



Le 9 octobre 2014, à l'occasion de la première 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 :

- Monsieur Yves ACH, Commissaire aux comptes
- Madame Sophie AMBROSI, Avocat à la Cour
- Monsieur Michel ARMAND-PREVOST, Arbitre, Médiateur, Conciliateur
- Madame Geneviève AUGENDRE, Avocat, Président de l'A.F.A.
- M. Christian de BAECQUE, Président honoraire du Tribunal de Commerce de Paris
- Monsieur Michel BERGER, Expert, Tiers indépendant
- Madame Eloïse GLUCKSMANN, Doctorante
- Madame Léonor JANDARD, Consultante
- Madame Ouqian LIU, Doctorante
- Monsieur Noël MELIN, Arbitre, Médiateur, Secrétaire Général de l'A.F.A.
- Madame Nathalie MEYER-FABRE, Avocat, représentée par Maître Damien DEVOT
- Monsieur Bertrand MOREAU, Avocat, Président du Comité d'arbitrage de l'A.F.A.
- Monsieur Jacques PELLERIN, Avocat à la Cour
- Madame Alice PEZARD, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, Avocat à la Cour
- Monsieur Fred SCETBON-DIDI, Médiateur et Arbitre
- Madame Fabienne VAN DER VLEUGEL, Avocat au Barreau de Bruxelles

Les échanges ont été dirigés par Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN, Professeur à l'Université Paris X Nanterre La Défense, Secrétaire Général du Comité Français de l'Arbitrage et de la Revue de l'Arbitrage, 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 vendredi 19 décembre 2014 à 17 heures 30

Salle Gaston Monnerville à la Maison du Barreau - 2, rue de Harlay – 75001 Paris

Introduction de la première réunion et programme du Groupe de travail

Afin d'introduire le débat, Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN, Président du Groupe, a rappelé le contexte dans lequel s'inscrit le Groupe de Réflexion. Celui-ci a pour finalité d'étudier les diverses décisions rendues par les institutions d'arbitrage et, après en avoir dressé un panorama, de faire des propositions afin d'améliorer leur régime juridique.

Les décisions rendues par les institutions d'arbitrage sont nombreuses et variées, rendant intéressant leur étude.

La question centrale à laquelle le Groupe de réflexion devra répondre est de savoir quelles sont la valeur et la nature juridiques des décisions des institutions d'arbitrage, afin d'envisager l'amélioration de leur régime propre d'une part, mais également de leur contrôle *a posteriori*, par exemple lors du contrôle de la sentence arbitrale par le juge étatique, d'autre part.

A titre liminaire, deux remarques peuvent être faites, l'une ayant trait au régime des décisions des institutions d'arbitrage, l'autre relative à la typologie de décisions rendues par ces dernières.

Premièrement, en droit positif, force est de constater que deux régimes extrêmes s'opposent. Le droit français a opté pour une position libérale quant à l'organisation de la procédure d'arbitrage. Les parties peuvent soit elles-mêmes définir leur procédure, soit se référer à un règlement d'arbitrage.

Le règlement d'arbitrage auquel les parties se réfèrent étant de nature contractuelle, il est possible d'envisager que les décisions rendues par l'institution d'arbitrage ont, vis-à-vis des parties en litige, une nature contractuelle. Elles ne sauraient, dans cette hypothèse, être revêtues de l'autorité de chose jugée.

A l'inverse, dans l'hypothèse d'un arbitrage *ad hoc*, les décisions du juge d'appui sont, elles, définitives et revêtues d'une force contraignante. Ces décisions sont irrévocables, sauf à prouver un excès de pouvoir du juge d'appui, comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mars 2013¹.

Si des doutes peuvent être soulevés quant à la régularité de cette position vis-à-vis des droits de la défense reconnus par l'article 6 §1 CESDH, l'efficacité du système ne peut qu'être appréciée. En d'autres termes, il revient au juge d'appui de régler définitivement les questions délicates en lien avec l'instance arbitrale (indépendance et impartialité des arbitres) afin que celle-ci puisse suivre son cours.

¹ Cass 1^e civ, 13 mars 2013, n°12-20.573, Bull Civ I, n°40

Ce constat met donc en exergue la coexistence de deux régimes. Dans le cas d'un arbitrage institutionnel, les décisions des institutions d'arbitrage seraient dotées d'une nature purement contractuelle. A l'opposé, dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, les parties peuvent bénéficier du recours au juge d'appui dont les décisions, irrévocables, sont revêtues de l'autorité de chose jugée.

Il est donc possible de s'interroger sur l'éventualité d'une solution médiane entre ces deux régimes. Une telle solution a été préconisée en doctrine, mais n'a jamais été suivie par la Cour de cassation qui ne semble pas mettre cette question à l'ordre du jour.

Une autre solution consisterait à s'interroger sur la possible amélioration de la pratique des institutions d'arbitrage. Si cette voie était envisagée, il faudrait alors modifier le droit positif qui ne permet pas d'introduire un recours contre ces décisions devant les juridictions étatiques. La Cour d'appel ne pourrait être directement saisie puisque celle-ci ne peut statuer que sur des décisions juridictionnelles.

Deuxièmement, les décisions rendues par les Comités d'arbitrage sont de nature variée et, peut-être, conviendrait-il d'en dresser une typologie pour savoir si celles-ci doivent faire l'objet d'un même régime.

A titre indicatif, nous pouvons indiquer, de manière non exhaustive, les décisions ayant trait :

- au déclenchement de l'arbitrage (contrôle *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage) ;
- à la fixation du siège quand celui n'est pas prévu par les parties. Cette décision est réglée par les arbitres eux-mêmes en arbitrage *ad hoc* ;
- à la nomination, au remplacement ou à la récusation des arbitres ;
- aux frais d'arbitrage (avance des frais et provisions²) ;
- à la prorogation du délai d'arbitrage.

Certaines décisions ne posent, en pratique, que peu de difficultés, notamment celles relatives :

- à la fixation du siège de l'arbitrage, car aucun contrôle n'est opéré sur ce point ;
- à la prorogation des délais, bien que le propos soit à nuancer. Le respect de la durée de l'arbitrage pose davantage de problèmes en matière d'arbitrage *ad hoc*. En arbitrage institutionnel, l'institution permet la prorogation du délai avant que celui-ci n'expire. Il est cependant possible de dénoncer l'excès inverse où une institution, prorogerait indûment le délai d'arbitrage.

Les décisions dont les enjeux sont les plus importants sont celles relatives :

- à la nomination, à la récusation et au remplacement des arbitres ;
- à la provision pour frais d'arbitrage ;
- au contrôle *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage.

² Sur cette question voir notamment l'arrêt *Pirelli* : CA Paris 17 novembre 2011 *Licensing Projects c/ Pirelli*, Rev. Arb 2012, p. 267 note F-X Train

Car elles sont susceptibles d'entacher la sentence à intervenir d'un vice qui pourra, éventuellement, être sanctionné par l'annulation de la sentence ou son refus d'exequatur.

Ce premier panorama, dressé à titre indicatif, pourra évidemment être approfondi dans le cadre du Groupe de réflexion.

L'étude de ces décisions sera également plus ou moins aisée. En effet, si la récusation des arbitres fait l'objet d'un contentieux abondant et de nombreuses décisions, tel n'est pas le cas des demandes de provisions pour frais d'arbitrage. Egalement, l'étude des décisions de refus d'administrer l'arbitrage pourra être problématique dans la mesure où peu de jurisprudence existe quant au contrôle *prima facie*.

Discussion : Points abordés

Sur la nature des décisions des Comités d'arbitrage. A titre liminaire, la question de la nature des décisions des Comités d'arbitrage était, à l'origine, limitée à l'hypothèse de la récusation des arbitres. Cependant, le sujet est manifestement plus vaste et c'est bien toutes les décisions de l'institution qui sont concernées.

Maître Bertrand MOREAU suggère ainsi une distinction entre les décisions ayant une incidence sur la validité de la sentence et celles qui en sont dépourvues. La question est donc de savoir si celles-ci doivent connaître un sort identique ou s'il convient de les distinguer pour leur appliquer des régimes distincts. Les réflexions sont nombreuses et, par exemple, quand l'arrêt *Dutco*³ énonce que l'égalité des parties est insusceptible de renonciation tant que le litige n'est pas né, il est possible d'y voir une piste de réflexion sur la pratique des centres d'arbitrage.

En pratique, les recours intentés sur le terrain de l'excès de pouvoir du juge d'appui, en raison du caractère irrévocable de sa décision, montrent les tentatives de contournement de ces décisions par les parties. Ce recours ayant été admis en jurisprudence, il serait possible de voir évoluer le droit positif.

Une solution pratique est souhaitable, surtout pour les centres d'arbitrage. En effet, il est difficile pour ces derniers de s'adapter en trouvant une solution contractuelle contraignante pour contourner la difficulté. Le malaise existe dans la mesure où il est inconfortable pour le centre d'arbitrage de continuer une instance arbitrale qui pourra être remise en cause *a posteriori*. Au-delà d'une perte de temps et de moyens financiers, il est à craindre une perte de confiance dans l'arbitrage.

³ Cass 1^e civ, 7 janvier 1992, Bull Civ I n°2, n°89-18708. « Attendu que le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige »

Il revient ainsi au Groupe de réflexion de déterminer sur quel(s) terrain(s) les solutions devront être envisagées. La difficulté réside dans le fait que les centres d'arbitrage ne peuvent eux-mêmes prévoir un recours contre leur décision devant le juge d'appui, et, à l'opposé, le fait que le juge d'appui refuse de statuer en la matière en considérant ces décisions comme relevant de la matière contractuelle.

Sur la motivation des décisions de récusation des Comités d'arbitrage. La question s'est posée de savoir si la motivation des décisions des centres d'arbitrage, à l'instar des décisions de justice, notamment en matière de récusation, n'augmenterait pas leur « acceptabilité » par les parties.

Cette position aurait pour mérite d'informer les parties sur les raisons ayant conduit le centre à récuser, ou non, un arbitre et éviterait, potentiellement, qu'un recours postérieur soit intenté sur ce chef. Par ailleurs, l'arbitre qui n'aurait pas été récusé se verrait conforté dans sa mission.

Cependant, des doutes ont pu être émis quant à la viabilité de cette solution. En pratique, la majorité des décisions administratives des centres d'arbitrage sont respectées, si leur motivation était transmise aux parties, celles-ci seraient alors tentées de les contester. De plus, un arbitre s'estimant injustement récusé pourrait le reprocher à l'institution.

Maître Bertrand MOREAU, souligne que la pratique en la matière peut varier d'une institution à une autre. En ce qui concerne l'A.F.A., les décisions de récusation sont motivées, mais cette motivation est gardée secrète. Ainsi, si une sentence ou une décision de récusation venait à être contestée *a posteriori* devant les juridictions étatiques, l'A.F.A. pourrait donner les raisons ayant conduit à sa décision. Les décisions sont donc conservées à titre de preuve dans l'éventualité d'une instance judiciaire.

Ces décisions du Comité d'arbitrage de l'A.F.A. ne sont pas publiées dans la mesure où il est uniquement demandé au Centre d'arbitrage de récuser, ou non, l'arbitre. Le règlement d'arbitrage n'exige nullement une motivation.

D'ailleurs, dans la décision *Raffinerie d'Homs* (p.12 du premier document de travail), la décision de l'institution était en l'espèce motivée, même si elle n'a pas été qualifiée de « juridictionnelle » par la Cour.

Par ailleurs, les décisions de récusation sont également susceptibles d'avoir une influence sur la convention d'arbitrage dans l'hypothèse où les parties ont désigné les arbitres dans un compromis. Il sera donc question d'analyser si, dans cette hypothèse, le remplacement de l'arbitre récusé mais désigné dans le compromis ne vient pas vicier le compromis d'arbitrage pour dol d'une part et/ou entacher la sentence pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral d'autre part.

Au cours de cette réunion, face à l'ampleur des questions relatives aux décisions des centres d'arbitrage, il a été décidé que celles-ci feraient l'objet d'une attention particulière lors de la prochaine réunion du Groupe de réflexion.

Sur les décisions pour frais d'arbitrage en cas de défendeur impécunieux. La question des décisions pour provision sur frais d'arbitrage ne pose en général pas de problème en pratique, elle constitue d'ailleurs une règle courante dans la majorité des règlements d'arbitrage. Elle a pu cependant poser problème dans l'hypothèse de l'arrêt *Pirelli*⁴ où l'une des parties n'était pas en mesure de verser cette provision.

De nombreuses questions se posent en pratique. D'abord, il s'agit de déterminer qui doit déterminer si le défendeur est, ou non, impécunieux. Dans l'arrêt *Pirelli*, l'institution d'arbitrage a émis une décision qui s'est imposée aux arbitres. Deux solutions étaient possibles, soit le tribunal arbitral suivait la décision du centre d'arbitrage, soit ceux-ci, à l'encontre de cette décision, examinaient la demande reconventionnelle non provisionnée.

Dans cette affaire, la décision de la CCI, sur laquelle les arbitres n'avaient pas de pouvoir, avait pourtant des conséquences juridictionnelles indéniables. Il a donc pu être observé un décalage entre la nature de la décision de l'institution d'arbitrage et la nature des effets de cette décision.

Le règlement de l'A.F.A. a d'ailleurs été modifié à la suite de l'arrêt *Pirelli*, l'article 7- §4 dispose désormais que « en cas de demande reconventionnelle, le Comité d'arbitrage, si l'une des parties le demande, *peut* fixer des provisions distinctes pour la demande principale et la demande reconventionnelle ».

Des difficultés existent ainsi tant au niveau de l'institution elle-même qu'à celui des arbitres. L'institution d'arbitrage ne peut présager des suites de sa décision. Ainsi, elle ne peut *a priori* déterminer si, en refusant de soumettre la demande au tribunal arbitral pour défaut de règlement des frais d'arbitrage, elle violerait l'ordre public procédural et dénierait l'accès de la partie en cause à la justice arbitral. Ce point n'est en effet tranché qu'une fois le juge étatique saisi.

Quant aux arbitres, leur position est également délicate. Ceux-ci sont liés contractuellement avec l'institution d'arbitrage. Les décisions de cette dernière ont donc vocation à s'imposer à eux. Les arbitres disposent en effet d'une marge de manœuvre réduite, définie par le règlement d'arbitrage.

A l'origine le mécanisme prévu par la CCI visait à empêcher à ce qu'un plaideur adresse des demandes reconventionnelles sans liens avec son préjudice.

⁴ Sur cette question voir notamment l'arrêt *Pirelli* : CA Paris 17 novembre 2011 Licensing Projects c/ Pirelli, Rev. Arb 2012, p. 267 note F-X Train

Si la provision d'arbitrage était due uniquement par le demandeur, alors les demandeurs reconventionnels pouvaient augmenter artificiellement le montant de leurs demandes pour que les frais d'arbitrage à la charge du demandeur soient plus importants. Cette pratique pouvait donc avoir pour effet de dissuader des demandeurs de recourir à l'arbitrage. En séparant les provisions pour frais d'arbitrage, la CCI a dissuadé les plaideurs de recourir à de telles pratiques.

L'affaire *Pirelli* a pu souligner l'interdépendance possible, et parfois problématique, entre provision pour frais d'arbitrage et indissociabilité des demandes. En effet, la CCI n'a pas de fonction juridictionnelle, elle n'avait donc pas compétence pour trancher la question de savoir si les demandes étaient, ou non, indissociables. A l'inverse, il n'appartenait pas au tribunal arbitral constitué sous l'égide du règlement CCI de vérifier si les provisions pour frais d'arbitrage étaient, ou non, correctement réglées auprès de l'institution.

Parmi les solutions envisagées, certains ont pu préconiser que les arbitres statuent, *in limine litis*, sur l'indissociabilité des demandes si une partie le demande. Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN avait également suggéré une procédure préalable lors de laquelle les arbitres se prononcent sur l'impécuniosité du demandeur reconventionnel et l'indissociabilité de ses demandes afin de déterminer si celle-ci exige qu'il soit exempté du paiement des frais d'arbitrage.

La solution serait conforme à l'ordre public procédural puisque dans l'affirmative le plaideur pourra présenter ses demandes reconventionnelles sans devoir s'acquitter au préalable de frais d'arbitrage en raison de son impécuniosité avérée, et inversement, ses demandes seront retirées si l'impécuniosité n'est qu'un moyen dilatoire pour mettre à la charge du seul demandeur des frais d'arbitrage plus élevés.

Sur les décisions fixant le siège de l'arbitrage. Succinctement, il a été évoqué la question de savoir si l'institution d'arbitrage pouvait, ou non, engager sa responsabilité pour avoir choisi un siège « exotique ».

Les membres du Groupe de réflexion ont estimé qu'en matière d'arbitrage interne, il pourrait être reproché à une institution d'avoir délocalisé l'arbitrage afin de lui faire revêtir artificiellement un caractère international en vue d'échapper au jeu de l'ordre public interne. Cependant, cette hypothèse est d'une portée limitée dans la mesure où, en pratique, les institutions d'arbitrage, en l'absence d'accord entre les parties, ne délocalisent que rarement les arbitrages loin de leur siège.

Au demeurant, aucune disposition du Code de procédure civile ne permettrait d'annuler une sentence pour avoir été rendue dans un siège étranger, fût-il désigné par l'institution d'arbitrage elle-même.

Typologie des décisions des institutions d'arbitrage. Au regard des débats qui se sont déroulés, les membres du Groupe de réflexion se sont accordés sur un triptyque de décisions rendues par les institutions d'arbitrages.

Elles peuvent être hiérarchisées de la façon suivante, en fonction de leur degré de gravité :

1. Les décisions permettant d'engager la responsabilité civile du centre d'arbitrage et l'annulation de la sentence ;
2. Les décisions ne permettant pas d'engager la responsabilité civile du centre d'arbitrage mais susceptibles de justifier l'annulation de la sentence ;
3. Les décisions permettant d'engager uniquement la responsabilité civile du centre d'arbitrage vis-à-vis des parties ;
4. Les décisions purement administratives.

Conclusion et agenda

Les membres du Groupe de réflexion ont arrêté l'agenda suivant.

Lors de la réunion du **19 décembre 2014** (17 heures 30), il s'agira de confronter les différentes classifications de décisions en évacuant celles qui n'ont pas d'impact sur la sentence et/ou la responsabilité du centre d'arbitrage. Egalement le Groupe de réflexion étudiera les décisions relatives à la récusation, à la non-récusation et au remplacement des arbitres.

Lors de la séance du **3 février 2015** (17 heures 30), le Groupe de réflexion analysera les décisions relatives aux frais de l'arbitrage et aux décisions de refus d'administrer l'arbitrage. Lors de cette séance, les solutions particulières ou générales pourront être envisagées.

Une troisième séance, non encore arrêtée, aura pour but de recenser les propositions du Groupe de réflexion (réforme législative, modification du règlement d'arbitrage, évolutions jurisprudentielles souhaitables) et d'en dresser un bilan.

Si cela s'avérait nécessaire, d'autres réunions du Groupe de réflexion seraient mises à l'agenda. Le Groupe de réflexion, à l'issue des séances élaborera un document sur l'aboutissement de sa réflexion.