



Association
Française
d'Arbitrage



Groupe de Réflexion
Les décisions du Comité d'arbitrage
Compte-rendu

De la réunion du 3 février 2015

Le 3 février 2015, à l'occasion de la troisième réunion du Groupe de réflexion organisée par l'Association Française d'Arbitrage sur le thème « *Les décisions du comité d'arbitrage* », se sont réunis au cabinet de Maître Geneviève AUGENDRE, les membres suivants :

- Madame Geneviève AUGENDRE, Avocat, Président de l'A.F.A.
- Monsieur Michel BERGER, Expert, Tiers indépendant
- Madame Claire DEBOURG, Maître de conférences à l'Université Paris X Nanterre
- Monsieur Damien DEVOT, Avocat
- Monsieur Christophe DUGUÉ, Avocat
- Madame Léonor JANDARD, Consultante
- Monsieur Noël MÉLIN, Secrétaire Général de l'A.F.A.
- Monsieur Bertrand MOREAU, Avocat, Président du Comité d'arbitrage de l'A.F.A.
- Madame Alice PEZARD, Avocat

Les débats étaient présidés 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 7 avril 2015 à 17 heures 30

Au cabinet de Maître Geneviève AUGENDRE

1, rue Alfred de Vigny - 75008 Paris

Discussion

Les membres du Groupe de réflexion étaient convenus de traiter les questions suivantes :

1. Quelles sont les décisions du centre d'arbitrage qui sont réellement concernées par une sanction réhabilitative ?
2. 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 ?
3. 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 ? Autrement dit la contractualisation de l'intervention du juge est-elle possible ?
4. Ces réflexions débouchent-elles nécessairement sur une modification des textes du Code de procédure civile ?

Ces questions seront envisagées successivement.

1. Quelles sont les décisions du centre d'arbitrage qui sont réellement concernées par une sanction réhabilitative ?

Concernant la dissociabilité des demandes en cas d'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage, Monsieur Noël MÉLIN est d'avis de considérer que le centre ne peut rendre une décision sur ce chef, en raison du caractère juridictionnel de cette appréciation.

Cependant, du point de vue de l'arbitre, cette appréciation est également difficile dans la mesure où, si le centre a déjà pris une décision, il lui sera difficile d'aller à l'encontre de celle-ci, notamment s'il a été nommé par le centre.

Maître Geneviève AUGENDRE souligne que le tribunal arbitral doit pouvoir se retourner vers le centre concernant la question des frais d'arbitrage. Le tribunal arbitral a en effet le pouvoir, dans sa sentence, de faire peser ces frais sur la partie perdante pécuniaire, ce qui serait sans incidence sur la partie impécunieuse. L'hypothèse inverse reste néanmoins problématique dans la mesure où si la partie impécunieuse est condamnée, alors les frais d'arbitrage dus par elle, non versés au centre, seront perdus.

Cette hypothèse, soulevée dans l'arrêt *Pirelli* doit cependant être relativisée dans la mesure où elle ne vise qu'un cas particulier à savoir la présentation d'une demande reconventionnelle par une partie impécunieuse.

Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN rappelle que la notion d'impécuniosité, non définie par la jurisprudence, est sujette à débat. En effet, cette notion peut aussi bien s'apprécier objectivement que subjectivement.

Une impécuniosité objective consisterait pour une société à ne pas disposer, concrètement et de manière effective, des fonds nécessaires pour la provision des frais d'arbitrage.

Une impécuniosité subjective comprendrait diverses situations envisageables. Ainsi, une société en redressement dont l'administrateur décide d'affecter les actifs disponibles à d'autres postes que la procédure d'arbitrage doit-elle être considérée comme impécunieuse ?

Pour le Professeur François-Xavier TRAIN l'impécuniosité ne peut être relative. Une partie disposant de fonds, malgré l'importance des frais d'arbitrage ne saurait être considérée comme impécunieuse. La notion d'impécuniosité doit être distinguée de celle d'état de cessation des paiements.

La jurisprudence *Pirelli* relative à l'impécuniosité d'une partie peut également s'avérer problématique dans l'hypothèse où le demandeur principal s'estimerait impécunieux.

Monsieur Noël MÉLIN a en effet eu vent de pratiques, notamment en matière d'arbitrage dans le secteur de la distribution, où le franchiseur s'estimant impécunieux refusait de verser la provision au centre. La notion d'impécuniosité est ainsi utilisée à escient par les parties dans leur stratégie procédurale depuis la jurisprudence *Pirelli*.

Le Professeur François-Xavier TRAIN admet que cette hypothèse doit être relativisée dans la mesure où, en matière de distribution, les arbitrages sont souvent *ad hoc*, et non institutionnels.

Cependant, tout aussi inquiétante est l'hypothèse dans laquelle une partie décide de lancer plusieurs procédures d'arbitrage à l'encontre d'une même partie en vue de « l'asphyxier » économiquement.

Dans une affaire commentée par Jérôme ORTHSCHEIDT, une partie faible, en l'espèce un franchisé, avait nommé dans trois arbitrages à son encontre, liés de manière connexe, le même arbitre. La Cour d'appel a censuré la sentence pour défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Cette décision est ainsi critiquable dans la mesure où une partie faible ne dispose même plus de ce moyen de défense si plusieurs arbitrages sont initiés à son encontre.

Il ressort de ces discussions que les sanctions rédhibitoires du centre, entraînant la nullité de la sentence, consistent dans deux hypothèses ayant trait à :

- La nomination du tribunal arbitral si le centre désigne un arbitre dont elle sait qu'il n'est pas indépendant ou, lors d'une consolidation d'instances, si elle confirme un arbitre non indépendant. Pareillement, le refus de remplacement d'un arbitre avant le prononcé de la sentence entraînerait l'annulation de la sentence.
- L'hypothèse du cas « *Pirelli* » mais qui demeure très circonscrite.

Quant aux autres décisions du centre ayant trait, au nombre d'arbitres, au contrôle *prima facie*, au refus d'initier l'arbitrage, à la relecture de la sentence, celles-ci n'ont pas d'incidence sur la validité de la sentence.

S'agissant du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, Maître Bertrand MOREAU souligne qu'il apparaît difficile de contraindre le centre de procéder à des recherches. Si le centre était débiteur d'une telle obligation, serait-elle de moyens ou de résultat ? Le Professeur Eric LOQUIN a pu considérer que l'obligation de révélation devait être de résultat s'agissant d'une situation notoire et objective, et, à l'inverse, de moyens lorsque la situation est purement subjective.

Le Professeur François-Xavier TRAIN souligne que la jurisprudence suit actuellement deux tendances, l'une considérant que l'absence de révélation d'éléments bénins n'entraîne ni la récusation de l'arbitre ni l'annulation de la sentence, à l'inverse, un autre courant estime que c'est dans les yeux des parties que la révélation doit s'exprimer. Ainsi, le cumul d'éléments subjectifs non révélés permettrait la récusation de l'arbitre et l'annulation de la sentence. Ce second courant a pour effet d'étendre considérablement le domaine de la récusation.

L'expression « aux yeux des parties » a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence mais n'est pas imposée par le texte. Le règlement de l'A.F.A. a d'ailleurs été modifié en raison de cette jurisprudence.

Monsieur Michel BERGER considère cependant que le second courant jurisprudentiel, bien que reposant sur des éléments subjectifs, contient néanmoins une dose d'objectivité dans la mesure où c'est le cumul d'éléments subjectifs qui entraîne la récusation de l'arbitre ou l'annulation de la sentence. Or, l'accumulation peut s'apprécier objectivement.

Le Professeur François-Xavier TRAIN souligne que les arbitres ne savent cependant pas toujours ce qu'ils doivent révéler, et particulièrement lorsqu'il s'agit d'associés de grands cabinets où une structure étrangère pourrait avoir conseillé une filiale d'une partie à l'étranger.

Madame Alice PEZARD considère cependant que cette difficulté est à nuancer dans la mesure où les grands cabinets disposent de moyens importants en matière de conflits d'intérêts.

La question reste celle de savoir si un centre qui aurait nommé un arbitre non indépendant engage sa responsabilité ?

Pour Maître Geneviève AUGENDRE il appartient au centre d'être particulièrement rigoureux car dans cette hypothèse il engagerait sa responsabilité.

Pour François Xavier TRAIN, la question se pose de savoir si le centre a un devoir d'investigation, ou si celui-ci ne repose que sur les parties. Certaines jurisprudences laissent entendre que le devoir de se renseigner repose sur les parties. Néanmoins, les décisions récentes estiment que les parties n'ont pas à procéder à des recherches. Par analogie, on pourrait considérer que le centre n'aurait pas non plus à faire de telles recherches. Le flou qui entoure la notion de notoriété n'aide pas à définir le régime.

2. 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 ?

La disponibilité de l'arbitre n'est pas une obligation légale, elle est uniquement requise au titre des règlements d'arbitrage des institutions. La jurisprudence, quant à elle, n'exige de l'arbitre que l'accomplissement de sa mission avec célérité.

Cependant, la disponibilité, pour Maître Geneviève AUGENDRE, est une condition nécessaire qui doit être demandée par le centre.

La disponibilité ne semble pas poser davantage de problèmes dans la mesure où le centre peut disposer d'informations quant au nombre d'arbitrages dans lesquels intervient l'arbitre, soit en qualité d'arbitre soit en qualité de conseil.

Le choix de la langue de l'arbitrage peut être quant à lui un obstacle mais aucun remède ne semble possible pour aller à l'encontre de la volonté des parties. L'arbitrage est donc coincé dans une langue.

Pour Monsieur Michel BERGER il convient cependant de nuancer le propos. Si, certes, en pratique les parties ont la possibilité de choisir la langue de l'arbitrage, il n'est pas rare en pratique de voir qu'en dépit des termes de la convention d'arbitrage, les parties et les arbitres ont recours à une autre langue.

Maître Damien DEVOT souligne que cette pratique pourrait léser une partie, par exemple si elle est non francophone, et qu'elle est la seule à ne pas maîtriser le français.

Madame Claire DEBOURG considère que ces problématiques n'ont que peu d'incidence. S'agissant de la disponibilité des arbitres, les institutions, et particulièrement la CCI, ont peur des retards. Elle ne nommera donc pas elle-même un arbitre dont elle sait qu'il est trop sollicité en qualité de conseil ou d'arbitre. Quant à la langue de l'arbitrage, le fait qu'un arbitre ne maîtrise pas la langue requise serait une cause de remplacement de cet arbitre.

En d'autres termes, la disponibilité de l'arbitre doit être demandée par le centre et contrôlée au regard des éléments dont il dispose. Quant à la maîtrise de la langue de l'arbitrage, si l'arbitre nommé se révèle ne pas la maîtriser, il y aurait donc une cause de remplacement de l'arbitre.

Selon le Professeur François-Xavier TRAIN, la question ici est de savoir si la responsabilité du centre entraîne nécessairement, ou non, la nullité de la sentence.

Pour Maître Bertrand MOREAU, la nullité serait une sanction excessive, il pourrait davantage être envisagée une perte de chance, notamment en termes de célérité.

Cependant, la perte de chance d'avoir pu bénéficier d'un arbitrage rapide, engageant la responsabilité du centre, ne saurait avoir une incidence sur la validité de la sentence.

3. 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 où le juge de droit commun serait compétent ? Autrement dit la contractualisation de l'intervention du juge est-elle possible ?

Le Professeur François- Xavier TRAIN estime que la contractualisation de l'intervention du juge va au-delà de la première question. La réponse à cette première question est implicitement comprise dans le droit français de l'arbitrage.

Maître Bertrand MOREAU souligne que, dans l'hypothèse envisagée dans la question, l'arbitrage resterait institutionnel.

Pour le Professeur François-Xavier TRAIN, une stipulation dans le règlement d'arbitrage ne serait pas nécessaire. Il serait naturel pour le juge d'appui de se reconnaître compétent dans cette hypothèse car le postulat est que le centre d'arbitrage a vocation à remplacer le juge d'appui.

Monsieur Noël MÉLIN rappelle néanmoins que la loi envisage le postulat inverse à savoir où le juge d'appui remplace l'institution.

Maître Damien DEVOT considère que si l'absence de décision du centre permettrait la saisine du juge, encore faut-il déterminer des hypothèses dans lesquelles le centre d'arbitrage ne se prononcerait pas.

Pour le Professeur François-Xavier TRAIN, il serait également possible d'envisager l'hypothèse dans laquelle les parties stipuleraient dans leur convention d'arbitrage que les questions relatives à la récusation ne seraient pas réglées par l'institution. En cas d'acceptation d'une telle convention par l'institution alors les parties pourront aller directement devant le juge d'appui. Cette situation demeure néanmoins une hypothèse d'école.

Maître Damien DEVOT estime que le règlement pourrait prévoir que les décisions du centre ne seraient que des propositions. Ainsi, le problème serait vidé dès l'origine car la décision ne serait pas administrative. Les parties resteraient alors libres d'aller saisir le juge d'appui.

Cette possibilité, bien que permettant de purger les incidents avant la fin de l'arbitrage, apparaît difficilement applicable dans la mesure où la jurisprudence considère que les décisions du centre sont contractuellement contraignantes entre les parties.

Pour Maître Geneviève AUGENDRE, une telle hypothèse reviendrait à une négation du règlement d'arbitrage. De plus, il y aurait un impact direct sur l'instance arbitrale dans la mesure où le juge d'appui statue dans certains délais, qui peuvent être conséquents, ainsi, si plusieurs incidents viennent émailler l'instance arbitrale, alors le délai d'arbitrage n'en sera que plus long.

4. Ces réflexions débouchent-elles nécessairement sur une modification des textes du Code de procédure civile ?

Maître Geneviève AUGENDRE estime que le caractère définitif des décisions du centre d'arbitrage devrait être consacré dans le Code de procédure civile.

Cette modification semble néanmoins difficile car cela conférerait une mission juridictionnelle au centre d'arbitrage qui n'est qu'une personne privée. Si une telle délégation devait s'opérer, alors il faudrait une modification législative, et non réglementaire.

Le Professeur François-Xavier TRAIN estime que le régime d'immunité dont bénéficie les décisions du centre, de part leur caractère « administratif » doit être maintenu, malgré les inconvénients qu'il peut comporter. Même si le doute persiste, le recours en annulation reste l'arme à la disposition des parties.

Pour Monsieur Noël MÉLIN, les parties doivent être informées des caractéristiques de l'arbitrage institutionnel. L'arbitrage institutionnel n'est un avantage que lorsqu'on a pris connaissance de ses caractéristiques au préalable. Permettre un recours systématique au juge d'appui n'aurait que pour conséquence d'affaiblir la position du centre vis-à-vis des parties.

5. Agenda

Les membres du Groupe de réflexion se sont accordés pour se réunir lors d'une dernière réunion de synthèse. Cette réunion se tiendra le mardi 7 avril, à 17 heures 30 au cabinet de Maître Geneviève AUGENDRE.