



Association
For
Arbitration

Association
Française
d'Arbitrage



Alger, 19 et 20 octobre 2014

5^{ème} édition des Journées d'Etudes Mohand Issad

Colloque international de l'Association pour un Barreau Pluriel et le

World Trade Center - Algeria

Les clauses d'arbitrage institutionnel

Communication de Bertrand Moreau
Avocat au Barreau de Paris
Président du Comité d'arbitrage de l'AFA

« Les différends ou litiges qui viendraient à se produire ensuite ou à l'occasion du présent contrat seront résolus par voie d'arbitrage, conformément au Règlement de l'Association Française d'Arbitrage auquel les parties déclarent adhérer. »

Tout est dit, et on pourrait croire à la solution miracle qui met un terme à toutes les discussions lorsque les parties, à l'issue de longs palabres pour parvenir à la signature de leur contrat, se préoccupent par acquit de conscience de la clause de résolution des litiges.

Cela peut-être vrai, et ce l'est bien souvent, mais la pratique montre qu'il est souhaitable pour une parfaite efficacité de la convention d'arbitrage d'avoir vérifié certains éléments, d'insérer quelques précisions et d'avoir conscience des effets d'une telle clause.

La convention d'arbitrage, et c'est une image que j'emprunte à Jean ROBERT, est une tapisserie qui se tisse de la signature du contrat jusqu'à la clôture de la procédure arbitrale. A chaque moment la volonté commune des parties peut retrancher à la convention ou y ajouter, ce qui s'impose au tribunal arbitral sauf pour celui-ci à refuser sa mission.

La seule condition de validité d'une convention d'arbitrage est donc la volonté commune d'aller à l'arbitrage, la clause « blanche » étant désormais valable, sa seule exigence en droit français est de résulter directement ou par référence d'un écrit (art. 1443 Code de procédure civile).

Arbitrage ad hoc si rien n'est prévu ou, si les parties ont rédigé une clause complète ou qu'elles espèrent complète, arbitrage institutionnel si les parties ont fait choix d'une institution.

L'INSTITUTION

Il faut d'abord veiller à ce que l'institution existe, mais aussi à la dénommer correctement et éviter comme cela s'est vu d'en nommer deux. Toute difficulté sur ce point conduit devant le juge d'appui avec l'incertitude qui en résulte. Mais le juge d'appui peut aussi avec l'accord des parties à une convention d'arbitrage ad hoc dire que l'organisation de l'arbitrage sera confiée à une institution, conformément à son règlement.

Si la nomination de l'institution est contestée, celle-ci peut demander au tribunal arbitral désigné de se prononcer sur la régularité de son investiture, bien entendu sous le contrôle du juge de la validité de la sentence¹.

Il se peut que l'institution ait disparu entre la date du contrat et la naissance du litige et dans ce cas, sauf accord des parties, c'est aussi le juge d'appui qui tranchera la difficulté ; mais bien souvent la succession de l'institution aura été organisée ou sera consacrée par l'usage en sorte qu'il n'en résultera aucune modification des droits des parties².

Le choix d'une institution emporte celui du règlement de cette institution et par conséquent il est évident que les parties, et leurs conseils, doivent avoir vérifié que l'institution est en mesure de gérer l'arbitrage qui surviendrait. Sans être médisant chacun sait que certaines institutions n'ont jamais eu d'arbitrage et ne disposent pas de gestionnaire compétent en la matière. Or seule l'expérience compte et c'est donc une vérification capitale à effectuer.

Il est communément admis que l'institution d'arbitrage formule une offre permanente et ferme d'organiser l'arbitrage prévu par la convention³ et que l'acceptation de cette offre par une partie pour l'organisation d'un arbitrage concrétise le contrat d'organisation de l'arbitrage.

Normalement, sauf convention contraire des parties, ou sauf disposition contraire du règlement d'arbitrage, c'est le règlement en vigueur au jour du contrat qui est applicable lorsqu'il a été ensuite modifié. En pratique, si le règlement a été modifié c'est normalement pour être amélioré et les parties seront généralement d'accord pour adopter sa version en vigueur au jour de l'introduction de la procédure (voir note Ch. Jarrosson ci-dessus citée).

Les parties peuvent cependant vouloir déroger au règlement sur un ou plusieurs points particuliers et dans ce cas l'institution, dont l'offre est modifiée, peut fort bien refuser d'organiser l'arbitrage. C'est ce qui s'est produit à l'occasion d'un arbitrage CCI et le juge d'appui saisi de la difficulté a renvoyé les parties à un arbitrage ad hoc, car leur volonté d'aller à l'arbitrage était établie, seules les modalités faisaient défaut.

L'AFA dans son règlement en a tiré la conclusion suivante : « *L'arbitrage n'est pas mis en œuvre selon le présent Règlement lorsque les parties y ont apporté des dérogations qui peuvent en affecter la bonne application* ».

Le règlement d'arbitrage constituant la loi des parties⁴, il est essentiel d'en avoir pris connaissance avant de soumettre l'organisation de l'arbitrage éventuel à une institution. Certaines modalités de l'arbitrage

¹ CA Paris 7 février 2002, *Rev.arb.*, 2002 .413, note Ph. Fouchard

² CA Paris 20 mars 2012, *Rev.arb.*, 2012 .805, note D. Kuehner

³ TGI Paris 22 janvier 2009, *Rev.arb.*, 2010 .314, note Ch. Jarrosson ; JDI 2009 .617, note T. Clay

⁴ Cass. 1^{ère} Civ. 25 juin 2014 n°11. 26529

sont en effet importantes et il convient de veiller à ce que le litige potentiel s'accommode de certaines clauses du règlement.

- Qui détermine le nombre d'arbitres ? Il est des circonstances où trois arbitres sont souhaitables ou au contraire un seul arbitre préférable, en termes de coût cela pèse.
- Comment s'effectue la nomination des arbitres ? Certains règlements imposent une liste d'arbitres plus ou moins fermée, ce qui peut constituer une gêne importante⁵.
- Comment se déroule la procédure : écrite ou orale ? L'arbitre statue-t-il comme amiable compositeur ?
- Des procédures d'urgence sont-elles possibles ?
- Que se passe-t-il en cas de défaillance d'un arbitre (décès, empêchement, récusation...) ?
- Quel est l'effet de la notification de la sentence ?
- Quel est le coût d'un arbitrage ainsi administré, car le règlement comporte toujours un barème de frais administratifs et des honoraires des arbitres ?

Toutes ces questions sont plus ou moins importantes, mais leurs réponses déterminent la façon dont l'arbitrage sera conduit et participent donc de la solution attendue du litige. La prévisibilité est essentielle aussi bien pour les parties que pour leurs conseils et le rôle de ces derniers est majeur en l'espèce.

Il est cependant des stipulations que les parties et leurs conseils feraient bien d'insérer dans leur convention d'arbitrage même institutionnelle car elles ont une incidence directe sur l'efficacité de la sentence qui sera rendue.

C'est d'abord, bien que cette clause soit souvent envisagée par ailleurs, le droit applicable dont l'incidence est essentielle dès la conclusion du contrat et se poursuit bien évidemment pour la résolution des litiges, ou l'amiable composition. En terme de prévisibilité une telle clause est nécessaire sauf à s'en remettre au tribunal arbitral qui déterminera la loi applicable, mais alors sans que l'application de cette loi ait pu être prévue, telles des dispositions aussi importantes que la prescription par exemple.

Il convient aussi de préciser le siège de l'arbitrage, car même si pour le déroulement de l'arbitrage cela n'a guère d'importance, le régime de l'annulation de la sentence en résulte directement puisqu'elle ne peut être prononcée que dans le pays où elle a été rendue. Dans les autres pays c'est seulement son exécution qui sera en cause, pays par pays. L'absence de choix du siège de l'arbitrage dans la convention constitue donc une cause d'imprévisibilité, car à défaut le siège résultera d'un choix qui sera seulement effectué une fois le litige né et à défaut d'accord entre les parties par le tribunal arbitral ou l'institution.

Or il est essentiel tant pour la conduite d'un arbitrage, que pour assurer la validité de la sentence qui sera rendue que les causes d'annulation éventuelle de cette sentence soient connues des parties et des arbitres dès le début de la procédure arbitrale.

⁵ TGI Paris 1988 et 1989 *Rev.arb.* 1990. 497

LES EFFETS DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

Il est une conséquence qui découle d'évidence du choix d'un règlement d'arbitrage, c'est l'exclusion de l'intervention du juge d'appui, puisque normalement l'institution supplée celui-ci pour toutes ses interventions.

Le décret du 13 janvier 2011 précise à chaque fois que l'intervention de l'institution est prioritaire par rapport à celle du juge d'appui auquel il ne peut être fait appel que si le règlement est muet ou insuffisant sur la question posée, qu'il s'agisse de la nomination des arbitres, de la récusation de ceux-ci, du délai d'arbitrage ou de toute difficulté qui surgit au cours de la procédure.

Ainsi par une ordonnance rendue le 23 octobre 2013 (non encore publiée), le juge d'appui du Tribunal de Grande Instance de Paris, ayant constaté que le comité d'arbitrage avait pris toutes les décisions qui lui incombaient en vertu du règlement de l'institution et qu'aucune difficulté ne demeurait à régler, a débouté la partie qui sollicitait son intervention.

Le règlement d'arbitrage par l'effet du contrat conclu avec les arbitres s'impose aussi à eux, et la sanction d'une violation du règlement peut se traduire par la nullité de la sentence rendue, si cette inobservation constitue une des causes d'annulation prévues par les articles 1492 ou 1520 du Code de procédure civile. Il n'est pas douteux qu'à cet égard l'arbitre engage sa responsabilité, qu'elle soit ou non couverte par une assurance.

L'institution d'arbitrage est aussi tenue à l'observation de son règlement sous sa responsabilité, mais bien que les tribunaux aient été saisis à plusieurs reprises, jamais la responsabilité d'une institution n'a été retenue à ce jour. La CCI sur ce point dans son règlement de 1998 a introduit une clause évasive de responsabilité pour tous les actes réalisés par l'institution ou les arbitres en relation avec un arbitrage, exclusion qu'elle a réitérée dans le règlement de 2012, mais en France à tout le moins cette clause a été déclarée non écrite par application de la jurisprudence qui interdit de s'exonérer de l'exécution d'une obligation essentielle⁶.

Les parties sont aussi, par le fait du choix d'un règlement, soumises aux décisions prises par l'institution dans le cadre de l'arbitrage qu'elle administre. Ces décisions constituent aussi la loi des parties et elles ne peuvent s'y soustraire. Aucun recours n'est ouvert contre ces décisions qui n'ont aucun caractère juridictionnel, mais sont seulement prises dans un cadre administratif⁷.

En conclusion, si l'arbitrage institutionnel en offrant une clause type d'arbitrage propose une mise en œuvre plus simple de l'arbitrage et est susceptible de recueillir plus facilement l'accord des parties signataires d'un contrat, cette clause ne doit pas être adoptée sans discernement. La connaissance de l'institution, de sa renommée, de son éthique comme de son barème de frais et honoraires, est indispensable pour donner à un arbitrage toute sa valeur ajoutée, car c'est bien ce que les parties attendent de lui.

⁶ CA Paris 22 janvier 2009 citée note 3.

⁷ Cass.1^{ère} Civ.20 février 2001, *Rev.arb.* 2001. 511, note T. Clay.