors que nous retenons une qualification plus accueillante de la règle de Droit entendue comme une prescription dotée d'une force juridique. A ce titre, l'usage a une force juridique ; plus encore, le sujet juridique ne peut pas écarter cette règle de droit qui émane d'une communauté et non de lui-même.

La seconde phrase de ce texte énonce que l'arbitre le devoir de «*tenir compte*» des usages. Ceci contraint simplement l'arbitre à les évoquer, et seulement dans le cas où il en existe, à les appliquer. Si la preuve de pareils usages n'est pas rapportée, il n'a pas naturellement à les appliquer. Un recours en annulation porté en 2014 devant la cour d'appel de Paris illustre cette utilisation *a minima* des usages dans un litige portant notamment sur la détermination du taux de commissionnement d'un intermédiaire dans la vente de moteurs diesel destinés à des centrales électriques. Pour valid-

⁶ On peut trouver ces règles dans le site: <http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com>, Commerce International, Codes et Chartes nationaux.

er la sentence, la cour d'appel de Paris a observé que le tribunal arbitral avait relevé « *qu'en accueillant la réclamation d'Al Maimana -le mandataire- à la somme de 10.400.000 euros, le taux de commissionnement de cette dernière ressortait, compte tenu des commissions déjà encaissées, à moins de 11% du montant de la commande nette ce qui était conforme aux usages commerciaux correspondants et écartait tout soupçon de ce que partie de la rémunération ait été artificiellement majorée pour permettre des versements occultes à des tiers* »⁷. On constate ici que les usages ne sont pas appliqués pour déterminer le montant de la commission mais, plus simplement, pour affirmer la conformité d'un taux de commission effectivement pratiqué.

Ceci conduit à s'interroger sur l'existence d'une obligation à la charge des arbitres de se renseigner sur les usages. Le fait que les usages consistent en des comportements permet *a priori* d'écarter cette solution. Les comportements sont en effet des éléments de fait qu'il n'appartient ni au juge ni à l'arbitre de soulever lui-même. Le doute est cependant permis. L'article 1511 alinéa 2 indique en effet que l'arbitre international tient compte « *dans tous les cas* » des usages. Dans une première lecture, on pourrait interpréter cette formule comme imposant à l'arbitre de tenir compte des usages qu'ils soient ou non invoqués par les parties. Une invocation d'office des usages par l'arbitre pourrait exposer l'arbitre à statuer de façon non-contradictoire. Cette objection peut être levée dès lors que les arbitres inviteraient les parties à faire part de leur point de vue sur un usage qu'ils pourraient eux-mêmes invoquer. La situation d'un usage qui serait connu au départ des seuls arbitres mais ne serait pas invoqué par les parties pourrait notamment se rencontrer dans des espèces ou existent des contrats standards que les conseils des parties n'auraient pas produits. Les contrats en matière d'énergie pourraient illustrer pareille situation. On peut également l'envisager lorsque se posent des questions de détermination des dommages sur lesquels les parties ont pu formuler des demandes assez floues alors qu'existent des barèmes que les arbitres pourraient souhaiter invoquer. Selon cette première interprétation, les arbitres du commerce international devraient tenir compte des usages, et à cette fin, devraient les rechercher quitte à diligenter une expertise.

Notre collègue Jean-Baptiste Racine propose une seconde lecture de la formule « *dans tous les cas* ». Selon celle-ci, l'obligation de tenir compte des usages s'appliquerait non seulement dans les cas dans lesquels les parties ont choisi un droit mais aussi ceux dans lesquels elles n'en auraient choisi aucun. Cette lecture ne vise pas particulièrement l'existence d'une obligation pour l'arbitre de rechercher d'éventuels usages. Elle n'interdit pas de retenir pareille obligation.

Une troisième lecture invite à s'intéresser à la sanction de cette obligation. Selon Jean-Baptiste Racine, « *le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales s'applique naturellement en la matière. Il n'est donc pas question de vérifier a poste-*

⁷ CA Paris 4 novembre 2014, n°13/10256.

riori la bonne ou la mauvaise application ou prise en compte d'un usage» (Racine, 2011:40). Le risque d'annulation de la sentence pour non-application des usages paraît donc effectivement faible aujourd'hui⁸ et ce d'autant plus, que pareille sanction menacerait un grand nombre de sentences. L'absence de prise en compte des usages fragilise cependant la sentence en ouvrant la porte à un risque d'annulation qui, s'il est aujourd'hui faible pourrait être différemment interprété à l'avenir. Une plus grande attention de la part des arbitres en matière d'usages nous paraît donc à recommander. Pareille curiosité serait particulièrement opportune dans les cas où les parties font référence -même vaguement- aux usages.

La vigueur des usages en matière d'arbitrage international est telle que certains soutiennent dans ce cadre la faculté pour ceux-ci de prévaloir sur la loi (Gélinas, 2016:253-254)⁹.

1.3. Conception unitaire des usages

Pour notre part, et au-delà de la différence des textes qui maintiennent le dualisme des arbitrages, le clivage entre le statut des usages en matière d'arbitrage interne et international nous paraît excessif.

Que l'arbitrage soit national ou international, nous avons en effet constaté que dans les deux cas, l'arbitre doit statuer selon des règles de droit et que les usages bénéficient de cette qualité.

– Par ailleurs, les usages ne se définissent pas par rapport à un pays mais par rapport à une communauté. Dans ces conditions, le fait qu'ils soient invoqués dans un cadre international ne devrait pas changer leur régime.

– Les usages sont principalement des instruments d'interprétation en matière interne ou externe (Kassis, 1984, n°475). Cette identité de fonction devrait justifier une identité de régime¹⁰.

– Le critère qui distingue l'arbitrage interne ou international (la mise en cause des intérêts du commerce international) est particulièrement flou (Sauvagnac, 2016:226).

– Enfin, l'argument en faveur de l'originalité du droit des usages internationaux lié à l'existence d'organismes internationaux doté d'un pouvoir particulier de reconnaissance d'usages n'est pas particulièrement convaincant. Il existe en effet de très

⁸ Dans ce sens : Cass. civ.1^{ère} 15 juin 1994, n°92-17075: «*Mais attendu qu'en se "référant aux usages du commerce international" conformément aux articles 13 et 16 du contrat interprétés à la lumière des articles 1135 et 1161 du Code civil "tout en prenant pour base de ses décisions la loi française applicable au fond du litige", l'arbitre a recherché et désigné la règle de droit que la clause compromissoire lui faisait obligation d'appliquer et dont la détermination et la mise en œuvre échappent au contrôle de la Cour de Cassation*».

⁹ De façon plus mesurée J.- B. Racine (2016, n°775).

¹⁰ En conclusion à sa contribution aux Etudes en l'honneur de Berthold Goldman, Philippe Fouchard (1982:67) paraissait favorable à ce statut unitaire des usages. Il soulignait ainsi «de rôle important réservé aux usages dans l'arbitrage, sans qu'une distinction apparaisse à cet égard entre mes affaires internes et internationales».

nombreuses institutions purement domestiques poursuivant les mêmes fonctions. C'est le cas aux USA de la *National Cotton Products Association* (NCPA). L'objet de cette entité est de créer un environnement favorable aux opérations d'achat de coton aux USA. La NCPA a ainsi publié des contrats-types que l'on peut assimiler à des usages. En France, on peut citer les contrats type de l'Ordre des médecins qui ont été retenus comme valant usages et qui n'ont aussi qu'un objectif de droit interne.

Le fait de s'en remettre à des arbitres témoigne d'une volonté d'élargir la portée de la règle. Cela est particulièrement sensible lorsque les parties confèrent aux arbitres le pouvoir de statuer en amiable composition.

Enfin, on peut observer que le particularisme de l'arbitrage international est en recul comme en témoigne l'extension à l'arbitrage interne de plusieurs règles précédemment reconnues en matière internationale. On peut notamment citer ici la règle de séparabilité de la clause compromissoire et l'évocation de l'extension de la règle matérielle de la capacité pour compromettre reconnue pour l'instant en matière internationale seulement (Seraglini & Ortscheidt, 2013, n°98).

II. LE ROLE PROCESSUEL DES USAGES

Le rôle des usages en matière processuel permet d'évoquer leur invocabilité et leur force.

2.1. *Invocabilité des usages*

L'invocation des usages en matière de procédure arbitrale se heurte *a priori* à plusieurs objections :

Au premier regard, l'invocation des usages en matière processuelle paraît se heurter à deux barrières. D'une part, la technicité des règles de procédures serait contraire au flou qui entoure les usages. Comment s'en remettre à des usages pour déterminer des règles de compétence ou des délais de procédure? Aussi sensée soit-elle, cette objection n'est pas définitive. Si les usages sont souvent flous, c'est faute de détermination suffisante par leurs utilisateurs de leur contenu et de leur champ d'application. Les usages ne sont pas condamnés à ne viser que des comportements vagues. Les rémunérations usuelles des arbitres publiées par certains centres d'arbitrage sont une bonne illustration de la précision qu'offrent certains usages. D'autre part, l'absence d'évocation d'usages processuels dans les principaux traités de droit de l'arbitrage paraît trahir une faible consistance (Boissésou, 1990). En fait, la spécificité de chaque procédure arbitrale empêcherait la formation d'usages. Cette objection ne nous convainc pas davantage. La particularité de chaque procédure arbitrale n'empêche pas la répétition de certaines pratiques. A ce compte là, chaque contrat étant aussi unique, il ne pourrait exister d'usages en matière contractuelle. Techniquement, l'origine contractuelle de l'arbitrage rend les usages applicables ne serait-ce qu'en application de l'article 1135 du code civil. Observons que d'éminents praticiens reconnaissent l'existence d'usages en matière arbitrale. Commentant le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, l'un d'entre eux a ainsi écrit : « *C'était un des ob-*

jectifs du Décret, que d'assurer une plus grande lisibilité au droit de l'arbitrage, dont une grande partie est de source jurisprudentielle, voire coutumière. ». Toutefois, on peut observer que la formulation retenue par cet auteur («voire») trahit certaines réserves. La jurisprudence a déjà signalé l'invocation de pareils usages processuels en matière de procédure disciplinaire¹¹.

Au-delà de cette observation, l'utilité des usages paraît particulièrement notable en matière internationale où la diversité des traditions processuelles soulève des difficultés s'agissant notamment du statut de l'expert¹² ou du régime propre à la confidentialité¹³. L'opportunité des usages apparaîtra en matière d'arbitrage *ad hoc* ou institutionnel. Dans le premier cas, ces usages pourront remplir le vide laissé par l'absence de règles issues d'un centre d'arbitrage. En matière d'arbitrage institutionnel, l'existence d'un centre d'arbitrage facilitera la preuve desdits usages processuels.

2.2. Force des usages

En fonction de la précision de leur détermination et de leur délimitation, et de l'intensité de leur généralité les usages peuvent recevoir des effets variables. Certains usages rédigés tels que les *IBA Rules on the taking of Evidence in International arbitration* ont ainsi une force mieux reconnue que d'autres pratiques moins publiques.

Les effets des usages s'exerceront aussi bien sur la conduite de l'arbitrage que sur l'image des arbitres.

2.2.1. Effets sur la conduite de l'arbitrage

Les usages les mieux établis peuvent produire des effets sur le déroulement de la procédure. Claude Reymond (1991:467) a ainsi observé qu'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*» (Reymond, 1991:467). Dans les faits, cette possibilité lui confère aussi une maîtrise de certaines décisions logistiques notamment dans la fixation des lieux et durée des audiences. Le président s'assure aussi parfois de la durée attendue des plaidoiries.

¹¹ 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'Etat 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 novembre 2011, n°334047).

¹² Pour une évocation usages en matière de rémunération des experts: *L'instruction de la cause. Elaboration 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. 66 et s.

¹³ C'est ainsi un usage propre à l'arbitrage en droit international public qui excluait la confidentialité de l'arbitrage dans ce secteur (Jarrosson & Pellerin, 2011).

S'agissant de la question de la rémunération des arbitres, notre Collègue Jean-Baptiste Racine observe que «*l'usage habituellement pratiqué veut qu'il (le président du tribunal arbitral- reçoive 40% du montant total des honoraires, tandis que chacun des co-arbitres en reçoit 30%)*» (Racine, 2016).

Les usages sont aussi invoqués lorsque les parties ayant transigé, se pose la question du remboursement par les arbitres de tout ou partie de la provision sur honoraire qui a pu être versée. Les conseils de certaines parties invoquent parfois un usage selon lequel les arbitres devraient alors reverser la partie de la provision excédant celle correspondant aux diligences effectivement effectuées avant notification de la transaction. Aussi équitable soit-elle, cette position ne paraît pas relever d'un usage comme en témoigne une analyse de certains règlements d'arbitrage (Sanchez-Saëz, 2017).

L'Université de Londres, Queen Mary et le Cabinet White & Case ont publié une très intéressante étude consacrée aux pratiques habituelles du processus arbitral en matière internationale. Sur la base d'un examen statistique sérieux, cette étude fait notamment état des pratiques et des préférences des professionnels de l'arbitrage sur les points suivants:

- sélection des arbitres (désignation par les parties ou par une institution, fréquence et contenu des entretiens de sélection, nécessité d'informer les parties quant à ces entretiens, ...);
- organisation de la procédure (désignation d'un secrétaire, détermination du calendrier de procédure, recours à la visio-conférence,...);
- faculté pour le tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires notamment *ex parte*, c'est-à-dire sans information préalable à l'égard de la partie contre qui la mesure provisoire est ordonnée;
- communication des pièces;
- possibilité d'interrogatoire et de *cross-examination* des témoins et experts (priorité donnée au tribunal ou au conseil de poser des questions) (Racine, 2016, n°721);
- échange de mémoire (successif ou simultané, fixation d'une durée maximale pour l'échange des pièces, ...);
- recours à des sentences partielles, possibilité d'opinions dissidentes, délai pour établir la sentence,...)¹⁴.

Sur certains points, les observations de cette étude permettent d'établir certains usages. Le fait par exemple que 67% des sondés répondent qu'un délai de 3 mois est normal dès lors qu'il y a un arbitre unique pourrait servir pour préciser l'obligation de célérité qui pèse sur l'arbitre.

2.2.2. Effet professionnalisant

De nombreux concours universitaires ou *master classes* contribuent aujourd'hui à la diffusion de comportements standardisés. Ces initiatives améliorent le profes-

¹⁴ 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, Queen Mary, University of London, White & Case, 2012.

sionnalisme des acteurs de l'arbitrage et sécurisent le développement de ce mode de règlement des litiges. La relative uniformisation des comportements conduit à tout le moins à certaines pratiques entendues comme des comportements répétés mais non généralisés. Le temps aidant, certaines de ces pratiques pourront devenir des usages.

On observe ainsi des règles de courtoisie particulières (invitation à déjeuner des arbitres par le président du tribunal arbitral, courriers de remerciements entre arbitres en fin de procédure,...) qui à défaut de jamais devenir contraignants en justice le seront *de facto*. Le caractère judiciairement non-contraignant de ces comportements ne les écarte pas du champ des usages. Ceux-ci sont en effet susceptibles d'une force juridique variable. Même lorsqu'ils n'ont la force que d'une règle de conduite sociale, ils témoignent d'un réel caractère juridique. On peut même penser que la méconnaissance de pareilles règles de conduite sociale sera tout autant sinon davantage sanctionnée que les règles légales ou contractuelles.

En conclusion d'un récent article, Emmanuel Gaillard souligne ainsi: «*le caractère obsolète de la vision selon laquelle la normativité d'un arbitrage international tiendrait exclusivement à la volonté du législateur d'un Etat donné, fût-ce celui du siège de l'arbitrage. C'est en réalité une communauté d'acteurs, publics et privés, qui développe les standards de comportement qui deviennent les normes, socialement et parfois juridiquement obligatoires, qui concourent à l'élaboration de l'ordre juridique arbitral* » (Gaillard, 2015:1089). Cette tendance se confirme. Un ouvrage récent souligne ainsi un double renforcement des usages. D'une part leur contenu s'étoffe en absorbant les principes. D'autre part, leur force s'accroît en permettant de dominer les lois nationales (Gélinas, 2016).

Au terme de cette brève intervention, il apparaît que plus que dans d'autres modes de règlement des litiges, la justice arbitrale fait une large place aux règles informelles. Ce qui pouvait paraître come une fragilité est aujourd'hui perçu comme une garantie de neutralité et d'efficacité.

REFERENCES

- Boissésou, M. de (1990) *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Paris, GLN Joly Editions.
- Boissésou, M. de (2014) La "Soft Law" dans l'arbitrage. *Les Cahiers de l'arbitrage*. (3), 519–524.
- Cavalieros, Ph. (2005) La confidentialité de l'arbitrage. *Les Cahiers de l'arbitrage*. (3), 6–10.
- Fouchard, Ph. (1982) Les usages, l'arbitre et le juge. A propos de quelques récents arrêts français. In: Fouchard, P., Kahn, Ph. & Lyon-Caen, A. (eds.) *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*. Paris, Litec, 1982, pp. 67–87.
- Gaillard, E. (1991) La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international. In: *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris, Litec, pp. 203–217.
- Gaillard, E. (2015) Sociologie de l'arbitrage international. *Journal du Droit International*. (4), 1089–1113.
- Gélinas, F. (2016) *Trade Usages as Transnational Law in Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration*. Oxford, Oxford University Press.

- Jarrosso, Ch. & Pellerin, J. (2011) Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier. *La Revue de l'arbitrage*. (1), 5–86.
- Jarvin, S. (1996) 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. *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*. 7 (2), 54-59.
- Kassis, A. (1984) *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et aebitrages internationaux, lex mercatoria)*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Park, W.W. (2011) *Les devoirs de l'arbitre: ni un pour tous, ni tous pour un*, Les Cahiers de l'Arbitrage. (1), 13.
- Racine, J. (2016) *Droit de l'arbitrage*. Paris, PUF.
- Racine, J.B. (2011) Les usages dans l'arbitrage commercial international: une place à géométrie variable. *Journal des sociétés*. 37–41.
- Reymond, C. (1991) Le Président du Tribunal Arbitral. In: *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris, Editions Litec, pp. 467–482.
- Sanchez-Saëz, C. (2017) *Usages et arbitrage*. Thèse de Doctorat. Université de Montpellier.
- Sauvagnac, I. (2016) L'internationalité de l'arbitrage en droit français: un critère univoque? *Revue Droit & Affaires*.
- Seraglini, C. & Ortscheidt, J. (2013) *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris, Montchretien-Lextenso.
- Thibierge, C. (ed.) (2009) *La force normative. Naissance d'un concept* Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant.

INFORMATIONS SUR L'AUTEUR:

Mousseron Pierre – Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, Président de l'Institut des Usages. Il exerce une activité de consultation et d'arbitrage.

Informations de contact:

e-mail: p.mousseron@wanadoo.fr

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Mousseron Pierre – Professor, the Faculty of Law, University of Montpellier; the President of the Institut des Usages. He is also a consultant and an arbitrator.

Contact information:

e-mail: p.mousseron@wanadoo.fr

For citation:

Mousseron, P. (2017) Les Usages en Matière d'Arbitrage. *Vestnik Rossiiskogo universiteta družby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (3), pp. 451–463. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-3-451-463.

ОБЫЧАИ В СФЕРЕ АРБИТРАЖА

П. Муссерон

Университет Монпелье

Факультет Права

34000, Монпелье, Франция, 39 Rue de l'Université

В статье уделяется внимание обычаю, который является источником права, обладает юридической силой, а также имеет существенное значение для альтернативного урегулирования споров, в частности для арбитража. Влияние данного источника наблюдается в случае разрешения спора по существу при вынесении решения арбитрами. По сути обычай является правовой нормой в том смысле, что он порождает правовые последствия. Как известно, в области международного арбитража признается подобная и особая роль обычая, однако в статье предлагается не ограничивать его влияние исключительно данной сферой. Подобная точка зрения, основывается, в частности, на дуализме международного и внутреннего арбитража.

Кроме того, в статье отмечается влияние обычая на порядок рассмотрения споров, которое проявляется в том, что он создает различные последствия в рамках процедуры арбитража, а также в результате профессиональной и социальной деятельности, которая связана с арбитражной практикой.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ:

Муссерон Пьер – Профессор Факультета права Университета Монпелье, Президент Института торгового права; консультант и арбитр.

Контактная информация:

e-mail: p.mousseron@wanadoo.fr

Для цитирования:

Mousseron P. Les Usages en Matiere d'Arbitrage // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 3. С. 451–463, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-3-451-463.