

COUR D'APPEL DE PARIS (Pôle 1 – Ch. 1)

3 juillet 2012

SCP Mongrelet Claude & Fabrice c/ S.A. Bouygues Bâtiment Ile-de-France

ARBITRE. — CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL. — PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES PARTIES. — PRINCIPE D'ORDRE PUBLIC. — RENONCIATION POSSIBLE SEULEMENT APRÈS LA NAISSANCE DU LITIGE. — LISTE DE CINQ ARBITRES DANS LA CLAUSE COMPROMISSOIRE. — LISTE ÉTABLIE SELON L'ORDRE ALPHABÉTIQUE. — ABSENCE DE TOUT CRITÈRE DE CHOIX. — ARBITRE CHOISI PAR LE DEMANDEUR. — CHOIX DISCRÉTIONNAIRE. — TRIBUNAL ARBITRAL IRRÉGULIÈREMENT CONSTITUÉ.

CLAUSE COMPROMISSOIRE. — LISTE DE CINQ ARBITRES DANS LA CLAUSE. — LISTE ÉTABLIE SELON L'ORDRE ALPHABÉTIQUE. — ABSENCE DE TOUT CRITÈRE DE CHOIX. — ARBITRE CHOISI PAR LE DEMANDEUR. — CHOIX DISCRÉTIONNAIRE. — TRIBUNAL ARBITRAL IRRÉGULIÈREMENT CONSTITUÉ.

RECOURS EN ANNULATION. — ART. 1484-2° ET 1484-6° ANCIENS CPC. — ARBITRE. — CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL. — PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES PARTIES. — PRINCIPE D'ORDRE PUBLIC. — RENONCIATION POSSIBLE SEULEMENT APRÈS LA NAISSANCE DU LITIGE. — LISTE DE CINQ ARBITRES DANS LA CLAUSE COMPROMISSOIRE. — LISTE ÉTABLIE SELON L'ORDRE ALPHABÉTIQUE. — ABSENCE DE TOUT CRITÈRE DE CHOIX. — ARBITRE CHOISI PAR LE DEMANDEUR. — CHOIX DISCRÉTIONNAIRE. — TRIBUNAL ARBITRAL IRRÉGULIÈREMENT CONSTITUÉ. — ANNULATION.

Le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public. On ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige.

La clause compromissoire litigieuse prévoit que les contestations seront tranchées par un arbitre unique. Elle dresse une liste de cinq personnes susceptibles d'être désignées en cette qualité, sans fixer aucun critère de choix entre elles, le seul ordre d'énumération de leurs noms, correspondant d'ailleurs à l'ordre alphabétique, ne pouvant s'analyser comme un tel critère. Dès lors, la désignation d'un arbitre sur cette liste ne pouvait être laissée à la discrétion du seul demandeur à l'arbitrage mais devait résulter, après la naissance du litige, d'un accord des parties et, à défaut, d'une décision du juge d'appui.

La sentence rendue par un arbitre irrégulièrement désigné doit être annulée.

LA COUR,

Par contrat du 24 mars 2004, la société Bouygues Bâtiment Ile-de-France (Bouygues) a confié à la SCP Mongrelet une mission de géomètre expert pour l'implantation de deux bâtiments à édifier à Gennevilliers.

Un différend étant survenu entre les parties, Bouygues, se prévalant de la clause compromissoire stipulée par le contrat, a saisi M. A. d'une demande d'arbitrage.

L'arbitre unique statuant comme amiable compositeur a rendu le 14 juin 2010 à Saint-Maurice, une sentence qui a fixé à 92 426,08 euros, outre intérêts, la somme due à Bouygues par la SCP Mongrelet.

Cette dernière a formé un recours contre la sentence.

Par conclusions du 29 août 2011, elle en sollicite l'annulation, ainsi que la condamnation de Bouygues à lui payer la somme de 4 500 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile. Elle invoque l'irrégularité de la désignation de l'arbitre (article 1484 2° du Code de procédure civile), la méconnaissance par l'arbitre de sa mission (article 1484 3° du Code de procédure civile) et la violation de l'ordre public (article 1484 6° du Code de procédure civile).

Par conclusions du 1^{er} juillet 2011, Bouygues demande le rejet du recours et la condamnation de la SCP Mongrelet à lui payer la somme de 5 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile.

SUR QUOI :

Sur le moyen tiré de l'irrégularité de la désignation de l'arbitre (article 1484 2° et 6° du Code de procédure civile) :

La SCP Mongrelet fait valoir que la clause compromissoire énumérait une liste d'arbitres sans prévoir l'ordre dans lequel ils devaient être sollicités et que, dès lors, Bouygues ne pouvait imposer unilatéralement l'une quelconque des personnes figurant sur cette liste en méconnaissance du principe d'ordre public d'égalité des parties dans la désignation des arbitres.

Considérant que le contrat de louage d'ouvrage conclu entre les parties le 24 mars 2004 stipule :

Article 22 : « Il est expressément prévu que toutes les contestations survenues à l'occasion des présentes seront soumises à l'arbitrage » ;

Article 23 : « L'arbitrage auquel se soumettent les soussignés par application de l'article précédent sera confié à l'arbitre ci-après désigné, lequel aura les pouvoirs d'amiable compositeur. L'arbitre aura la faculté de se faire assister à titre consultatif de tout technicien de son choix ou de se substituer tel autre arbitre qu'il désignera, ce que les parties acceptent formellement dès à présent.

La partie qui soumettra un litige à l'arbitrage, tel que prévu ci-dessus, devra avertir l'arbitre et l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception de son intention en précisant l'objet du différend.

(...)

Est désigné comme arbitre :

- M. A.
- M. B.
- M. C.
- M. D.
- M. E.

Considérant que Bouygues a adressé sa demande d'arbitrage à M. A. qui a rendu la sentence entreprise en dépit des protestations formulées par la SCP Mongrelet contre la désignation unilatérale de l'arbitre unique ;

Considérant que le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige ;

Considérant que la clause compromissoire litigieuse prévoit que les contestations seront tranchées par un arbitre unique ; qu'elle dresse une liste de cinq personnes susceptibles d'être désignées en cette qualité sans fixer aucun critère de choix entre elles, le seul ordre d'énumération de leurs noms, correspondant d'ailleurs à l'ordre alphabétique, ne pouvant s'analyser comme un tel critère ; que, dès lors, la désignation d'un arbitre sur cette liste ne pouvait être laissée à la discrétion du seul demandeur à l'arbitrage mais devait résulter, après la naissance du litige, d'un accord des parties et, à défaut, d'une décision du juge d'appui ;

Considérant que la sentence rendue par un arbitre irrégulièrement désigné doit être annulée ;

Considérant que Bouygues, qui succombe, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ; qu'elle sera condamnée sur ce fondement à payer la somme de 4 500 euros à la SCP Mongrelet ;

PAR CES MOTIFS :

Annule la sentence rendue entre les parties le 14 juin 2010.

Déboute la société Bouygues Bâtiment Ile-de-France à payer à la SCP Mongrelet, la somme de 4 500 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile.

M^{ME} GUIHAL, cons. ff. prés., M^{ME}S DALLERY ET CARON-DEGLISE, CONS. — M^{ES} PERRAUT, DENIZE, AV.

(1) *NOTE.* — 1. L'arrêt ici rapporté (1) fait une application assez stricte du principe d'égalité, dans une affaire où la désignation, par le demandeur à l'arbitrage, d'un arbitre unique parmi une liste d'arbitres potentiels dressée par la clause compromissoire, était critiquée dans le cadre du recours en annulation de la sentence. Ce n'est pas la première fois que ce type de clause défraye la chronique : plusieurs sentences

(1) Paris, Pôle 1 — Ch. 1, 3 juillet 2012, en somm. in *Rev. arb.*, 2012.680 ; *Gaz. Pal.*, n° 274-276, p. 21, obs. D. Bensaude.

arbitrales rendues sur la base de clauses semblables (incluses, la plupart du temps, dans des contrats de sous-traitance signés par des sociétés du groupe Bouygues) ont déjà été attaquées devant les juridictions judiciaires, tantôt sous l'angle d'une violation du principe d'égalité, tantôt sous celui d'une violation, par l'arbitre désigné, de son obligation de révélation (v. *infra*).

Ce genre de clause pose notamment difficulté lorsqu'il est allégué que la liste d'arbitres a, lors de la signature du contrat, été imposée par une partie à l'autre et que cette dernière ne sait pas que cette même liste figure dans des dizaines d'autres contrats proposés par la même société ou le même groupe de sociétés et qu'ainsi, chaque arbitre a déjà eu l'occasion d'intervenir à de nombreuses reprises.

Dans la présente affaire, la clause compromissoire stipulait : « (...) *L'arbitrage auquel se soumettent les soussignés par application de l'article précédent sera confié à l'arbitre ci-après désigné, lequel aura les pouvoirs d'amiable compositeur. L'arbitre aura la faculté de se faire assister à titre consultatif de tout technicien de son choix ou de se substituer tel autre arbitre qu'il désignera, ce que les parties acceptent formellement dès à présent. La partie qui soumettra un litige à l'arbitrage, tel que prévu ci-dessus, devra avertir l'arbitre et l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception de son intention en précisant l'objet du différend. (...) Est désigné comme arbitre : [suit une liste de cinq personnes]* ». La société Bouygues ayant adressé sa demande d'arbitrage à l'une des personnalités figurant dans la liste dressée par la clause, et l'arbitre unique ainsi désigné ayant rendu sa sentence en dépit des protestations de la défenderesse « *contre la désignation unilatérale de l'arbitre unique* », la Cour d'appel de Paris a annulé la sentence.

Après avoir rappelé que le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public et que l'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige (2), puis constaté que la clause compromissoire dressait une liste de cinq personnes susceptibles d'être désignées en qualité d'arbitre « *sans fixer aucun critère de choix entre elles* », la Cour en a déduit que « *la désignation d'un arbitre sur cette liste ne pouvait être laissée à la discrétion du seul demandeur à l'arbitrage mais devait résulter, après la naissance du litige, d'un accord des parties et, à défaut, d'une décision du juge d'appui* ».

2. Dans la mesure où il ne résultait pas expressément de la clause litigieuse, que le demandeur à l'arbitrage disposait de la faculté de choisir un arbitre dans la liste de cinq personnalités dressée par celle-ci, on pouvait s'interroger sur le point de savoir si, en procédant ainsi, la société Bouygues avait bien respecté la clause.

(2) V. la consécration du principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres par l'arrêt *Dutco* (Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *Rev. arb.*, 1992.470, note P. Bellet ; *JDI*, 1992.707, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.*, 1992.790, obs. Dubarry et Loquin).

Nonobstant l'absence de précision expresse sur une éventuelle option accordée à l'une des parties, ne pouvait-on pas considérer que la clause offrait la faculté à la partie « la plus diligente », c'est-à-dire au demandeur, de désigner l'arbitre unique dans la liste préalablement convenue de cinq personnalités (3) ?

Autre interprétation envisageable : considérer que la clause faisait obligation aux deux parties, une fois le litige né, de choisir d'un commun accord l'un des arbitres figurant dans la liste (le juge d'appui devant, en l'absence de commun accord, désigner l'arbitre unique parmi la liste de cinq personnalités).

Cette dernière interprétation était peut-être possible, mais l'annulation de la sentence est intervenue, non pas au motif que les modalités de constitution du tribunal arbitral, prévues par la clause, n'avaient pas été respectées, mais au visa du « principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres » et au motif que la « désignation d'un arbitre sur cette liste ne pouvait être laissée à la discrétion du seul demandeur à l'arbitrage ».

En se plaçant, non pas sur le terrain d'une éventuelle violation de la clause, mais sur celui de la violation du principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres, la Cour paraît donc considérer comme nulles, les stipulations permettant à une seule des parties (telle que le demandeur à l'arbitrage) de désigner un arbitre unique dans une liste préalablement convenue de plusieurs candidats potentiels. Dans un tel cas, l'engagement des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage restera valable, mais les modalités de constitution du tribunal arbitral étant illicites, l'arbitre unique devra — sauf renonciation des parties, après la naissance du litige, à invoquer cette illicéité —, être désigné d'un commun accord ou, à défaut, par le juge d'appui (4).

(3) La jurisprudence offre l'exemple de cas où, en l'absence de précision expresse, des clauses de résolution de litiges ont été interprétées comme offrant une option au demandeur. V. par exemple : Cass. civ., 2^e, 30 juin 1993, *Rev. arb.*, 1994.95, note Y. Paclot, qui, en présence d'une clause compromissoire mentionnant deux institutions d'arbitrage, admet qu'elle puisse être interprétée comme offrant le choix à « la partie la plus diligente » (c'est-à-dire au demandeur) de saisir une des deux institutions d'arbitrage désignées par la clause. V. ég. F.-X. Train, note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Rev. arb.*, 2007.775, selon lequel il ne serait « pas inconcevable » qu'une clause compromissoire faisant référence à deux institutions d'arbitrage différentes soit interprétée comme permettant au demandeur de commencer une procédure d'arbitrage devant l'institution de son choix.

(4) V. Trib. gr. inst. Paris, réf., 31 janvier 1986, *Jacksor c/ Fillold C.M.*, *Rev. arb.*, 1987.179, note Ph. Fouchard, jugeant, avant l'arrêt *Dutco*, dans une affaire où la clause compromissoire permettait à l'une des parties de désigner, comme arbitre unique, toute personne de son choix (aucune liste préalablement convenue d'arbitres potentiels n'étant fixée), que les modalités de constitution du tribunal étaient manifestement nulles, comme « contraires aux exigences de l'institution de l'arbitrage dont l'objet est de confier la solution du litige à des particuliers investis de leur confiance commune ». Les parties ayant manifesté leur volonté non équivoque de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, le juge d'appui a cependant refusé de considérer que l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage était nul et s'est contenté de mettre en place un autre processus de désignation des arbitres.

3. Préalablement à l'arrêt commenté, le Président du Tribunal de grande instance de Paris (5) et la Cour d'appel de Lyon (6) avaient pourtant déjà jugé, dans deux affaires *Bouygues*, que ce type de clause n'était pas contraire au principe d'égalité, dans la mesure où elle n'abandonnait pas la désignation de l'arbitre à « *la volonté unilatérale de l'une des parties* » mais « *au choix de la partie demanderesse en arbitrage, qui pouvait être l'une ou l'autre société* », sur une liste de plusieurs noms « *dressée de concert* ». En signant le contrat et la clause d'arbitrage « *telle qu'elle était formulée* », la défenderesse à l'arbitrage avait « *nécessairement admis* » que les arbitres figurant sur la liste « *présenteraient, indifféremment, les qualités d'indépendance, d'impartialité et de compétence requises pour statuer sur les litiges susceptibles de naître lors de l'exécution de la convention* ».

La Cour d'appel de Rennes avait également jugé, en 2006 (7), dans une affaire où la clause stipulait que « *la partie demanderesse à l'arbitrage soumettra à son gré le différend à un des arbitres ci-dessous désignés* » et donnait une liste de quatre personnes pouvant être ainsi désignées, que la désignation de l'arbitre n'était « *pas abandonnée à la désignation d'une seule des parties, de telle sorte que le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres ne peut être considéré comme violé* ». En réponse au moyen soulevé par l'autre partie, qui faisait valoir notamment que « *le choix de l'arbitre n'était pas libre* » et que, lors des négociations contractuelles, elle avait « *voulu faire ajouter un autre nom mais vainement, sous peine de ne pas obtenir le marché* », la Cour a, après avoir constaté que cette partie avait signé, quinze jours avant la conclusion du contrat litigieux, un marché avec un sous-traitant contenant la même clause compromissoire (avec une liste de cinq arbitres, dont les quatre premiers étaient les mêmes que ceux mentionnés dans l'autre contrat), puis signé l'acte de mission sans réserve, jugé « *qu'à supposer que le principe de liberté dans le choix de l'arbitre ait été violé* », elle avait « *par son attitude, confirmé la clause qu'elle critique* ».

Enfin, la Cour d'appel de Paris avait accepté, en 1999 (8), de donner effet à une clause permettant au demandeur à l'arbitrage de soumettre le différend à un arbitre unique choisi « *à son gré* » parmi une liste de trois personnalités nommément désignées par la clause, aux motifs :

(5) Trib. gr. inst. Paris (réf.), 7 décembre 1994, *Démolitions Delair c/ Sté Bouygues*, *Rev. arb.*, 2000.116, note E. Loquin. Du même auteur. « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 29 juin-1^{er} juil. 2008, p. 5 ; F. Niggemann et F. Jonglez de Ligne, « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gaz. Pal.*, 25 octobre 2009, n° 298-300, p. 21-26.

(6) Lyon, 1^{re} Ch.-civ., *M^r Ouzille c/ S.A. Bouygues*, 13 février 2003, RG n° 2001/05347, inédit.

(7) Rennes, 14 mars 2006, *Sté Travaux Etudes Industriels (TEI) c/ sté GTB Bouyer Duchemin, sté MAVO*, RG n° 04/02131, *Juris-data* n°2006-303347.

(8) Paris, 1^{re} Ch. C, 16 novembre 1999, *Sté Electricité Nord-Ouest c/ sté Olin Lantuit*, *Rev. arb.*, 2000.313.

d'une part, qu'il n'était pas démontré que cette clause avait créé « un déséquilibre entre les parties », soit en raison d'un « lien de dépendance » entre le demandeur à l'arbitrage et les trois arbitres pressentis, soit en raison de ce que la partie ayant désigné l'arbitre « *assumerait nécessairement la position de demanderesse à l'arbitrage* » ; et d'autre part, qu'en ratifiant sans réserve l'acte de mission établi par l'arbitre désigné par l'autre partie, la demanderesse au recours en annulation avait, « *en tout état de cause* », renoncé à « *l'inégalité alléguée* ».

La Cour de Paris paraissait donc considérer que la clause était valable, mais avait quand même pris le soin de relever qu'en l'espèce, la demanderesse au recours en annulation avait, « *en tout état de cause* », renoncé, une fois le litige né, à se prévaloir d'une quelconque violation du principe d'égalité.

Quant à la Cour de cassation, elle avait également été saisie, en 2002, d'une affaire où la validité de ce type de clause était contestée (affaire impliquant une société du groupe Bouygues, dénommée « Quille » (9)). Le moyen tiré d'une violation du principe d'égalité, nouveau et mélangé de fait et de droit, avait cependant été déclaré irrecevable.

4. Dès lors, que penser de la solution posée par l'arrêt commenté ?

Première remarque : dans la clause litigieuse, les parties sont d'ores et déjà convenues, lors de la signature du contrat, qu'un certain nombre de personnalités pourront légitimement et régulièrement être désignées en qualité d'arbitre unique.

Dans ces conditions, il paraît difficile de considérer que l'arbitre est choisi par le demandeur à l'arbitrage. Ce n'est pas le choix de l'arbitre qui est laissé à la discrétion du demandeur, mais le choix, parmi les noms d'arbitres *préalablement proposés et/ou acceptés* par l'autre partie, d'en désigner un.

Dans la mesure où, dans la clause litigieuse, chaque partie donne son consentement à la désignation de l'arbitre unique, il ne paraît pas possible de considérer que cette désignation est laissée « *à la discrétion du seul demandeur à l'arbitrage* », comme l'indique l'arrêt commenté (10).

Les juges du fond avaient d'ailleurs considéré, antérieurement à la présente affaire (v. *supra*, n° 3), que la validité de la clause était justifiée au motif, notamment, que la liste d'arbitres potentiels avait été « *dressée de concert* ». Autrement dit, lors de la conclusion du contrat, les parties

(9) Cass. civ. 2^e. *Sté Porée & a. c/ sté Quille*, 31 janvier 2002, *JCP E*, 2003 p. 805, n° 5, obs. Ch. Seraglini.

(10) En ce sens également, v. E. Loquin, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », préc., spéc. p. 8 : « ... les deux parties ayant convenu des noms portés sur la liste d'arbitres retenue, l'arbitre finalement désigné a été choisi d'un commun accord par les parties. La clause est donc licite, mais à la condition que le contrat ne soit pas un contrat d'adhésion et que la liste des arbitres potentiels n'a pas été dressée unilatéralement par l'une des parties et imposée à l'autre ».

ont déjà manifesté leur consentement mutuel à la désignation, comme arbitre unique, de toute personnalité dont le nom figure dans la liste dressée par la clause compromissoire. Sauf à ce que la clause n'ait pas été librement consentie (v. *infra*, n° 6), aucune partie n'est, théoriquement, privée de la faculté de choisir la personne susceptible de lui convenir en qualité d'arbitre unique.

5. Deuxième remarque : il est possible, en outre, de distinguer deux types de clauses : la clause à option unilatérale, permettant à une seule partie (par exemple, telle entreprise de construction nommément identifiée) de désigner, parmi la liste de personnalités préalablement convenue, l'arbitre unique ; et la clause à option bilatérale, ouvrant la faculté à chaque partie au contrat, de désigner, parmi une liste de personnalités préalablement convenue, l'arbitre unique (telle que la clause permettant au « demandeur à l'arbitrage », lequel peut être n'importe quelle partie au contrat, de désigner l'arbitre unique).

Le demandeur à l'arbitrage ne sera pas nécessairement celui qui a une demande en paiement de prix ou une demande en dommages-intérêts à former : ainsi, la partie dont la qualité des prestations est critiquée par son cocontractant, dispose de la faculté de saisir l'arbitre, afin de faire juger, avant toute demande en dommages-intérêts de son cocontractant, que sa responsabilité n'est pas engagée (11). Chaque partie dispose, en cas de litige, de la faculté de déclencher l'arbitrage.

Dans la clause à option bilatérale, seul le demandeur à l'arbitrage désigne l'arbitre unique parmi une liste de personnalités dressée par la clause compromissoire. Les parties ne sont donc pas exactement placées sur le même plan. Il n'en résulte pas moins que, tant au moment de la conclusion du contrat qu'au moment de la naissance du litige (« litige » au sens « sociologique » du terme (12)), chaque partie dispose exactement du même droit : celui de désigner l'arbitre unique parmi la liste de personnalités dressée par la clause, pour peu qu'elle prenne l'initiative de déclencher l'arbitrage en premier. Telle était, semble-t-il, la position des juges du fond antérieurement à l'arrêt commenté : dans les clauses bilatérales, la désignation de l'arbitre est laissée « au choix de la partie demanderesse en arbitrage », laquelle est susceptible d'être « l'une ou l'autre société ».

6. L'arrêt commenté fait ainsi preuve d'une grande rigueur dans l'application du principe d'égalité. Les magistrats ont sans doute été incités à prendre un tel parti, en raison des nombreuses contestations que ce type de clause suscite, depuis plusieurs années, devant les juridictions judiciaires. Le problème posé par la clause litigieuse n'est en effet pas seulement celui de la conformité au principe d'égalité du mécanisme

(11) V. G. Decocq, « Les sentences déclaratoires », *Cah. arb.*, 2012.821, qui milite en faveur de la recevabilité, sous certaines conditions, des actions déclaratoires en droit français de l'arbitrage et considère que les sentences arbitrales déclaratoires ne sont pas, en elles-mêmes, contraires à l'ordre public international.

(12) V. G. Decocq, « Les sentences déclaratoires », préc., spéc. p. 854.

contractuel permettant à une partie de désigner un arbitre unique parmi une liste d'arbitres potentiels dressée par la clause, mais il est aussi : d'une part, celui de l'imposition, par une partie à une autre, lors des négociations, de ses propres conditions contractuelles (problème de validité du consentement et/ou de pratiques abusives (13)) ; et d'autre part, celui de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres désignés par les clauses compromissaires et de l'exécution, par l'arbitre pressenti, de son obligation de révélation (14).

S'agissant du premier problème, le grief est récurrent en jurisprudence. On voit ainsi que le problème d'égalité posé par la clause litigieuse vient aussi, et sans doute surtout, de ce que, dans de nombreux cas, il est allégué que la liste d'arbitres uniques n'a pas vraiment été convenue, mais unilatéralement dressée par la partie qui a rédigé la clause. Le moyen est difficile, car la charge de la preuve pèse sur celui qui prétend que la liste d'arbitres lui a été imposée. Ainsi, dans l'affaire *Quille* (15), la cour d'appel a refusé de considérer que la liste d'arbitres avait été imposée par l'une des parties à son cocontractant. La Cour de cassation a approuvé le raisonnement des juges du fond, qui avaient considéré qu'en signant le contrat, les parties étaient convenues d'accepter la désignation de l'un des trois arbitres et que la défenderesse avait eu la faculté, avant la signature du contrat, de proposer tout autre nom d'arbitre.

S'agissant du second problème posé par la clause litigieuse, il va de soi que la désignation, par les parties, dans la clause compromissaire, d'un arbitre unique, ou d'une liste d'arbitres uniques potentiels, ne dispense pas l'arbitre ultérieurement appelé à trancher le litige, de son obligation de révéler toute circonstance susceptible de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à son impartialité et son indépendance (16). La désignation répétée, par une partie, du même arbitre doit certainement être révélée par celui-ci à l'autre partie, afin

(13) La législation sur les pratiques abusives, qui stigmatise le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (article L. 442-6 I 2° du Code de commerce) pourrait peut-être servir de base à une règle matérielle invalidant les clauses compromissaires par trop déséquilibrées. Le fait d'imposer à son cocontractant, une liste d'arbitres sans lui laisser la possibilité de proposer d'autres noms, crée sans doute un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » au sens de cette législation.

(14) Ces problèmes ne concernent d'ailleurs pas seulement le cas des clauses prévoyant une liste d'arbitres uniques potentiels à désigner par une partie. Ils concernent également les clauses compromissaires où un seul arbitre est, dès l'origine, nommé, identifié et désigné (clauses licites et non contraires au principe d'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre, sauf à démontrer que l'arbitre unique désigné par la clause aurait été imposé par l'une des parties à son cocontractant lors de la signature du contrat).

(15) Cass. civ. 2^e, 31 janvier 2002, préc.

(16) Sur l'obligation de révélation, v. récemment : Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, *Sté Neoelectra Group c/ sté Tecso*, supra p. 129, note Ch. Jarrosson ; *JCP E*, 2013, 24, n° 1, note Ch. Seraglini ; *JCP G*, 2012, p. 2144, note B. Le Bars ; *Gaz. Pal.*, 2013, n° 6-8, p. 19-20, note D. Bensaude ; *D.*, 2012, 2991, obs. Th. Clay ; *Procédures*, 2012, n° 12, p. 23, note L. Weiller. V. ég. F.-X. Train, « Mode d'exercice de l'activité d'arbitre et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2012, 725.

qu'elle puisse éventuellement exercer son droit de récusation (17). Ainsi, dans une affaire bien connue, mettant en jeu une clause semblable à la clause litigieuse et où un arbitre unique, systématiquement désigné dans les clauses compromissaires des contrats signés par les sociétés d'un même groupe (Bouygues), avait omis de révéler qu'il avait antérieurement été désigné par la même partie dans 51 autres affaires, la Cour d'appel a annulé la sentence au motif que « *le caractère systématique* » de la désignation d'une personne donnée comme arbitre, dans les clauses compromissaires conclues par les sociétés d'un même groupe, « *sa fréquence et sa régularité sur une longue durée* », dans des contrats identiques (contrats de sous-traitance), avaient « *créé les conditions d'un courant d'affaires* » entre cette personne et la société dudit groupe, partie à la procédure, et que l'arbitre ayant recelé ces liens avait empêché l'autre partie d'exercer son droit de récusation (18).

7. Conclusion : l'arrêt commenté ne dément pas l'opinion, déjà émise au sujet de l'arrêt *Dutco*, selon laquelle, en matière d'égalité, « *ce n'est pas au stade de l'affirmation des principes que les difficultés apparaissent, mais à celui de leur application* » (19). Certes, dans la clause litigieuse, seul le demandeur à l'arbitrage a le droit de désigner l'arbitre unique parmi la liste de personnalités dressée par la clause compromissoire. Il n'en reste pas moins que chaque partie dispose de la faculté de désigner l'arbitre unique, pour peu qu'elle prenne l'initiative de déclencher l'arbitrage en premier (v. *supra*, n° 5). En outre, la liste d'arbitres potentiels procède (sauf preuve contraire) d'un commun accord des parties : en désignant l'arbitre unique, le demandeur à l'arbitrage ne fait qu'accepter de désigner une personnalité préalablement proposée et/ou acceptée par la défenderesse (v. *supra*, n° 4). Sauf à démontrer que la clause n'a pas été librement consentie, la désignation de l'arbitre appelé à trancher le litige n'est, *théoriquement*, pas laissée à la discrétion du « *seul* » demandeur à l'arbitrage. La Cour de Paris fait donc preuve, dans la présente espèce, d'une grande fermeté dans l'application du principe d'égalité. Cette fermeté est sans doute motivée par le contexte particulier de toutes ces affaires, où la clause litigieuse est souvent contestée pour les mêmes motifs, et où la preuve de ce que la liste d'arbitres a été imposée par une partie à l'autre est, en pratique, assez difficile à rapporter. S'agissant d'un principe fondamental tel que celui de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres, l'arrêt commenté satisfera sans doute ceux qui craignaient le « *recul* » de ce principe dans la jurisprudence (20).

Jérôme BARBET
Avocat à la Cour
Solicitor, England & Wales

(17) V. Cass. civ., 2^e, 6 décembre 2001, *Fremarc c/ ITM Entreprises*, *Rev. arb.*, 2003.1231, note E. Gaillard ; M. Henry, note sous Paris, 1^{re} Ch. C., 29 janvier 2004, *Rev. arb.*, 2005.709.

(18) Paris, 1^{re} Ch. C., 29 janvier 2004, *Rev. arb.*, 2005.709 (1^{re} esp.), note M. Henry.

(19) Ch. Jarrosson, note sous l'arrêt *Dutco*, préc.

(20) V. Ch. Seraglini, note préc. sous Cass. civ. 2^e, 31 janvier 2002.