

LE PRÉCÉDENT PROCÉDURAL DANS LA PRATIQUE DES TRIBUNAUX ARBITRAUX

par

Maxi SCHERER (*)

*Professeure de droit à Queen Mary University of London
Directrice de la chaire de International Arbitration, Dispute Resolution
and Energy Law
Special Counsel - WilmerHale LLP*

et

Sonya EBERMANN

Counsel - WilmerHale LLP

et

Morgane CAUVIN

Associate - WilmerHale LLP

RÉSUMÉ

La présente contribution se propose d'étudier l'apparition, en arbitrage international, de décisions procédurales formant un véritable corps de jurisprudence ou de précédents. Tandis que le sujet du précédent a d'ores et déjà été analysé sous l'angle des décisions substantielles rendues par les arbitres, aucune étude n'est consacrée spécifiquement au précédent concernant les questions procédurales. Cet article cherche alors à préciser davantage la notion de précédent procédural, avant d'examiner sa réalité dans la pratique arbitrale. Les études empiriques menées par les auteures sur les décisions procédurales rendues par des tribunaux CCI et CIRDI font apparaître d'intéressantes divergences dans la pratique des arbitres face au précédent procédural, que cela soit selon le type d'arbitrage (commercial ou d'investissement) ou selon la matière traitée (questions de compétence, demandes de mesures provisoires, etc.).

(*) Les auteures souhaitent remercier Céline Kellmann et Luc Masset pour leur aide précieuse lors de l'élaboration de cet article.

SUMMARY

This article analyzes the development of a growing body of procedural case law or “precedent” in international arbitration. While the use of precedent is usually discussed in relation to substantive decisions rendered by arbitral tribunals, no study exists to date dealing specifically with procedural precedent. In this article, we look at this novel concept and examine its application in arbitral practice. Having conducted empirical studies on procedural decisions rendered by ICC and ICSID tribunals, the authors set out interesting divergences in the use of procedural precedent depending on the type of arbitration (commercial or investment), and the procedural question at stake (jurisdictional issues, requests for interim measures, etc.).

INTRODUCTION

1. Le titre du présent article – sujet sur lequel l’une des auteures a eu le plaisir de s’exprimer lors de la journée d’étude du Comité français de l’arbitrage – peut surprendre. Si la question du précédent n’est pas nouvelle en arbitrage international (1), aucune étude traitant uniquement et spécifiquement du précédent procédural n’est connue des auteures.

2. A titre préliminaire, une précision terminologique s’impose : qu’entendons-nous par la notion de précédent – précédent procédural qui plus est – en matière d’arbitrage ?

(1) P. Dhawan, « Application of Precedents in International Arbitration », *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 87, Issue 4, 2021.550 ; D. Bentolila, « Le précédent arbitral », *Rev. arb.*, 2017.1167 ; D. P. Fernandez Arroyo, « Los precedents y la formación de una jurisprudencia arbitral », in E. Gaillard, D. P. Fernandez Arroyo (eds), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, biblioteca de derecho de la globalización – CEDEP, 2013, p. 225 ; P. Mayer, « La liberté de l’arbitre », *Rev. arb.*, 2013.339, spéc., p. 360-365 ; P. J. Martinez-Fraga, H. K. Samra, « The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor – State Arbitration », *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, Issue 3, 2012.419 ; V. König, *Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche*, De Gruyter, 2013 ; W.M.C. Weidemaier, « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », *William & Mary Law Review*, Vol. 51, Issue 5, 2010.1895 ; J.-M. Jacquet, « Avons-nous besoin d’une jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.*, 2010.445 ; G. Kaufmann Kohler, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », *Arbitration International*, Vol. 23, Issue 3, 2007.357 ; J. P. Commission, « Precedent in Investment Treaty Arbitration », *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, Issue 2, 2007.129 ; E. Loquin, « A la recherche de la jurisprudence arbitrale », in A. Ponsard, *La Cour de Cassation, l’Université et le Droit*, Litec, 2003, p. 213.

3. En droit, c'est surtout dans sa traduction anglaise, *precedent*, que le terme est le plus utilisé. Dans un sens général, il se réfère alors à une décision qui sera suivie par d'autres juridictions lorsqu'elles se trouvent confrontées à un cas qui soulève des questions de fait et de droit similaires (2). Toutefois, il convient de distinguer selon son effet plus ou moins contraignant.

4. D'une part, la règle du *precedent* obligatoire – *binding precedent*, parfois aussi appelée doctrine du *stare decisis* – fut historiquement forgée par les pays de *common law* ; selon celle-ci, les arrêts des juridictions supérieures font jurisprudence et les principes ainsi dégagés deviennent obligatoires pour les juridictions inférieures (3). Or, il est généralement admis qu'en matière d'arbitrage, à défaut d'une hiérarchie entre tribunaux arbitraux, il n'y a pas lieu d'appliquer la règle du *precedent* obligatoire (4).

5. D'autre part, il existe des hypothèses dans lesquelles un précédent est seulement qualifié de « persuasif ». C'est notamment le cas dans les pays de *common law*, lorsque le précédent émane d'une juridiction de même rang ou d'un rang inférieur (5). La juridiction saisie dans un second temps n'est donc pas obligée de suivre le *precedent*, mais peut tout de même en tenir compte, notamment pour appuyer son propre raisonnement. C'est en ce

(2) Définition de *precedent* du *Cambridge Dictionary*, accessible sur <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/precedent> : « a decision about a particular legal case that makes it likely that other similar cases will be decided in the same way » ; définition de *precedent* du *Britannica*, accessible sur <https://www.britannica.com/topic/precedent> : « precedent, in law, [is] a judgment or decision of a court that is cited in a subsequent dispute as an example or analogy to justify deciding a similar case or point of law in the same manner » ; définition de *precedent* du *Law Cornell*, accessible sur <https://www.law.cornell.edu/wex/precedent> : « Precedent refers to a court decision that is considered as authority for deciding subsequent cases involving identical or similar facts, or similar legal issues ».

(3) United States Court of Appeals, 7 novembre 1979, *Allegheny General Hospital c/ National Labor Relations Board*, 3d Circuit, 608 F.2d 965 ; H. Campbell Black, « The Principle of Stare Decisis », *The American Law Register (1852-1891)*, Vol. 34, Issue 12, 1886.745. Sur la perspective historique du *stare decisis* en *common law*, v. T. R. Lee, « Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court », *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, Issue 3, 1999.647.

(4) P. Dhawan, « Application of Precedents in International Arbitration », *Arbitration : The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, préc., spéc. p. 552 ; D. Bentolila, « Le précédent arbitral », préc., spéc. p. 1168 ; V. König, *Präzedenzwirkung internationaler Schiedssprüche*, op. cit., p. 88 ; G. Kaufmann Kohler, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse? », préc., spéc. p. 358-360.

(5) P. Dhawan, « Application of Precedents in International Arbitration », préc., spéc. p. 553-554.

sens que le terme « précédent » est généralement employé en arbitrage (6).

6. Dans la terminologie juridique française, le mot « précédent » n'est pas un terme technique défini en tant que tel ; il ne se retrouve dans aucun lexique ou dictionnaire juridique. Toutefois, dans le langage commun, un précédent est un « [f]ait [ou] acte antérieur invoqué comme référence, comme modèle ou comme justification pour quelque chose d'identique ou d'analogue » (7).

7. C'est en s'inspirant de cette dernière définition que la présente étude adopte le terme « précédent ». Celui-ci sera donc envisagé dans un sens large, à savoir le fait de se référer à, ou d'invoquer comme modèle, des décisions ou pratiques juridiques antérieures pour résoudre des questions de fait ou de droit similaires. Toutefois, afin de limiter l'étude à la matière arbitrale, nous nous cantonnerons aux précédents sous la forme de sentences, décisions ou pratiques arbitrales antérieures, qui constituent une sorte de « précédent arbitral ».

8. Ayant ainsi précisé l'utilisation du terme « précédent », il convient également de clarifier l'emploi de l'adjectif « procédural ». En effet, les autres rapports de la journée d'étude du Comité français de l'arbitrage concernent le précédent substantiel et étudient la question de savoir dans quelle mesure les tribunaux arbitraux se réfèrent à la jurisprudence antérieure dans leurs décisions sur le fond (8). La présente étude, au contraire, se concentre sur la question parallèle, mais distincte, de l'utilisation du précédent en matière de procédure. En d'autres termes, les tribunaux arbitraux se réfèrent-ils à des sentences ou pratiques arbitrales antérieures pour résoudre des points procéduraux, tels que des questions de compétence, de production de documents, d'extension de délais de procédure, de mesures provisoires et conservatoires, y compris de garantie de paiement des frais (*security for costs*), etc. ?

9. Ces précisions terminologiques étant faites, il convient alors, dans un premier temps, de préciser davantage la notion de précédent procédural (I) avant d'examiner, dans un second temps,

(6) *Ibid.*; D. Bentolila, « Le précédent arbitral », préc., spéc. p. 1184-1185.

(7) Définition de *précédent* du Larousse, accessible sur <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/pr%C3%A9c%C3%A9dent/63309>.

(8) Ces contributions sont reproduites dans le présent numéro de cette *Revue*.

si cette notion correspond bien à une réalité dans la pratique arbitrale (II).

I. – LA NOTION DE PRÉCÉDENT PROCÉDURAL

10. Afin de mieux cerner la notion de précédent procédural, il convient de réfléchir aux différentes formes que celui-ci peut prendre (A) et de le comparer au précédent substantiel (B).

A) Formes du précédent procédural

11. Comme précisé dans l'introduction, il est généralement admis qu'en matière d'arbitrage, le précédent ne peut prendre la forme d'un *binding precedent*. Il ne peut que produire un effet persuasif. Toutefois, il nous apparaît nécessaire de distinguer différents types de précédents non seulement en fonction de leur effet, mais également en fonction de la manière dont les tribunaux arbitraux considèrent l'existence de sentences ou pratiques arbitrales antérieures.

12. Quand bien même le précédent procédural, *stricto sensu*, consiste en une référence directe à d'autres décisions arbitrales par les arbitres (2°), d'autres formes plus indirectes existent : nous pouvons ainsi percevoir des formes plus diffuses de prise en compte des pratiques antérieures dans l'harmonisation générale de la procédure arbitrale ainsi que dans l'émergence de règles de *soft law* en la matière (1°).

1°) *Références indirectes à la pratique arbitrale à travers l'harmonisation de la procédure et le développement de la soft law*

13. Sans aucun doute, la procédure arbitrale fait l'objet d'une forte harmonisation sur le plan international. Bien que l'autonomie de la volonté des parties demeure la pierre angulaire en arbitrage, les parties et les arbitres ont tendance à se reposer sur un consensus international relatif au déroulement typique d'une procédure d'arbitrage (9). Des « ordonnances de procédure n° 1 »

(9) G. Born, *International Commercial Arbitration*, 3^e éd., Kluwer Law International, 2021, § 15.07[D][3]; V. Y. Derains, « Une nouvelle approche de la procédure arbitrale internationale », *Rev. arb.*, 2021.629, spéc. p. 633-639, paras. 4-18; U. Draetta, « The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the

standardisées (10) à l'utilisation accrue du *Redfern* ou *Stern Schedule* (11), ce ne sont que quelques exemples d'une procédure de plus en plus harmonisée.

14. Cette harmonisation croissante a parfois pu conduire à la codification de la procédure arbitrale dans des instruments de *soft law* (12). Les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve (13), les Lignes Directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts (14), et, plus récemment, les Règles sur la conduite efficace de la procédure d'arbitrage international (dites aussi Règles de Prague) (15) sont des illustrations de cette codification progressive de la pratique arbitrale. Bien que ces instruments n'aient aucune force obligatoire, les tribunaux arbitraux les utilisent fréquemment (16). Par là même, les arbitres se réfèrent donc indirectement à la pratique arbitrale qui a forgé ces instruments (17).

Risks of Overregulation and Bureaucratization », *ASA Bull.*, Vol. 33, Issue 2, 2015.327 ; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, 1^{re} éd., PUF, 2013, para. 720 ; P.-Y. Gunter, « Transnational Rules on the Taking of Evidence », in A. V. Schlaepfer, Ph. Pinsolle, L. Degos, *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, IAI Series on International Arbitration No. 3, 2005, p. 137-138 ; E. Gaillard, J. Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 289-691, paras. 1258-1260.

(10) Y. Derains, « Une nouvelle approche de la procédure arbitrale internationale », préc., spéc. p. 633.

(11) G. Born, *International Commercial Arbitration*, op. cit., § 16.02[E][3][a] ; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6^e éd., Kluwer Law International, 2015, p. 67-68, para. 1.238 et figure 1.1, p. 383-385, paras. 6.100-6.103.

(12) D. Bentolila, « Le précédent arbitral », préc., spéc. p. 1170 ; U. Draetta, « The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization », préc., spéc. p. 331 ; M. de Boissésou, « La "Soft law" dans l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2014.519.

(13) Règles de l'*International Bar Association* (IBA) sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, accessible sur <https://www.ibanet.org/document?id=Rules-on-the-Taking-of-Evidence-in-International-Arbitration-2020-French>.

(14) Lignes Directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts, accessible sur <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=D546CEDA-BC4E-481A-B61D-2ED41D4DC048>.

(15) Les Règles sur la conduite efficace de la procédure d'arbitrage international, accessible sur <https://praguerules.com/upload/medialibrary/c94/c94e4e931e6eb75017d82e6ab26b1712.pdf>.

(16) Bien sûr, les Règles de Prague, parues en décembre 2018, ne connaissent pas encore une utilisation aussi importante que celles de l'IBA.

(17) G. Kaufmann Kohler, « Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010.1, spéc. p. 14.

15. L'harmonisation dont nous témoignons, tant dans la pratique que par l'apparition de la *soft law*, est parfois considérée comme le fruit d'un compromis entre traditions de *common law* et de *civil law* (18). Elle a toutefois pour conséquence d'engendrer une standardisation regrettable du fait de sa rigidité, susceptible parfois d'empêcher la recherche de solutions faites sur mesure et mieux adaptées au cas d'espèce (19).

16. Néanmoins, qu'on la salue ou qu'on la regrette, cette harmonisation existe bel et bien et représente une modalité de prise en compte de la pratique antérieure par les tribunaux arbitraux. Cette prise en compte reste, évidemment, plus diffuse et indirecte que le précédent procédural à proprement parler : à savoir le fait pour les tribunaux arbitraux de se référer explicitement à des décisions arbitrales antérieures afin de justifier leurs propres décisions.

2°) *Références directes à des décisions arbitrales antérieures*

17. Lorsque les tribunaux arbitraux sont amenés à trancher une question procédurale, ils se trouvent souvent confrontés à une multitude de sources, entre autres les conventions internationales (en particulier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, communément appelée la « Convention de New York »), les règles obligatoires de la *lex arbitri* et les règlements d'arbitrage (20). Néanmoins, il n'est pas inhabituel qu'une place significative soit laissée à la discrétion du tribunal arbitral concernant les questions de procédure.

18. A titre d'exemple, la plupart des règlements d'arbitrage consacrent aujourd'hui la possibilité pour les arbitres d'octroyer des mesures provisoires et conservatoires, sans pour autant en

(18) Y. Derains, « Une nouvelle approche de la procédure arbitrale internationale », préc., spéc. p. 629; U. Draetta, « The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization », préc., spéc. p. 334.

(19) *Ibid.*, spéc. p. 333-341; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage, op.cit.*, para. 722.

(20) Certains y ajouteront même la *lex mercatoria processualis*, définie comme un corpus de règles procédurales délocalisées, anationales et transnationales applicables à l'arbitrage et en constante évolution. V. en ce sens, U. Draetta, « The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization », préc., spéc. p. 327, 331.

préciser les conditions (21). Il revient donc aux tribunaux arbitraux d'élaborer les conditions d'exercice de leur pouvoir (22). C'est dans ce contexte que les tribunaux font parfois référence à la jurisprudence arbitrale antérieure, comme le démontrent les exemples suivants.

19. Dans une affaire CIRDI *Kazmin c/ Latvia*, le tribunal s'appuie sur une décision antérieure afin de juger de la condition de nécessité dans le cadre d'une demande de mesure provisoire, et plus précisément de garantie de paiement des frais (23) :

« *The Tribunal finds, as did the RSM v. Saint Lucia tribunal, that "[a]lso future or conditional rights such as the potential claim for cost reimbursement qualify as 'rights to be preserved'" by provisional measures ...* ».

20. L'approche est similaire en arbitrage commercial. Une sentence finale rendue par un tribunal CCI en 1994 a été citée par d'autres tribunaux CCI ultérieurs. Tout d'abord, en janvier 2006, un tribunal se réfère à cette décision de 1994 pour refuser au défendeur une garantie de paiement des frais et conclut « *[w]e find the reasons given by that ICC tribunal persuasive and compelling* » (24). Puis, un mois plus tard, en février 2006, un autre tribunal CCI se réfère à cette même décision de 1994. Cette fois-ci, il précise néanmoins que les faits de l'espèce sont différents et que la conclusion de la décision antérieure ne peut donc s'appliquer (25).

(21) V. article 28 du Règlement d'arbitrage de la CCI (2021) ; article 30 du Règlement d'arbitrage du SIAC (2016) ; article 29 du Règlement d'arbitrage du *Swiss Arbitration Centre* (2021) ; article 25 du règlement d'arbitrage de la LCIA (2020) ; article 37 du Règlement d'arbitrage du *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) (2017). V. cependant article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2021) ; article 23 du Règlement d'arbitrage du *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) (2018) ; article 17(a) du *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as adopted in 2006*.

(22) Sur l'ensemble de cette question, v. Ph. Pinsolle, « L'impact décisif des mesures provisoires (et sa justification théorique) », *Rev. arb.*, 2021.1007.

(23) *Kazmin c/ Latvia*, affaire CIRDI n° ARB/17/5, ordonnance de procédure n° 6, 13 avril 2020, § 28.

(24) Ordonnance de procédure, affaire CCI n° 12732, 2006 (extrait), § 6 faisant référence à la sentence finale dans l'affaire CCI n° 7047/JJA du 28 février 1994.

(25) Ordonnance de procédure, affaire CCI n° 13359, 2006 (extrait) § 6 faisant référence à la sentence finale dans l'affaire CCI n° 7047/JJA du 28 février 1994. V. également ordonnance de procédure, affaire CCI n° 14355, 2007 (extrait), ndp. 5 faisant référence à *A.S.p.A. (Italy) c/ B AG (Germany)*, sentence finale, 25 septembre 1997, *ASA Bulletin*, Vol. 19 Issue 4, 2001.745.

21. Il est également intéressant de noter que les arbitres sont parfois amenés à appliquer ce que l'on pourrait nommer une technique de fertilisation croisée : quand bien même ils siègent sous l'égide d'un règlement d'arbitrage donné, ils peuvent citer des précédents procéduraux développés en application d'autres règlements similaires (26).

22. Ainsi, dans une ordonnance de procédure rendue par un tribunal arbitral CCI, le 11 juillet 2003, ce dernier traite du sujet controversé de la confidentialité et de ses limites. Or, le Règlement d'arbitrage de la CCI ne contient aucune règle imposant un devoir strict de confidentialité, en particulier à l'égard de la presse. Dans ce cas de figure et en l'absence de règles de référence dans le règlement applicable, le tribunal décide de s'appuyer sur d'autres sentences arbitrales, notamment celles rendues par des tribunaux CIRDI en arbitrage d'investissement (27).

23. Une autre illustration de cette technique de fertilisation croisée concerne la procédure d'examen sommaire des demandes (ou défenses) manifestement infondées. L'article 41(1) du Règlement d'arbitrage CIRDI de 2022 prévoit qu'une partie peut, *in limine litis*, « soulever une objection selon laquelle une demande est manifestement dénuée de fondement juridique » (28). D'autres règlements d'arbitrage contiennent des règles similaires (29), tel que l'article 29 (*early dismissal*) du Règlement d'arbitrage du

(26) V. *The Carlyle Group and others c/ Morocco*, affaire CIRDI n° ARB/18/29, ordonnance de procédure n° 3, 13 novembre 2019, § 26 faisant référence à *Vito G. Gallo c/ The Government of Canada*, affaire CPA n° 2008-03, ordonnance de procédure n° 3, 8 avril 2009, § 47 ; *Ríos c/ Chile*, affaire CIRDI n° ARB/17/16, ordonnance de procédure n° 7, 4 octobre 2018, § 26 faisant référence à *Vito G. Gallo c/ The Government of Canada*, affaire CPA n° 2008-03, ordonnance de procédure n° 3, 8 avril 2009.

(27) V. ordonnance de procédure, affaire CCI n° 12242, 2003 (extrait). L'article 20.7 du Règlement CCI (1998) ne contenant aucune règle imposant un devoir strict de confidentialité à l'égard de la presse, le tribunal arbitral se réfère à d'autres décisions pour interpréter le champ d'application raisonnable de l'article. Le tribunal se tourne alors vers l'affaire CIRDI *Amco Asia Corp. et al. c/ Republic of Indonesia* n° ARB/81/01, dans laquelle les arbitres avaient estimé que la Convention CIRDI n'imposait pas non plus de devoir explicite de confidentialité. Le tribunal CCI conclut donc : « compte tenu de ce qui précède, il paraît évident que dans la présente cause, les parties, soumises au règlement de la CCI, ne sont pas tenues à une obligation de confidentialité stricte ... ».

(28) V. déjà article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI (2006).

(29) V. article 22 du Règlement CCI (2021) ; article 22 du Règlement LCIA (2020) ; article 43 du Règlement HKIAC (2018) ; article 39 du Règlement SCC (2017) ; article 19 du Règlement d'arbitrage du *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) (2015).

Singapore International Arbitration Centre (SIAC) (30). L'une des auteures a personnellement connaissance d'une affaire concernant l'article 29 du Règlement d'arbitrage SIAC, dans laquelle les parties se sont référées dans leurs mémoires à la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 41 du Règlement CIRDI. Le tribunal a ensuite cité ces mêmes précédents procéduraux dans sa décision.

24. Sans doute convient-il de veiller à ce que cette pratique consistant à invoquer un règlement d'arbitrage autre que celui qui est applicable, soit limitée aux dispositions similaires et à ne pas en faire un usage intempestif ou hors de propos. Il n'en demeure pas moins significatif que des tribunaux arbitraux procèdent bel et bien à ces fertilisations croisées – non seulement d'un règlement à l'autre mais encore du domaine de l'arbitrage d'investissement à celui de l'arbitrage commercial.

25. S'il existe ainsi différentes formes de précédents procéduraux (des plus diffuses au plus directes), l'objectif du tribunal qui se réfère à une pratique ou jurisprudence arbitrale reste fondamentalement le même : celui d'assurer la cohérence des décisions et donc d'améliorer leur prévisibilité et leur acceptabilité par les parties. C'est bien ce qui rapproche le précédent procédural du précédent substantiel.

B) Comparaison entre précédent procédural et précédent substantiel

26. Qu'un tribunal arbitral se réfère à un précédent pour résoudre des questions de procédure ou de fond, les objectifs restent essentiellement les mêmes (1°). En revanche, des différences persistent, notamment en ce qui concerne le rôle attribué au précédent (2°).

(30) Version anglaise de l'article 29 du Règlement SIAC : « 29.1 A party may apply to the Tribunal for the early dismissal of a claim or defence on the basis that: a. a claim or defence is manifestly without legal merit ... » ; version française : « 29.1 Une partie peut solliciter du Tribunal le rejet anticipé d'une demande ou d'une défense pour les raisons suivantes : a. une demande ou une défense est manifestement sans fondement juridique ... ».

1°) *Objectifs comparables : le développement harmonieux du droit et le besoin de justification des décisions arbitrales*

27. L'utilisation du précédent (procédural ou substantiel) par les arbitres poursuit deux objectifs essentiels.

28. Tout d'abord, tenir compte de solutions antérieures permet d'assurer la cohérence du droit (31). C'est ainsi qu'en matière d'arbitrage d'investissement, un tribunal a retenu qu'il avait le devoir de prendre en compte une série de décisions arbitrales antérieures afin de contribuer au développement harmonieux et à la prévisibilité de ce domaine du droit (32) :

« *At the same time, [the tribunal] is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law* ».

29. La même idée d'un développement progressif d'une jurisprudence se retrouve également en arbitrage commercial, comme le démontre la sentence CCI suivante (33) :

« *Les décisions de [ces] tribunaux ... forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées de l'arbitrage international* ».

(31) P. Dhawan, « Application of Precedents in International Arbitration », préc., spéc. p. 561-562 ; V. König, *Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche*, op. cit., p. 32-34 ; W.M.C. Weidemaier, « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », *William & Mary Law Review*, Vol. 51, Issue 5, 2010.1895, spéc., p. 1942-1951 ; G. Kaufmann Kohler, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », préc., spéc. p. 373-378. V. aussi J.-M. Jacquet, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.*, 2010.445.

(32) *Saipem Sp.A. c/ The People's Republic of Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/07, sentence finale, 30 juin 2009, § 90.

(33) E. Loquin, « Fasc. 725 : Arbitrage commercial international. – Sources », *JurisClasseur Droit International*, 2021, n° 128 cite un extrait de la fameuse sentence *Dow Chemical* (affaire CCI n° 4131, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, 146).

30. En revanche, si les arbitres se sentent ainsi tenus de tenir compte des décisions antérieures, ce devoir n'implique pourtant aucune obligation de suivre une jurisprudence antérieure, même bien établie. Certaines des décisions susmentionnées concernant les garanties de paiement des frais illustrent ce propos (34).

31. Un autre exemple, cette fois-ci dans le domaine de l'arbitrage du sport, démontre que les arbitres sont prêts à s'écarter de décisions antérieures. Ainsi, dans une sentence rendue le 24 janvier 2017, le TAS refuse de suivre la solution d'un autre tribunal sur l'interprétation des statuts de la FIFA. Après avoir rappelé la jurisprudence du TAS sur la question, le tribunal considère que « *in view of the nature of the dispute in CAS 2002/O/410 the findings of the respective panel are neither binding for these proceedings nor do they constitute a common understanding ...* » (35).

32. L'objectif d'un précédent est ainsi de pouvoir œuvrer en faveur d'un développement harmonieux, soit en suivant une jurisprudence établie, soit en expliquant les raisons pour lesquelles il convient d'adopter une solution différente.

33. Cela nous amène au second objectif de l'utilisation du précédent : le besoin de justification des décisions arbitrales. Sous la plupart des règlements d'arbitrage et des *lex arbitri*, les arbitres sont tenus de rendre des sentences motivées (36). Le raisonnement d'une sentence arbitrale est un facteur central pour l'acceptation par les parties de la légitimité de la décision. La partie perdante sera d'autant plus encline à respecter une décision, et à l'exécuter, que celle-ci explicitera les raisons qui ont conduit le tribunal à la solution retenue (37).

(34) Ordonnance de procédure, affaire CCI n° 13359, 2006 (extrait) § 6 faisant référence à la sentence finale dans l'affaire CCI n° 7047/JJA du 28 février 1994. V. également ordonnance de procédure, affaire CCI n° 14355, 2007 (extrait), ndp. 5 faisant référence à *A.S.p.A. (Italy) c/ B AG (Germany)*, sentence finale, 25 septembre 1997, *ASA Bull.*, Vol. 19 Issue 4, 2001.745.

(35) *Football Association of Serbia c/ UEFA*, affaire du TAS n° CAS 2016/A/4602, sentence finale, 24 janvier 2017, § 119.

(36) E. Loquin, « Fasc. 725 : Arbitrage commercial international. – Sources », préc., n° 128 ; D. Bentolila, « Le précédent arbitral », préc., spéc. p. 1186-1192 ; V. König, *Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche*, op. cit., p. 32-34 ; W.M.C. Weidemaier, « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », *William & Mary Law Review*, Vol. 51, Issue 5, 2010.1895, spéc. p. 1944-1947.

(37) D. Bentolila, « Le précédent arbitral », préc., spéc. p. 1187-1189 ; P. Mayer, « La liberté de l'arbitre », préc., spéc. p. 361 ; W.M.C. Weidemaier, « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », préc., p. 1918, 1944-1945.

34. Dans ce contexte, la prise en compte de précédents répond à une exigence de justification, et ce à double titre. D'une part, tel qu'il vient d'être rappelé, si des décisions antérieures existent et sont publiquement accessibles, les parties s'attendent légitimement à ce que le tribunal en tienne compte ou, dans le cas où il déciderait d'adopter une solution différente, à ce qu'il explique les raisons de cette divergence (38).

35. D'autre part, nous avons vu qu'en matière procédurale, le tribunal arbitral dispose souvent d'une marge de manœuvre considérable (39). La jurisprudence antérieure constitue alors fréquemment une justification bienvenue pour le tribunal arbitral au soutien de la solution qu'il décide d'adopter.

36. Si les précédents procéduraux et substantiels ne se distinguent donc pas nécessairement au regard de leurs objectifs, des différences existent néanmoins par rapport au rôle qu'ils peuvent jouer.

2°) *Différences significatives : le rôle du précédent*

37. Des différences existent entre le rôle du précédent procédural et celui du précédent substantiel.

38. Il convient certes de rappeler que les décisions substantielles et les décisions procédurales ne sont généralement pas rendues sous la même forme. D'un côté, les décisions substantielles prennent la forme d'une sentence (partielle ou finale) qui a l'autorité de la chose jugée, et qui est potentiellement assortie de l'exécution provisoire (40). D'un autre côté, les

(38) P. Dhawan, « Application of Precedents in International Arbitration », préc., spéc. p. 554 ; D. Bentolila, « Le précédent arbitral », préc., spéc. p. 1187-1189 ; G. Kaufmann Kohler, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? », préc., spéc. p. 377. V. aussi *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/14, sentence finale, 8 décembre 2008, § 178 ; *PanAmerican Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c/ Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/13, décision sur la compétence, 27 juillet 2006, § 42 ; *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, décision sur la compétence, 27 avril 2006, § 39. V. aussi, en lien avec la procédure d'annulation des sentences arbitrales, jugement du Tribunal fédéral suisse du 29 janvier 2010, DFT 4A_550/2009, § 5.1 ; jugement du Tribunal fédéral suisse du 22 mars 2007, DFT 4P.172/2006.

(39) *V. supra*, paras. 17-25.

(40) Par exemple, en France, en vertu de l'article 1484 du Code de procédure civile, « [l]a sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. Elle peut être assortie de l'exécution provisoire ».

décisions procédurales sont majoritairement rendues sous forme de simples ordonnances dépourvues d'effet contraignant, et qui ne sont pas exécutoires (41). Cette indéniable différence rejaillit-elle néanmoins sur l'autorité relative des précédents substantiels ou procéduraux ? Rien n'est moins sûr. Le précédent n'étant que persuasif, en effet, la question de l'autorité de chose jugée ou du caractère exécutoire semble de toute façon sans conséquence.

39. Apparaît en revanche beaucoup plus pertinente une autre distinction, en matière d'arbitrage commercial, relative au fondement juridique de la décision. Les décisions substantielles sont en général rendues en application d'un droit national : le droit choisi par les parties ou désigné comme applicable par le tribunal (42). De ce fait, les arbitres ont à leur disposition les textes de loi de ce droit national ainsi que la jurisprudence des tribunaux étatiques pour résoudre les questions litigieuses sur le fond. Autrement dit, ayant à leur disposition d'autres sources de droit applicables, les arbitres n'ont pas nécessairement besoin de

(41) *AES Solar and others (PV Investors) c/ Spain PCA*, décision du Tribunal fédéral suisse 4A_187/2020, 23 février 2021, para. 6.3.2. Toutefois, cette solution ne s'applique pas systématiquement, car dans certaines matières procédurales (par exemple, pour les décisions de compétence ou d'octroi de mesures provisoires et conservatoires), les tribunaux arbitraux préfèrent parfois rendre des sentences pour en accentuer l'effet contraignant, v. G. Kaufmann Kohler, « *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse ?* », préc., spéc. p. 362.

(42) V. G. Born, *International Commercial Arbitration*, op. cit., § 19 ; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., p. 155-228. On pourrait ajouter à cette liste la possibilité pour les arbitres d'appliquer des règles anationales (v. G. Born, *International Commercial Arbitration*, op. cit., § 19.03[F] ; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., p. 204-211 ; J. D. M. Lew, « *Is There a "Global Free-standing Body of Substantive Arbitration Law" ?* », in A. J. Van den Berg (ed), *ICCA Congress Series No. 17 (Singapore 2012): International Arbitration: The Coming of a New Age?*, Vol. 17, Kluwer Law International, 2013, p. 53-61 ; J.-M. Jacquet, « *Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ?* », préc., spéc. p. 463-464.). Toutefois, en pratique, le recours à des règles anationales reste très rare (v. F. Dasser, « *Mouse or Monster ? Some Facts and Figures on the lex mercatoria* », in R. Zimmermann (ed), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband II, Mohr Siebeck, 2008, p. 149, spéc., p. 157 Annex qui décompte 18 sentences arbitrales CCI rendues jusqu'en 2006, où les arbitres appliquent en l'absence de choix de loi des parties des règles anationales. V. aussi G. Born, *International Commercial Arbitration*, op. cit., § 19.03[F], en particulier ndp 266 ; F. Dasser, « *That Rare Bird : Non-National Legal Standards as Applicable Law in International Commercial Arbitration* », *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 5, 2011.143, spéc. p. 155).

puiser dans les précédents arbitraux pour résoudre les questions de fond (43).

40. En revanche, concernant les questions de procédure, le recours au droit national et aux jugements étatiques est souvent insuffisant. Il est ainsi admis aujourd'hui que le droit processuel de l'Etat du siège ne régit pas, dans son ensemble, les questions procédurales de l'arbitrage, dont les besoins sont spécifiques et particuliers (44). De plus, les jugements étatiques ne traitent que rarement des questions de procédure qui se posent en arbitrage international (45). Dans ce contexte, il peut être particulièrement utile et nécessaire pour les arbitres de se référer aux décisions arbitrales antérieures. Il n'est donc pas surprenant que la doctrine voie en la matière procédurale le terrain de prédilection pour le développement d'une jurisprudence arbitrale :

« Decisions on procedural issues or questions of arbitral jurisdiction are the natural ground for the emergence of arbitral jurisprudence because arbitral tribunals ... having no forum will generally not resolve them by reference to any particular national law » (46).

41. La pratique antérieure en arbitrage international s'est même traduite en principes généraux de la procédure, qui peuvent être invoqués à l'instar des décisions antérieures :

« La jurisprudence arbitrale internationale fait référence, de plus en plus souvent, à des principes généraux du droit. Ces principes ne gouvernent pas seulement les règles de fond, ils ont trait aussi aux règles de procédure. Au fil des années, ils ne se bornent plus à décrire ou à cristalliser des règles exprimées par un droit national ou par la coutume, ils semblent constituer désormais

(43) W.M.C. Weidemaier, « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », préc., spéc. p. 1928-1929.

(44) E. Loquin, « Fasc. 725 : Arbitrage commercial international. – Sources », préc., n° 129 ; W.M.C. Weidemaier, « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », préc., spéc. p. 1931-1932 ; S.I. Strong, « Research in International Commercial Arbitration : Special Skills, Special Sources », *The American Review of Arbitration*, Vol. 20, No. 2, 2009.119, spéc. p. 143.

(45) S.I. Strong, « Research in International Commercial Arbitration : Special Skills, Special Sources », préc., spéc. p. 143, ndp. 87.

(46) A. Mourre, « Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case for A Systematic Publication of Arbitral Awards in 10 Questions... », *Kluwer Arbitration Blog*, 28 mai 2009, question n° 3, accessible sur <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudence-in-international-commercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>.

un corps de règles anationales. ... [E]n matière de procédure, l'expansion de l'arbitrage international, l'accroissement des intérêts en jeu, le raffinement parfois excessif, des difficultés procédurales, ont amené les juridictions arbitrales ... à faire référence à des principes généraux de la procédure devant l'arbitre international » (47).

42. Par ailleurs, la Professeure Gabrielle Kauffmann-Kohler, après avoir mené en 2006 une étude empirique sur le précédent, concluait que la matière procédurale semblait être la voie la plus prometteuse pour le précédent. Alors qu'elle restait généralement sceptique quant au développement d'une jurisprudence arbitrale, elle n'excluait pas une telle possibilité pour des questions de procédure (48) :

*« ... substantive issues rarely prompt reference to arbitral awards. If they do, then it is in conjunction with scholarly writings and court decisions. Whether on substantive or procedural matters, reference to prior cases generally is made out of an abundance of caution. The rule relied upon most often arises, in any event, out of the applicable national arbitration law or the relevant institutional rules. **Aside from procedural issues**, perhaps, one can see no precedential value or self-standing rule creation in commercial arbitration awards ».*

43. Gabrielle Kauffmann-Kohler arriva à cette conclusion après avoir étudié 190 sentences CCI, dont 15 % contenaient des références à des décisions antérieures, et la majorité de ces 15 % concernait des questions de compétence ou de procédure (49).

44. Toutefois, son étude ne traitait pas spécifiquement du précédent procédural, et aucune autre étude empirique sur le sujet n'existe à notre connaissance. Par conséquent, il nous est apparu utile de mener une telle étude afin de nous interroger sur la réalité du précédent procédural dans la pratique arbitrale.

(47) M. de Boissésou, *Le Droit français de l'arbitrage : Interne et internationale*, Joly, 1990, p. 672-673.

(48) G. Kaufmann Kohler, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse ? », préc., spéc. p. 363 (souligné par nous).

(49) *Ibid.*, spéc. p. 362.

II. – LA RÉALITÉ DU PRÉCÉDENT PROCÉDURAL : ÉTUDE EMPIRIQUE DE LA PRATIQUE ARBITRALE

45. Nous interroger sur l'utilisation du précédent procédural suppose de vérifier dans quelle mesure les tribunaux, dans leurs décisions procédurales, se réfèrent réellement à des décisions antérieures. Or, comme nous l'avons déjà rappelé, les questions de procédure ne sont pas systématiquement tranchées dans les sentences. C'est pour cela que nous avons concentré notre étude empirique sur les ordonnances de procédure (A) et les décisions relatives à la compétence du tribunal arbitral (B).

A) Pratique du précédent dans les ordonnances de procédure

46. Afin de mener notre étude empirique, nous avons analysé des ordonnances de procédure accessibles au public, aussi bien en matière d'arbitrage commercial qu'en matière d'arbitrage d'investissement. Nous avons examiné le nombre de cas dans lesquels les arbitres se réfèrent à des décisions antérieures (1°) et les domaines du droit dans lesquels ces références interviennent le plus souvent (2°).

47. A titre préliminaire, il est important de souligner la difficulté globale de la tâche en raison de la variété des ordonnances de procédure. Tout d'abord, un certain nombre d'entre elles ne tranche pas réellement un point litigieux, comme une ordonnance prorogeant un délai sur un commun accord des parties. Dans de tels cas, il est très peu probable qu'un tribunal arbitral se sente tenu de se référer à des précédents. Ensuite, certaines ordonnances sont standardisées, telles que les ordonnances communément intitulées « n° 1 ». Ces dernières énoncent les règles générales de la procédure arbitrale et contiennent, le plus souvent, le calendrier procédural. Là encore, il serait étonnant d'y trouver des références de jurisprudence. Cette diversité des ordonnances de procédure doit donc être prise en compte dans l'analyse des données qui suit.

1°) Survenance du précédent procédural dans les ordonnances de procédure

48. Les enjeux n'étant pas les mêmes en arbitrage commercial (a) et en arbitrage d'investissement (b), nous avons distingué leurs études.

a) Arbitrage commercial

49. En arbitrage commercial, nous avons examiné, dans un premier temps, 63 ordonnances disponibles sur la *Digital Library* de la CCI (50). Il s'agit d'un nombre restreint d'ordonnances, rendues entre 2003 et 2014, que la CCI a considérées comme suffisamment intéressantes pour en justifier la publication (51). Cette sélection suscite deux remarques méthodologiques. D'une part, certaines ordonnances considérées comme peu intéressantes (telles que les ordonnances standardisées ou de prorogations de délais consensuels) ne se trouvent pas dans l'échantillon publié par la CCI. D'autre part, un tel échantillon comporte potentiellement un biais de sélection invérifiable, mais susceptible de faire varier les résultats de l'analyse.

50. Pour chacune des 63 ordonnances, nous avons vérifié si le tribunal arbitral s'était appuyé sur des décisions antérieures dans son raisonnement. Au total, 20,63 % des ordonnances citent des précédents procéduraux (soit 13 sur 63). Ce chiffre est donc plus important que celui constaté par Gabrielle Kauffmann-Kohler en 2006 pour des sentences CCI (qui, rappelons-le, était de 15 % (52)). Ceci laisse donc penser – comme elle le présageait – que le précédent procédural est plus important que le précédent substantiel en arbitrage commercial.

51. Dans un second temps, en plus des ordonnances accessibles sur la *Digital Library*, nous avons examiné 159 autres ordonnances de procédure CCI publiées par Jus Mundi (exclusion faite des ordonnances de procédure n° 1) (53). Or, aucune d'entre elles ne

(50) *Procedural Decisions* de la *Digital Library* de la CCI, accessibles sur <https://library.iccwbo.org/dr-proceduraldecisions.htm#horizontalTab12>.

(51) *Procedural Decisions* de la *Digital Library* de la CCI, accessibles sur <https://library.iccwbo.org/dr-proceduraldecisions.htm#horizontalTab12> (« *Below are quick links to procedural decisions relating to key subjects or matters of particular interest* »).

(52) G. Kaufmann Kohler, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », préc., spéc. p. 362.

(53) Ordonnances procédurales de la CCI 2000-2022, Jus Mundi, accessibles sur <https://jusmundi.com/en/search?page=1&sort=desc&lang=en&document-types%5B0%5D=other&case-types%5B0%5D=6&case-institutions%5B0%5D=6&case-other-types%5B0%5D=4>. Nous avons identifié les ordonnances procédurales en appliquant les filtres suivants : (i) « Commercial Arbitration » avec le filtre « Type d'affaire » ; (ii) « ICC » avec le filtre « Tribunal / Cour / Institution » ; et (iii) « Procedural Order » avec le filtre « Type de document – Autre ». Nous avons examiné chaque ordonnance de procédure affichée, sous réserve que son contenu soit publié.

cite de précédent procédural, ce qui est probablement dû au biais de sélection mentionné précédemment. En effet, dans la mesure où Jus Mundi ne rend disponible que les décisions non publiées par la CCI, l'échantillon est pour l'essentiel composé d'ordonnances moins intéressantes, standardisées ou non litigieuses, dans lesquelles des références à d'autres décisions antérieures sont improbables.

52. En somme, l'analyse statistique de l'ensemble des 222 ordonnances procédurales CCI disponibles (dont 63 publiées sur la *Digital Library* et 159 par Jus Mundi), montre que seules 5,86 % (soit 13 sur 222) citent un précédent arbitral.

b) Arbitrage d'investissement

53. En matière d'arbitrage d'investissement, nous avons analysé les ordonnances de procédure rendues dans 67 affaires par des tribunaux arbitraux entre 2018 et 2022 sous l'égide du règlement d'arbitrage CIRDI et publiées par Jus Mundi (54). Nous avons à nouveau exclu de l'échantillon les ordonnances de procédure n° 1, qui dans la procédure CIRDI sont standardisées et ne font donc jamais référence à des décisions antérieures. L'analyse porte ainsi sur un ensemble de 246 ordonnances.

54. Pour chacune de ces ordonnances, nous avons vérifié si le tribunal arbitral s'était appuyé sur des décisions antérieures dans son raisonnement. Au total, les tribunaux ont cité un ou plusieurs précédents dans 7,72 % de ces ordonnances procédurales (soit 19 sur 246), ce qui est relativement peu. Néanmoins, cela s'explique là encore par la variété des ordonnances de procédure mentionnée précédemment.

(54) Ordonnances procédurales du CIRDI 2018-2022, Jus Mundi, accessibles sur <https://jusmundi.com/en/search?page=1&sort=asc&lang=en&document-types%5B0%5D=other&case-institutions%5B0%5D=1&case-arbitration-rule%5B0%5D=1&case-arbitration-rule%5B1%5D=2&case-other-types%5B0%5D=4&date%5Bfrom%5D=2018>>. Nous avons identifié les ordonnances procédurales en appliquant le filtre « Date » pour chaque année avec l'outil de recherche, et en rajoutant ensuite les filtres suivants : (i) « ICISID » avec le filtre « Tribunal / Cour / Institution » ; (ii) « ICISD (International Centre for Settlement of Investment Disputes) » avec le filtre « Règlement d'arbitrage » ; et (iii) « Procedural Order » avec le filtre « Type de document – Autre ». Nous avons examiné chaque ordonnance de procédure affichée, sous réserve que son contenu soit publié.

55. Nous avons ensuite complété cette analyse par deux recherches supplémentaires.

56. Tout d'abord, il nous a semblé intéressant de nous pencher davantage sur les 19 ordonnances CIRDI précitées qui contiennent des références à des décisions antérieures, et de déterminer le nombre de références par ordonnance (55). Cette étude fait apparaître d'importantes variations. Environ la moitié de ces ordonnances (soit 52,63 %) ne contient qu'une seule citation de précédent procédural, tandis que l'autre moitié (soit 47,37 %) comporte un nombre de références allant de 2 jusqu'à 25.

(55) *Riverside Coffee c/ Nicaragua*, affaire CIRDI n° ARB/21/16, ordonnance de procédure n° 3, 9 août 2022 ; *Amec Foster Wheeler c/ Colombia*, affaire CIRDI n° ARB/19/34, ordonnance de procédure n° 3, 31 mai 2022 ; *Seda c/ Colombia*, affaire CIRDI n° ARB/19/6, ordonnance de procédure n° 4, 13 août 2021 ; *Encavis and others c/ Italy*, affaire CIRDI n° ARB/20/39, ordonnance de procédure n° 2, 21 mai 2021 ; *Hope Services c/ Cameroon*, affaire CIRDI n° ARB/20/2, ordonnance de procédure n° 4, 12 mai 2021 (« *Hope Services c/ Cameroon (PO-4)* ») ; *Latam Hydro c/ Peru*, affaire CIRDI n° ARB/19/28, ordonnance de procédure n° 4, 3 mai 2021 ; *Galway Gold c/ Colombia*, affaire CIRDI n° ARB/18/13, ordonnance de procédure n° 2 annexe B, 12 février 2021 ; *Hope Services c/ Cameroon*, affaire CIRDI n° ARB/20/2, ordonnance de procédure n° 2, 19 octobre 2020 (« *Hope Services c/ Cameroon (PO-2)* ») ; *Gerald International c/ Sierra Leone*, affaire CIRDI n° ARB/19/31, ordonnance de procédure n° 2, 28 juillet 2020 ; *Kazmin c/ Latvia*, affaire CIRDI n° ARB/17/5, ordonnance de procédure n° 7, 6 mai 2020 (« *Kazmin c/ Latvia (PO-7)* ») ; *Kazmin c/ Latvia*, affaire CIRDI n° ARB/17/5, ordonnance de procédure n° 6, 13 avril 2020 (« *Kazmin c/ Latvia (PO-6)* ») ; *Ipek c/ Turkey*, affaire CIRDI n° ARB/18/18, ordonnance de procédure n° 13, 13 mars 2020 (« *Ipek c/ Turkey (PO-13)* ») ; *Ipek c/ Turkey*, affaire CIRDI n° ARB/18/18, ordonnance de procédure n° 11, 21 février 2020 (« *Ipek c/ Turkey (PO-11)* ») ; *The Carlyle Group and others c/ Morocco*, affaire CIRDI n° ARB/18/29, ordonnance de procédure n° 3, 13 novembre 2019 ; *Eco Oro c/ Colombia*, affaire CIRDI n° ARB/16/41, ordonnance de procédure n° 6, 18 février 2019 ; *Gabriel Resources c/ Romania*, affaire CIRDI n° ARB/15/31, ordonnance de procédure n° 19, 7 décembre 2018 ; *AS PNB Banka and others c/ Latvia*, affaire CIRDI n° ARB/17/47, ordonnance de procédure n° 3, 30 octobre 2018 ; *Eiser c/ Spain*, affaire CIRDI n° ARB/13/36, ordonnance de procédure n° 3, 11 octobre 2018 ; *Ríos c/ Chile*, affaire CIRDI n° ARB/17/16, ordonnance de procédure n° 7, 4 octobre 2018.

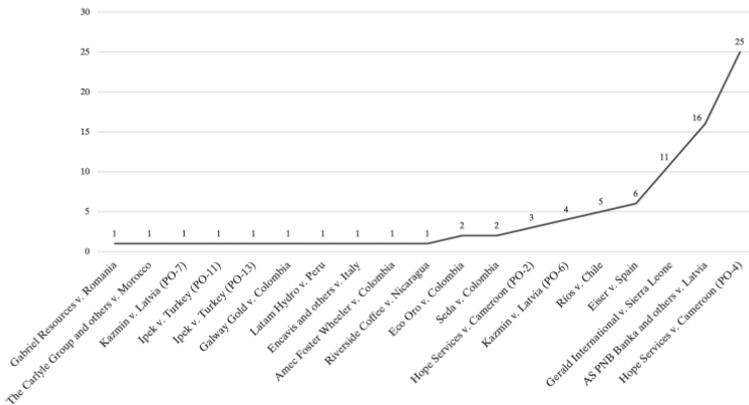


Figure 1 : Nombre de citations de précédents dans les ordonnances procédurales qui en citent

57. Ce graphique démontre que le recours au précédent varie non seulement d'un tribunal à l'autre, mais également d'une décision à l'autre durant le même arbitrage. A titre d'exemple, dans l'affaire *Kazmin c/ Latvia*, le tribunal avait cité un seul précédent dans son ordonnance concernant une demande de suspension de la procédure (56), alors qu'il s'était appuyé sur 4 précédents dans une décision relative à une demande de garantie de paiement des frais (57). La même observation peut être faite dans l'affaire *Hope Services c/ Cameroon*, dans laquelle une ordonnance statuant sur une demande de bifurcation contient 3 références à des précédents (58). Ce même tribunal s'est en revanche appuyé sur un total de 25 précédents pour une autre ordonnance relative à une demande de garantie de paiement des frais (59).

(56) *Kazmin c/ Latvia*, affaire CIRDI n° ARB/17/5, ordonnance de procédure n° 7, 6 mai 2020 (« *Kazmin c/ Latvia (PO-7)* »), para. 18.

(57) *Kazmin c/ Latvia*, affaire CIRDI n° ARB/17/5, ordonnance de procédure n° 6, 13 avril 2020 (« *Kazmin c/ Latvia (PO-6)* »), paras. 27-28.

(58) *Hope Services c/ Cameroon*, affaire CIRDI n° ARB/20/2, ordonnance de procédure n° 2, 19 octobre 2020 (« *Hope Services c/ Cameroon (PO-2)* »), paras. 20-22. Par souci de transparence, l'une des auteures précise avoir présidé le tribunal dans cette affaire.

(59) *Hope Services c/ Cameroon*, affaire CIRDI n° ARB/20/2, ordonnance de procédure n° 4, 12 mai 2021 (« *Hope Services c/ Cameroon (PO-4)* »), paras. 28-71.

58. Ceci nous amène à la seconde recherche complémentaire. Plutôt que d'étudier l'utilisation du précédent, ordonnance par ordonnance, nous avons procédé affaire par affaire. En d'autres termes, nous avons vérifié si un tribunal arbitral, au cours d'une même affaire, rendait au moins une ordonnance de procédure citant un précédent procédural (60). Cette analyse nous donne alors un résultat bien plus important de 23,88 % (soit 16 affaires sur 67).

59. Nous considérons donc que les tribunaux arbitraux emploient véritablement le précédent procédural, mais que l'importance de cette utilisation dépend largement de la matière traitée. Au cours d'un arbitrage, il n'est donc pas étonnant que certaines ordonnances soient rendues sans référence à des précédents, tandis que d'autres en contiennent. Par conséquent, il est essentiel d'identifier les domaines pour lesquels l'utilisation du précédent procédural est la plus fréquente.

2°) Domaines de prédilection du précédent procédural dans les ordonnances de procédure

60. Après avoir identifié les 13 ordonnances CCI et 19 ordonnances CIRDI qui comprenaient des références au précédent procédural (61), nous avons déterminé les domaines dans lesquels les ordonnances contenaient davantage de références.

61. Une très large majorité des ordonnances CCI citant des précédents traitent de mesures provisoires, y compris les garanties de paiement des frais de procédure. Au total, elles représentent presque 70 % des décisions (53,85 % pour les demandes de garantie de paiement des frais (62) et 15,38 % pour les autres mesures provisoires et conservatoires). Le reste des décisions se rapporte à des demandes nouvelles, à des demandes de bifurcation et à des questions de confidentialité ou de procédures parallèles (7,69 % pour chacune de ces catégories).

(60) Nous avons mené cette étude uniquement pour les ordonnances de procédure rendues entre 2018 et 2022.

(61) Il convient de préciser que le nombre d'ordonnances (à savoir 13 et 19 respectivement) est relativement faible, ce qui implique également une valeur statistique également relativement faible pour les résultats de cette section.

(62) La forte représentation des décisions sur les garanties de paiement des frais peut, là encore, être le résultat de la sélection opérée par la CCI lors de la publication de ces ordonnances. *V. supra*, para. 49.

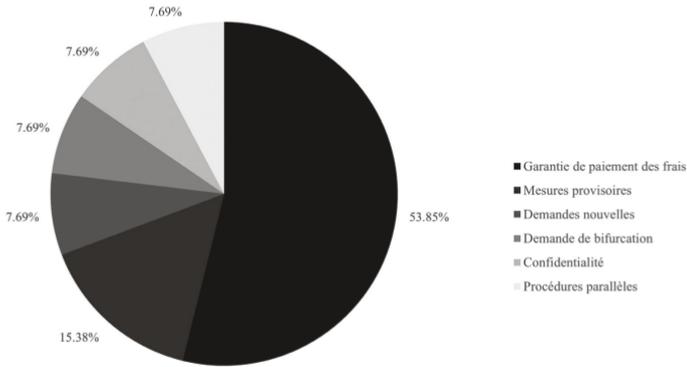


Figure 2 : Matières des ordonnances procédurales (CCI) citant des précédents procédurales

62. En ce qui concerne les ordonnances CIRDI, les demandes de garantie de paiement des frais et autres mesures provisoires font aussi partie des domaines de prédilection du précédent procédural (10,53 % pour chacune de ces catégories). Cependant, les ordonnances relatives à des questions de production de documents (26,32 %), de confidentialité (15,79 %) et d'intervention d'une tierce partie (15,79 %) forment les catégories les plus importantes pour ce qui concerne les références aux précédents procédurales.

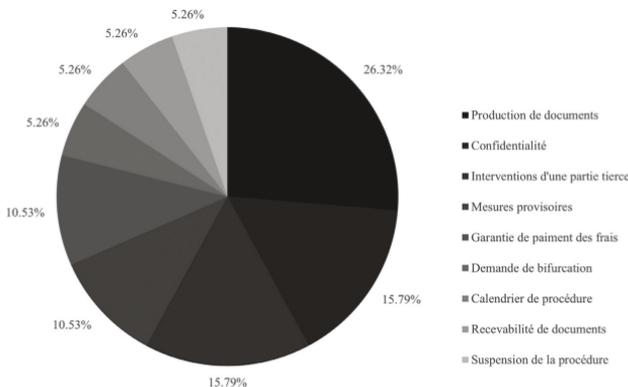


Figure 3 : Matières des ordonnances procédurales (CIRDI) citant des précédents procédurales

63. Les graphiques ci-dessus montrent que le recours au précédent procédural en arbitrage commercial comme en arbitrage d'investissement varie en fonction de la matière concernée et du sujet traité. Toutefois, un domaine particulier a été laissé de côté jusqu'ici : celui des décisions relatives à la compétence du tribunal.

B) Pratique du précédent dans les décisions relatives à la compétence

64. La catégorie des décisions relatives à la compétence du tribunal arbitral mérite une attention particulière. Le plus souvent, ces décisions sont rendues sous forme de sentences partielles ou finales (63) et ne sont donc pas, pour l'essentiel, comprises dans l'analyse des ordonnances de procédure telle que nous l'avons menée et décrite dans la partie A ci-dessus.

65. Par conséquent, nous avons analysé séparément les décisions relatives à la compétence des tribunaux arbitraux, toutes formes confondues. Cette étude englobe toutes les décisions publiées par Jus Mundi à ce sujet, aussi bien en arbitrage d'investissement (64) qu'en arbitrage commercial (65).

(63) Le règlement d'arbitrage CIRDI prévoit qu'un tribunal peut rendre une sentence d'incompétence ou une décision dans laquelle il affirme sa compétence. En d'autres termes, c'est seulement si le tribunal se déclare incompétent, qu'il rendra une sentence ; dans les autres cas, il rend une simple « décision ». (v. par exemple article 41(5) du règlement d'arbitrage CIRDI de 1968 et article 41(6) du règlement d'arbitrage CIRDI de 2006 ; article 41(1),(3) du règlement d'arbitrage CIRDI de 2022). V. K. Bondar, « Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review », *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, Issue 6, 2015.621, spéc., p. 626.

(64) *Décisions juridictionnelles en arbitrage d'investissement*, Jus Mundi, <https://jusmundi.com/en/search?page=1&sort=asc&lang=en&document-types%5B0%5D=decision&case-institutions%5B0%5D=1&case-decision-types%5B0%5D=3&date%5Bto%5D=2017>. Nous avons identifié les décisions relatives à la compétence en appliquant les filtres suivants : (i) « ICSID » avec le filtre « Tribunal / Cour / Institution » ; et (ii) « Jurisdiction » avec le filtre « Type de document – Autre ». Nous avons examiné chaque décision affichée, sous réserve que son contenu soit publié.

(65) *Décisions juridictionnelles en arbitrage commercial*, Jus Mundi, <https://jusmundi.com/en/search?page=1&sort=asc&lang=en&document-types%5B0%5D=decision&case-types%5B0%5D=6&case-decision-types%5B0%5D=3&date%5Bto%5D=2017>. Nous avons identifié les ordonnances procédurales en appliquant les filtres suivants : (i) « Commercial Arbitration » sous le filtre « Type d'affaire » ; et (ii) « Jurisdiction » sous le filtre « Type de document – Autre ». Nous avons examiné chaque décision affichée, sous réserve que son contenu soit publié.

66. Au total, nous avons examiné 190 décisions relatives à la compétence des tribunaux arbitraux (66). Parmi ces décisions, 124 ont cité des précédents procéduraux (soit 65,26 %), ce qui est un pourcentage significativement plus élevé que celui constaté pour les autres domaines décrits dans les sections précédentes.

67. Il convient toutefois en premier lieu de souligner une différence notable entre l'arbitrage d'investissement et l'arbitrage commercial. En effet, parmi les 190 décisions relatives à la compétence, 134 d'entre elles ont été rendues par des tribunaux d'investissement. Parmi ces 134 décisions, 91,04 % (soit 122 décisions) ont cité des précédents procéduraux. En revanche, parmi les décisions rendues par des tribunaux en arbitrage commercial (soit 56 décisions), seules 3,57 % (soit 2 décisions) se réfèrent à un précédent procédural.

68. Deux facteurs expliquent, selon nous, cette différence frappante.

69. Premièrement, l'étude de la compétence d'un tribunal arbitral en matière d'investissement soulève des questions récurrentes bien connues, telles que l'existence d'un investisseur ou d'un investissement (67). Bien que les définitions de ces notions diffèrent d'un traité d'investissement à l'autre – différences dont il faut dûment tenir compte – les tribunaux arbitraux ont tendance à s'inspirer de la pratique antérieure pour répondre à des questions d'interprétation de ces notions (68). Cela explique

(66) Sur les 190 décisions, 27 ont été rendues sous la forme d'une sentence (14,21 %) et 163 ont été rendues sous la forme d'une décision ou d'une ordonnance de procédure (85,79 %).

(67) E. Teynier, « L'office de l'arbitre d'investissement : le cas particulier de l'investissement illicite », *Rev. arb.*, 2019.117, spéc., p. 119-134 ; M. Laazouzi, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, I. – La détermination de la nationalité de l'investisseur et son impact sur la compétence du tribunal arbitral », *Rev. arb.*, 2017.684 ; P. Jacob, F. Latty, A. Nanteuil, « Arbitrage d'investissement et droit international général », *LPA*, 2017.648, spéc. p. 685-686 ; L. Lankrani, « Les investissements internationaux : arbitrage et régulation », *LPA*, 2011.119 ; E. Savarese, « Sentence arbitrale du 19 juin 2007, Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States, décision sur la compétence : notion d'investisseur et d'investissement, importance du territoire dans la définition », *Rev. arb.*, 2007.910.

(68) V. par exemple *Mabco c/ Kosovo*, affaire CIRDI n° ARB/17/25, décision sur la compétence, 30 octobre 2020, para. 249 ; *Mera Investment c/ Serbia*, affaire CIRDI n° ARB/17/2, décision sur la compétence, 30 novembre 2018, para. 109 ; *Casinos Austria c/ Argentina*, affaire CIRDI n° ARB/14/32, décision sur la compétence, 29 juin 2018, para. 187 ; *Ampal-American and others c/ Egypt*, affaire CIRDI n° ARB/12/11, décision sur la compétence, 1 février 2016, para. 126 ; *Philip*

le taux extrêmement élevé de décisions (91,04 %) contenant des références à des précédents.

70. En revanche, en arbitrage commercial, les questions relatives à la compétence du tribunal sont moins répétitives car elles concernent le plus souvent l'interprétation de la clause d'arbitrage (69). Ces questions d'interprétation sont souvent spécifiques à la formulation de la clause, au droit applicable et aux faits de l'espèce (70). En règle générale, les résultats obtenus sont donc difficilement transposables d'une affaire à l'autre.

71. Il existe néanmoins des cas de figure, même en arbitrage commercial, dans lesquels un tribunal peut avoir intérêt à s'inspirer de sentences antérieures pour justifier et expliciter sa décision relative à sa compétence. C'est par exemple le cas pour les questions relatives à l'extension de la clause d'arbitrage à des tiers non-signataires, où les décisions arbitrales antérieures sont susceptibles d'apporter un éclairage utile. Ainsi, dans la sentence intérimaire rendue dans l'affaire CCI n° 9517, le tribunal arbitral cite plusieurs précédents pour appuyer son raisonnement relatif à l'extension de la clause d'arbitrage à des tiers non-signataires, portant en particulier sur l'intention de ces derniers d'être parties ou non au contrat sous-jacent et à sa clause d'arbitrage. Le tribunal arbitral se déclare alors incompétent « *in the light of the case law restated* » (71).

72. Ce premier facteur, qui tient aux notions et fondements juridiques relatifs à la compétence du tribunal propres à l'arbitrage commercial, n'explique toutefois pas complètement le taux extrêmement bas de 3,57 %.

73. Un second facteur vient compléter l'explication de cette divergence notable entre arbitrage d'investissement et arbitrage commercial : celui de la publication des décisions. En matière d'arbitrage d'investissement, une publication de plus en plus systématique des décisions des tribunaux, notamment sous l'égide du CIRDI, permet aux parties et aux arbitres d'avoir accès à un

Morris c/ Uruguay, affaire CIRDI n° ARB/10/7, décision sur la compétence, 2 juillet 2013, para. 195; *Quiborax c/ Bolivia*, affaire CIRDI n° ARB/06/2, décision sur la compétence, 27 septembre 2012, para. 260.

(69) Sur l'interprétation des clauses compromissoires v. G. Born, *International Commercial Arbitration*, op. cit., § 9.02.

(70) V. E. Gaillard, J. Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 241, 254-307.

(71) Sentence intérimaire, affaire CCI n° 9517 (extrait), 2005, § 43-50.

corpus de décisions de plus en plus complet (72). En revanche, en matière d'arbitrage commercial, même si certaines décisions sont publiées, cette publication est loin d'être systématique. N'ayant pas accès aux décisions, les arbitres et les parties n'ont donc souvent pas la possibilité de se référer aux sentences traitant de questions analogues à celles qui les occupent. La réalité du précédent procédural se heurte ainsi à une vérité aussi banale que brutale : l'utilisation du précédent présuppose que les décisions arbitrales soient publiées.

CONCLUSION

74. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette étude sur le précédent procédural dans la pratique des tribunaux arbitraux – une première à notre connaissance.

75. Nous pouvons tout d'abord constater que le précédent procédural se retrouve à la fois sous une forme indirecte de prise en compte de la pratique arbitrale antérieure, telle que l'harmonisation générale de la procédure ou l'émergence de la *soft law*, mais aussi sous une forme plus directe, telle que les citations dans le corps de texte ou dans les notes de bas de pages. En revanche, et ce quelle que soit la forme prise par le précédent procédural, l'objectif qui mène les arbitres à y recourir est fondamentalement le même : celui d'assurer un développement harmonieux du droit et une justification cohérente des décisions arbitrales. Ceci rapproche par ailleurs le précédent procédural du précédent substantiel.

76. Notre étude empirique a démontré qu'en pratique, les tribunaux arbitraux ont véritablement recours aux précédents procéduraux. Néanmoins, cette utilisation varie non seulement selon le type d'arbitrage (arbitrage commercial ou d'investissement),

(72) Article 62 du Règlement d'arbitrage CIRDI de 2022 : « ... (2) *The parties may consent to publication of the full text or to a jointly redacted text of the documents referred to in paragraph (1).* (3) *Consent to publish the documents referred to in paragraph (1) shall be deemed to have been given if no party objects in writing to such publication within 60 days after the dispatch of the document* ». Version française : « ... (2) *Les parties peuvent consentir à la publication du texte intégral ou d'une version conjointement caviardée des documents visés au paragraphe (1)* (3) *Le consentement à la publication des documents visés au paragraphe (1) est réputé avoir été donné si aucune partie n'a soulevé par écrit d'objection à une telle publication dans les 60 jours suivant l'envoi du document* ».

mais également en fonction de la matière traitée, les mesures provisoires faisant partie du domaine de prédilection du précédent procédural. Il est à souligner que la catégorie dans laquelle, statistiquement, le recours aux précédents est de loin le plus élevé est celle des décisions relatives à la compétence en matière d'investissement. Ceci s'explique par le double fait que ces décisions soulèvent le plus souvent des questions récurrentes et qu'elles sont fréquemment publiées.

77. Dès lors, ne serait-il pas opportun de songer à une publication plus systématique d'autres décisions procédurales, y compris en matière d'arbitrage commercial ? La question paraît d'autant plus pertinente que l'objection majeure à la publication des décisions en arbitrage commercial – le respect de la confidentialité (73) – ne s'applique pas de la même manière pour les décisions de procédure. En effet, ces dernières ne traitent pas nécessairement de faits qui méritent, aux yeux des parties, de rester confidentiels. On pourrait alors imaginer que les institutions arbitrales puissent œuvrer en faveur d'une publication plus systématique des décisions procédurales, caviardées si nécessaire (74). Ceci promettrait de plus beaux jours encore pour l'avenir du précédent procédural.

(73) V. König, *Präzedenzwirkung internationaler Schiedssprüche*, *op. cit.*, p. 39-66 ; W.M.C. Weidemaier, « Toward a Theory of Precedent in Arbitration », *préc.*, spéc., 1920-1923 ; A. Mourre, « Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case for A Systematic Publication of Arbitral Awards in 10 Questions... », *préc.* ; M. de Boissésou, *Le Droit français de l'Arbitrage*, *op. cit.*, p. 676-684, para. 716-719a.

(74) Nous pouvons constater d'autres initiatives d'institutions arbitrales en faveur de la publication, comme par exemple celle de la CCI, qui depuis 2021 publie en partenariat avec le site internet Jus Mundi les sentences arbitrales rendues depuis le 1^{er} janvier 2019, et celle de la LCIA, qui publie depuis 2018 sur son site internet les décisions institutionnelles relatives aux demandes de récusation d'arbitres, accessibles sur <https://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx>.