



Association
Française
d'Arbitrage



Groupe de Réflexion
Les décisions du Comité d'arbitrage

Compte-rendu

De la réunion du 19 décembre 2014

Le 19 décembre 2014, à l'occasion de la deuxième réunion du Groupe de réflexion organisée par l'Association Française d'Arbitrage sur le thème « *Les décisions du comité d'arbitrage* », se sont réunis, dans la salle Gaston Monnerville de la Maison du Barreau à Paris, les membres suivants :

- Madame Sophie AMBROSI, Avocat
- Monsieur Michel ARMAND-PREVOST, Arbitre, Médiateur, Conciliateur
- Monsieur Christian de BAEQUE, Président honoraire du Tribunal de Commerce de Paris
- Madame Claire DEBOURG, Maître de conférences à l'Université Paris X Nanterre
- Monsieur Christophe DUGUE, Avocat
- Madame Eloïse GLUCKSMANN, Doctorante
- Madame Léonor JANDARD, Consultante
- Monsieur Noël MELIN, Secrétaire Général de l'A.F.A.
- Madame Nathalie MEYER-FABRE, Avocat
- Monsieur Bertrand MOREAU, Avocat, Président du Comité d'arbitrage de l'A.F.A.
- Monsieur Jacques PELLERIN, Avocat
- Monsieur Fred SCETBON-DIDI, Médiateur et Arbitre

En raison de contretemps, la séance n'a pu être présidée par Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN, Président du Groupe de réflexion.

Les débats ont été retranscrits par Monsieur Pierre FENG, Avocat et Secrétaire du Groupe de réflexion.

La prochaine réunion aura lieu le 3 février 2015 à 18 heures

Au cabinet de Maître Geneviève AUGENDRE

1 rue Alfred de Vigny - 75008 Paris

Discussion

A la suite de la première réunion, Maître Bertrand MOREAU a pu exposer au Groupe de réflexions les problématiques suivantes :

1. Le contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage,
2. Le refus de compétence du centre d'arbitrage en raison de la modification de son règlement,
3. La désignation du nombre d'arbitres par le centre d'arbitrage,
4. La confirmation d'un arbitre défaillant par le centre d'arbitrage,
5. Le refus de remplacement d'un arbitre par le centre d'arbitrage,
6. La désignation d'un arbitre d'urgence par le centre d'arbitrage,
7. La relecture de la sentence par le centre d'arbitrage.

Ces problématiques seront examinées successivement.

1. Le contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage

Selon Maître Bertrand MOREAU, la question relative au contrôle *prima facie* de l'existence de la convention d'arbitrage est de savoir si, en cas de refus par l'institution d'administrer l'arbitrage, il serait possible de considérer qu'il existe un « *différend lié à la constitution du tribunal arbitral* » au sens de l'article 1454 du Code de procédure civile.

En effet, si le refus d'administration de l'arbitrage, et la désignation subséquente des arbitres par le centre, au motif de l'inexistence *prima facie* d'une convention d'arbitrage relevait de l'article 1454 du Code de procédure civile, alors le juge d'appui pourrait être saisi pour trancher cette difficulté.

A l'inverse, cette difficulté devrait être tranchée par le juge des référés de droit commun.

Maître Nathalie MEYER-FABRE souligne que le juge d'appui s'étant reconnu compétent dans des hypothèses variées, il est envisageable donc qu'il se reconnaisse compétent sur le terrain de l'article 1454 du Code de procédure civile.

Néanmoins, elle souligne que la difficulté a trait au contrat d'organisation de l'arbitrage et qu'il serait tout autant envisageable de saisir le juge du contrat de droit commun, voire le juge des référés.

Maître Bertrand MOREAU estime que si le juge d'appui était compétent dans cette hypothèse, celui-ci aurait l'avantage d'être plus familier du droit de l'arbitrage que le juge de droit commun. Egalement, sa décision étant insusceptible de recours, elle aurait pour effet de purger l'incident.

2. Le refus de compétence du centre d'arbitrage en raison de la modification de son règlement

L'hypothèse dans laquelle une partie désigne maladroitement une institution d'arbitrage ou entend en modifier le règlement illustre également la problématique relative à la compétence du juge d'appui.

Monsieur Noël MÉLIN souligne la difficulté que peut poser la situation dans laquelle les parties, dans leur clause d'arbitrage, ont désigné une institution d'arbitrage, mais ont entendu modifier la portée de certaines des dispositions du règlement de celle-ci.

Maître Bertrand MOREAU rappelle que cette difficulté est normalement réglée par le règlement de l'institution qui prévoit que la version en vigueur est celle au jour où la requête est présentée au centre d'arbitrage.

Néanmoins, cette disposition n'empêche pas les parties, au moins sur le plan théorique, de demander à ce que des dispositions du règlement soient écartées. Dans cette hypothèse, si l'institution refuse de donner droit à cette demande, le juge d'appui peut-il être saisi pour trancher le différend ?

Selon Maître Christophe DUGUÉ, cette difficulté peut être résolue au regard de la rédaction de la clause d'arbitrage : soit les parties ont prévu des modalités de désignation du tribunal arbitral et celles-ci auront vocation à s'appliquer, soit, à l'inverse, elles n'en ont pas prévu et se sont uniquement référées au règlement qui a alors vocation à s'appliquer.

En effet, si le centre initialement désigné par les parties venait à refuser d'administrer l'arbitrage car il s'estimerait irrégulièrement désigné par les parties ou refuserait d'appliquer un règlement d'arbitrage amendé, rien n'empêche aux parties d'initier une procédure d'arbitrage *ad hoc*.

Maître Nathalie MAYER-FABRE considère que dans cette hypothèse, si le centre venait à refuser de manière injustifiée l'administration de l'arbitrage, alors il pourrait voir sa responsabilité contractuelle engagée devant le juge de droit commun.

A l'inverse, si le demandeur essaye de voir administrer une procédure d'arbitrage au moyen d'une clause d'arbitrage mal rédigée, tendant à modifier certaines dispositions du règlement, et que le centre refuse de prêter ses services, alors il serait possible de saisir le juge d'appui pour trancher le différend.

Cela relèverait d'une difficulté de constitution du tribunal arbitral dans la mesure où, bien que le centre d'arbitrage soit maladroitement désigné, la volonté d'aller à l'arbitrage est quant à elle réelle.

Afin d'approfondir cette question, Monsieur Noël MÉLIN suggère que le Groupe de réflexion invite le juge d'appui près le Tribunal de Grande Instance de Paris aux travaux du Groupe.

3. La désignation du nombre d'arbitres par le centre d'arbitrage

Selon Maître Bertrand MOREAU, il est également possible d'envisager la responsabilité du centre d'arbitrage dans le choix du nombre d'arbitres. En effet, le règlement de l'A.F.A.

prévoit que le Comité d'arbitrage détermine le nombre d'arbitres sauf si les parties l'ont prévu.

Ainsi, si le centre d'arbitrage venait à désigner trois arbitres alors que le litige n'en requerrait qu'un seul, ou inversement, les parties pourraient le reprocher à l'institution. Le choix inadapté du nombre d'arbitres pourrait ainsi permettre l'engagement de la responsabilité civile du centre.

Cette décision, bien que n'ayant aucune incidence sur la validité de la sentence, a un impact au niveau du coût de la procédure. Une partie pourrait ainsi s'opposer au centre d'arbitrage en formulant des réserves lors de l'acte de mission, sous peine d'être irrecevable ultérieurement.

Monsieur Christian de BAECQUE estime que la référence au règlement de l'A.F.A. par les parties vaut consentement à ce règlement. Ainsi, si les parties n'ont pas désigné le nombre d'arbitres dans la clause d'arbitrage, cette question doit être résolue conformément aux dispositions du règlement.

Maître Christophe DUGUÉ considère que les éventuelles réserves formulées par une partie lors de l'acte de mission seraient sans effet. En effet, si les parties se réfèrent à un règlement dans leur clause d'arbitrage alors elles y consentent pleinement et entièrement.

Maître Bertrand MOREAU envisage néanmoins l'hypothèse d'une faute contractuelle si l'institution, par ses décisions, augmente le coût de la procédure.

Pour Monsieur Noël MÉLIN, le contrôle des coûts par l'institution peut s'opérer au travers des demandes des provisions pour frais d'arbitrage qui peuvent, le cas échéant, ne pas être réclamées aux parties.

Maître Christophe DUGUÉ rappelle également que l'intérêt du litige, notamment en matière arbitrale, ne réside pas nécessairement dans son aspect pécuniaire. En effet, les parties peuvent avoir intérêt à ce qu'un contrat particulier soit interprété d'une certaine manière car celui-ci est fréquemment utilisé dans un secteur d'activité donné.

Egalement, les parties peuvent chercher à voir trancher une question de principe dans le cadre de l'instance relative à un contrat donné. L'intérêt d'une partie est alors sans corrélation avec le coût de la procédure : les frais de conseils peuvent ainsi être supérieurs au montant du litige.

A ce titre, les contrats en matière pétrolière en sont une parfaite illustration : individuellement, ces contrats n'ont pas de forts enjeux, mais leurs impacts sont importants sur le secteur d'activité.

Les réserves d'une partie lors de l'acte de mission devraient donc être sans effet dans la mesure où elle a consenti, par la clause d'arbitrage, au règlement du centre. A l'inverse, l'institution d'arbitrage commet une faute si elle désigne un nombre d'arbitre en violation de l'accord expresse des parties sur ce point.

4. La confirmation d'un arbitre défaillant par le centre d'arbitrage

Maître Bertrand MOREAU a soulevé l'hypothèse dans laquelle le centre d'arbitrage engagerait sa responsabilité civile en raison de la confirmation d'un arbitre désigné par une

partie, ou du président désigné par les coarbitres, qui se révélerait, au cours de la procédure, gravement défaillant.

Monsieur Michel ARMAND-PRÉVOST a rappelé la difficulté pour le centre d'arbitrage de connaître *a priori* la défaillance de l'arbitre, sauf dans des cas flagrants ou notoires. La question serait ici de savoir s'il appartient au centre d'arbitrage d'attirer l'attention des parties sur l'indisponibilité notoire d'un arbitre.

Pour Monsieur Noël MÉLIN, il appartient au centre, au titre de ses obligations contractuelles, d'avertir les parties si l'arbitre est notoirement indisponible.

Comme a pu le souligner Madame Eloïse GLÜCKSMANN, certaines institutions, notamment la CCI, ont pour pratique de ne plus désigner des arbitres ayant été défaillants, notamment en raison de leur indisponibilité, néanmoins il s'agit ici d'un mécanisme *a posteriori*.

Maître Nathalie MEYER-FABRE estime que la question est d'autant plus difficile quand le choix des arbitres émane des parties. En effet, il n'est pas établi que le centre puisse aviser les parties quant au choix de leur arbitre.

Maître Christophe DUGUÉ note que l'obligation du centre d'arbitrage ne saurait s'apparenter à une obligation de conseil, comme en matière bancaire. Elle ne peut constituer, tout au plus, qu'une obligation d'information.

Maître Nathalie MEYER-FABRE considère également qu'un arbitre qui aurait été « *black listé* » par une institution d'arbitrage pourrait disposer, à l'encontre de celle-ci, d'un recours sur le terrain contractuel si cette mesure n'est pas justifiée.

En ce qui concerne la pratique de l'A.F.A., Maître Bertrand MOREAU rappelle que le rôle de l'institution n'est pas de conseiller les parties. Une fois les arbitres désignés par les parties ou par le centre, ce dernier ne rend qu'un acte de confirmation des arbitres. La responsabilité de l'institution pourrait-elle être engagée sur la base de cet acte ?

Pour Madame Claire DEBOURG, cette question présente une difficulté majeure, à savoir l'appréciation de la défaillance de l'arbitre avant sa désignation. Il apparaît difficile de rapporter la preuve, en pratique, d'une indisponibilité d'un arbitre et de la justifier auprès d'une partie.

En effet, un critère comme le nombre d'affaires n'apparaît pas pertinent. Un arbitre peut avoir dix arbitrages auprès d'une institution, mais également d'autres auprès d'autres institutions voire même siéger dans des arbitrages *ad hoc*. L'arbitre ne saurait être contraint à déclarer l'intégralité des procédures dans lesquelles il intervient en qualité d'arbitre sous peine de violer, éventuellement, des obligations de confidentialité.

Maître Christophe DUGUÉ souligne également que le critère du nombre d'affaires n'est pas un indicateur fiable. Un arbitre, spécialiste de l'arbitrage, et ne pratiquant que cette matière pourra gérer convenablement ses délais, alors qu'un autre, non spécialiste, ne siégeant que dans deux arbitrages pourrait ne pas rendre les sentences dans les délais impartis.

Pour Maître Nathalie MEYER-FABRE la question de la responsabilité est notamment fonction des questions posées par l'institution avant la confirmation de l'arbitre.

Dans sa pratique, l'A.F.A. s'interroge sur les questions posées lors de la déclaration d'indépendance et de disponibilité de l'arbitre.

Il s'agirait alors pour l'institution d'opérer une comparaison entre les informations dont elle dispose et celles qui sont déclarées dans la déclaration de l'arbitre. Si l'arbitre déclare n'avoir qu'un arbitrage auprès de l'A.F.A., alors que l'institution sait qu'il siège dans plusieurs panels, elle peut avertir l'arbitre pour qu'il corrige sa déclaration, voire les parties sur l'indisponibilité de l'arbitre.

Maître Christophe DUGUÉ considère que l'institution peut réagir en interne, sans forcément en avertir les parties, en mettant en garde l'arbitre sur sa déclaration d'indépendance et en l'invitant à la modifier.

5. Le refus de remplacement d'un arbitre par le centre d'arbitrage

Maître Bertrand MOREAU expose l'hypothèse dans laquelle l'institution d'arbitrage refuserait de procéder au remplacement d'un arbitre défaillant, sollicité par les parties, au motif que la procédure d'arbitrage arrive à son terme. Si la sentence venait à être annulée pour une défaillance dans le délibéré, le centre engagerait-il sa responsabilité ?

Selon Maître Christophe DUGUÉ, il est probable que le centre d'arbitrage engage sa responsabilité dans cette hypothèse. Il en serait également de même dans l'hypothèse où le centre refuserait d'instruire une demande de récusation d'un arbitre formulée par une partie.

Pour Monsieur Noël MÉLIN, toute la difficulté réside dans le fait de savoir comment contester une décision du centre d'arbitrage. Il s'agirait donc de trouver une manière de pouvoir éventuellement contester les décisions du centre avant que la sentence ne soit rendue.

Maître Bertrand MOREAU souligne que la question de la responsabilité du centre d'arbitrage pour une de ses décisions n'est appréciée, concrètement, que lorsque la sentence fait l'objet d'une annulation.

6. La désignation d'un arbitre d'urgence par le centre d'arbitrage

Le règlement de l'A.F.A. dispose à son article 13- §1 que :

« Toute partie peut requérir des mesures d'urgence.

a) Si le Tribunal arbitral est constitué, toute demande à cette fin lui est présentée.

b) Si le Tribunal arbitral n'est pas encore constitué et que les mesures d'urgence sollicitées sont susceptibles d'affecter le fond du litige, le Comité d'arbitrage peut, sans être tenu par aucun des délais prévus aux art. 2 et 3, constituer le Tribunal arbitral. Celui-ci organise la procédure et statue en fonction de ce qu'il estime lui-même être l'urgence.

c) Si le Tribunal arbitral n'est pas encore constitué et que les mesures d'urgence sollicitées ne sont pas susceptibles d'affecter le fond du litige, le Comité d'arbitrage peut, sans être tenu par aucun des délais prévus aux articles 2 et 3, désigner un Arbitre unique, avec mission d'organiser la procédure d'urgence. A cet effet, celui-ci convoque les parties par tout moyen. Il prend toute mesure immédiatement exécutoire qu'il estime appropriée et qui n'affecte pas le fond du litige. »

Pour Maître Bertrand MOREAU, l'hypothèse prévue par l'article 13- §1 c) amène le centre à procéder à une analyse quasi juridictionnelle dans la mesure où il doit déterminer si les mesures d'urgence « *ne sont pas susceptibles d'affecter le fond du litige* ». Si le centre commet une erreur d'appréciation est-il possible qu'il engage sa responsabilité ?

Maître Christophe DUGUÉ considère que la difficulté est résolue par le fait que le centre, en l'espèce, ne fera que procéder à la désignation d'un arbitre unique qui restera juge de sa propre compétence. Ainsi, si l'arbitre d'urgence considère que les demandes sont susceptibles d'affecter le fond du litige, il se déclarera incompétent ce qui empêchera l'engagement de la responsabilité du centre. Le seul impact, en réalité, est l'augmentation du coût de la procédure.

Monsieur Michel ARMAND-PRÉVOST soutient qu'il serait opportun pour l'A.F.A. de citer la disposition dans son entier, et non simplement le numéro d'article ainsi les parties ne pourraient se prévaloir du fait qu'elles n'étaient pas parfaitement informées. Une absence de réaction des parties pourrait alors être interprétée comme une absence d'opposition de celles-ci.

Maître Nathalie MAYER-FABRE soulève une différence notable entre les versions française et anglaise de l'article 13- §1 c). En effet, alors que la version française estime que les mesures sollicitées ne doivent pas « [être] *susceptibles d'affecter le fond du litige* », la version anglaise elle prévoit « [do] *not seem to affect the merits of the case* ». La version anglaise est donc plus souple sur ce point.

7. La relecture de la sentence par le centre d'arbitrage

Une dernière hypothèse peut être envisagée quant à l'engagement de la responsabilité du centre d'arbitrage si elle commet une faute dans la relecture de la sentence.

Une partie pourrait reprocher au centre d'arbitrage d'avoir omis de relever une erreur des arbitres ayant entraîné la nullité de la sentence.

Cela a été évoqué dans une affaire où il était reproché au tribunal arbitral de ne pas avoir pris en compte un règlement européen. La partie a été déboutée, néanmoins si la sentence avait été annulée, le centre aurait-il pu voir sa responsabilité engagée ?

En termes de droit des obligations, il est probable que l'obligation du centre soit une obligation de moyens et non pas de résultat. Cependant, la responsabilité du centre pourrait être recherchée pour une erreur grossière qu'elle aurait commise.

Maître Christophe DUGUÉ estime que l'institution ne saurait avoir plus de responsabilité que l'arbitre.

Néanmoins, d'autres hypothèses sont envisageables. Maître Nathalie MEYER-FABRE constate qu'à partir du moment où le centre a des obligations il peut voir sa responsabilité recherchée. Par exemple, si le dispositif de la sentence est mal rédigé quant à la question des intérêts et que cela entraîne des difficultés d'exécution, les parties pourraient rechercher cette responsabilité.

Maître Bertrand MOREAU considère qu'il est difficile d'apprécier d'éventuelles erreurs des arbitres dans la mesure où, l'A.F.A., contrairement à la CCI, ne dispose pas des écritures des parties.

Dans tous les cas, comme le rappelle Maître Christophe DUGUÉ, les parties ne sont pas dépourvues de recours. Elles peuvent solliciter une demande d'interprétation ou de correction de la sentence pour erreur matérielle. Cependant, le choix de l'arbitre demeure crucial afin de pallier en amont ces difficultés.

Madame Claire DEBOURG souligne qu'il semble difficile de rechercher la responsabilité de l'institution sur le terrain d'une éventuelle violation de son obligation de relecture de la sentence. En effet, le règlement CCI emploie des termes très modérés à cet égard.

Pour Monsieur Noël MÉLIN, les erreurs commises dans la sentence n'enlèvent rien à la responsabilité de l'arbitre. La responsabilité du centre pouvant être recherchée dans l'hypothèse où il serait plus solvable que l'arbitre lui-même.

L'arbitre ne saurait néanmoins être plus responsable qu'un juge et sa responsabilité est fonction du régime dual énoncé par l'arrêt du 15 janvier 2014 opérant une distinction entre pouvoir juridictionnel et obligations découlant de la gestion de l'arbitrage. La responsabilité de l'arbitre étant engagée, dans le premier cas pour une faute lourde équipollente au dol, et dans le second cas, pour une faute simple.

Conclusions

Les membres du Groupe de réflexion se sont accordés pour travailler de concert avec le second Groupe de réflexion concernant les décisions du centre d'arbitrage ordonnant la jonction ou la consolidation des procédures d'arbitrage.

La responsabilité civile du centre d'arbitrage pourrait en effet être engagée si, après consolidation des procédures, la sentence ultérieure venait à être annulée.

Après consultation de Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN, les discussions de la prochaine séance porteront, entre autres, sur les problématiques suivantes :

- Quelles sont les décisions du centre réellement concernées par une sanction rédhibitoire ?
- L'affirmation de la disponibilité de l'arbitre et sa connaissance de la langue de l'arbitrage doivent-elles être requises de lui par le centre ?
- L'absence de réserves des parties lors de l'acte de mission, ou ultérieurement, a-t-elle une incidence sur la responsabilité du centre et/ou l'efficacité de la sentence ?
- Le centre pourrait-il prévoir dans son règlement une disposition selon laquelle, dans les hypothèses où il ne se prononcerait pas (ou refuserait de se prononcer) le juge d'appui ou le juge de droit commun serait compétent ? En d'autres termes, la contractualisation de l'intervention du juge est-elle possible ?
- Ces réflexions débouchent-elles nécessairement sur une modification des textes du code de procédure civile ?