



Association  
Française  
d'Arbitrage



**Groupe de Réflexion**  
**Les décisions du Comité d'arbitrage**  
Rapport de synthèse

Le Groupe de réflexion de l'Association Française d'Arbitrage (A.F.A.) sur le thème « *Les décisions du comité d'arbitrage* » s'est réuni à quatre reprises les 9 octobre et 19 décembre 2014 et les 3 février et 7 avril 2015.

Lors de la réunion du 7 avril 2015, les membres ont décidé de dresser un rapport de synthèse des réflexions menées dans le cadre du Groupe de réflexion.

Ont participé aux échanges lors des différentes séances :

- Monsieur François-Xavier TRAIN, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Président du Groupe de réflexion
- Monsieur Pierre FENG, Avocat, Secrétaire du Groupe de réflexion
- Monsieur Yves ACH, Commissaire aux comptes
- Madame Sophie AMBROSI, Avocat
- Monsieur Michel ARMAND-PRÉVOST, Arbitre, Médiateur, Conciliateur
- Madame Geneviève AUGENDRE, Avocat, Président de l'AFA
- Monsieur Michel BERGER, Expert, Tiers indépendant
- Monsieur Christian de BAECQUE, Président honoraire du Tribunal de Commerce de Paris
- Madame Claire DEBOURG, Maître de conférences à l'Université Paris X Nanterre La Défense
- Monsieur Christophe DUGUÉ, Avocat
- Madame Eloïse GLÜCKSMANN, Doctorante
- Madame Léonor JANDARD, Consultante
- Madame Ouqian LIU, Doctorante
- Monsieur Noël MÉLIN, Arbitre, Médiateur, Secrétaire Général de l'AFA
- Madame Nathalie MEYER-FABRE, Avocat
- Monsieur Damien DEVOT, Avocat
- Monsieur Bertrand MOREAU, Avocat, Président du Comité d'arbitrage de l'AFA
- Monsieur Jacques PELLERIN, Avocat
- Madame Alice PEZARD, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, Avocat
- Monsieur Fred SCETBON-DIDI, Médiateur et Arbitre
- Madame Fabienne VAN DER VLEUGEL, Avocat au Barreau de Bruxelles

## Méthode de travail envisagée au vu de l'état des questions

La méthode de travail poursuivie par le Groupe de réflexion a été fonction d'un double constat.

D'une part, les décisions des centres d'arbitres étant de natures variées, en dresser une typologie est apparu être un préalable nécessaire avant d'envisager des solutions pratiques.

D'autre part, il a été souligné qu'en droit positif deux régimes extrêmes s'opposent entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*.

Si les parties se réfèrent à un règlement d'arbitrage, celui-ci aura une nature contractuelle et les décisions rendues par le centre d'arbitrage en cours de procédure ont, vis-à-vis des parties, une nature contractuelle, et sont en conséquence dépourvues de l'autorité de la chose jugée. Etant « *administratives* » et non juridictionnelles, ces décisions ne peuvent donc faire l'objet d'un recours devant les juridictions étatiques.

A l'inverse, dans l'hypothèse d'un arbitrage *ad hoc*, les décisions du juge d'appui rendues par exemple à l'occasion de la récusation d'un arbitre, sont, elles, définitives et revêtues d'une force contraignante. Ces décisions sont irrévocables, sauf à prouver un excès de pouvoir du juge d'appui.

En raison de cette dissymétrie, le Groupe de réflexion s'est interrogé sur l'éventualité et la faisabilité d'une solution médiane qui ne pénaliserait pas l'institution.

En effet, il est souvent difficile pour les centres d'arbitrage de s'adapter en trouvant une solution contractuellement contraignante vis-à-vis des parties. Un « malaise » existe donc car il est inconfortable pour un centre d'arbitrage de continuer une instance arbitrale qui pourrait être remise en cause a posteriori engendrant une perte de temps et de moyens financiers.

### ***Typologie des décisions du Comité d'arbitrage***

En raison de l'hétérogénéité des décisions des centres d'arbitrage, les membres du Groupes de réflexion ont procédé à leur hiérarchisation selon que celles-ci peuvent, potentiellement, avoir ou non une incidence sur la validité de la sentence et/ou engager la responsabilité civile du centre d'arbitrage.

La responsabilité du centre d'arbitrage doit être distinguée de la remise en cause de la validité de la sentence arbitrale dans la mesure où la première ne conditionne pas nécessairement la seconde.

Les membres du Groupe de réflexion se sont donc accordés sur le classement suivant :

**Les décisions « bénignes », c'est-à-dire** sans incidence sur la sentence et/ou la responsabilité civile du centre d'arbitrage :

La fixation du siège de l'arbitrage en l'absence d'accord des parties car, de fait, aucun contrôle n'est opéré de ce chef.

La relecture de la sentence par le centre d'arbitrage, quand le règlement le prévoit, car celui-ci ne saurait se voir attribuer des obligations plus étendues que celles des arbitres eux-mêmes.

La désignation du nombre d'arbitre par l'institution quand les parties ne l'ont pas prévu car celles-ci, en se référant à un règlement d'arbitrage acceptent contractuellement que l'institution puisse désigner le nombre d'arbitres.

o La désignation d'un arbitre d'urgence par le centre d'arbitrage car l'arbitre d'urgence demeure libre de déterminer sa propre compétence, le centre ne procède donc pas à une analyse juridictionnelle du différend.

### **Les décisions ne pouvant entraîner, le cas échéant, que la responsabilité civile du centre d'arbitrage :**

La prorogation des délais d'arbitrage présente davantage de problèmes en arbitrage *ad hoc* qu'en arbitrage institutionnel pour lequel le délai est surveillé par le centre d'arbitrage. Il est cependant possible d'envisager l'hypothèse, théorique, d'un centre prorogeant indûment le délai d'arbitrage, ou oublieux du délai.

Le contrôle *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage désignant le centre. Si le centre est valablement désigné et qu'il refuse d'administrer l'arbitrage alors il pourrait engager sa responsabilité contractuelle au titre du contrat d'organisation de l'arbitrage.

o De même, si l'institution ou le règlement d'arbitrage ne sont pas correctement désignés, ou si une partie entend faire régir la procédure arbitrale par une version du règlement qui n'est plus en vigueur, alors le centre pourra refuser d'administrer l'arbitrage. En cas de contestation, le juge d'appui pourra alors être saisi et l'arbitrage se muera alors éventuellement en arbitrage *ad hoc*.

### **Les décisions majeures pouvant avoir un effet sur la sentence arbitrale et sur la responsabilité civile du centre d'arbitrage :**

La nomination, le remplacement, la récusation des arbitres

o L'avance des frais d'arbitrage en cas d'impécuniosité d'une partie.

Les membres du Groupe de réflexion ont alors décidé de concentrer leur attention sur les décisions du centre pouvant avoir un effet sur la sentence arbitrale, à savoir celles relatives au tribunal arbitral (1) et à l'avance des frais d'arbitrage par une partie impécunieuse, tel qu'exposé dans la jurisprudence « *Pirelli* » (2), seules susceptibles d'engendrer une sanction rédhibitoire à l'encontre de la sentence arbitrale.

## **1. Les décisions du Comité d'arbitrage relatives au tribunal arbitral**

### ***La désignation ou la confirmation d'un arbitre défaillant, en connaissance de cause, par le centre d'arbitrage***

Lorsque le centre d'arbitrage est amené à constituer le tribunal arbitral, il ne saurait procéder à la désignation d'un arbitre non-indépendant, sous peine de voir la sentence ultérieurement rendue annulée et sa responsabilité contractuelle engagée.

Cependant, le centre d'arbitrage ne saurait avoir une obligation de résultat à cet égard et procéder, à la place des parties, à des recherches sur l'indépendance des arbitres qu'il entend désigner. De plus, le devoir d'indépendance et d'impartialité repose sur l'arbitre et non sur le centre d'arbitrage.

Il ne pourrait être reproché au centre d'arbitrage d'avoir procédé à la désignation d'un arbitre qui, lors de l'instance arbitrale, se révèle non indépendant en raison d'une circonstance inconnue du centre qui l'a désigné.

Les membres du Groupe de réflexion ont considéré qu'il revenait également au centre d'arbitrage d'informer les parties lorsqu'un arbitre pressenti est notoirement indisponible.

Cependant, cette notion doit s'apprécier au vu des éléments à la disposition du centre d'arbitrage, qui ne saurait être débiteur d'une obligation de conseil vis-à-vis des parties. Le centre d'arbitrage ne saurait donc être contraint, à la place des parties, de procéder à des recherches sur la disponibilité de l'arbitre.

La difficulté tient ici au standard d'appréciation de la disponibilité de l'arbitre. En effet, le nombre d'affaires n'est pas un critère objectivement satisfaisant dans la mesure où un arbitre peut être désigné dans le cadre d'arbitrages *ad hoc* ou devant d'autres institutions d'arbitrage.

L'institution ne pourra que se limiter à analyser la correspondance entre les informations dont elle dispose en interne et celles déclarées par l'arbitre lors de sa déclaration d'indépendance et d'impartialité.

### ***Le refus de remplacement d'un arbitre par le centre d'arbitrage***

Si le centre d'arbitrage refuse de procéder au remplacement d'un arbitre sans motif légitime, sollicité par une ou les partie(s) au motif que la procédure d'arbitrage arrive à son terme, alors ce dernier engagera sa responsabilité contractuelle en sus de l'annulation éventuelle de la sentence arbitrale pour défaillance dans le délibéré.

La difficulté réside dans le fait que le centre d'arbitrage ne verra sa responsabilité civile engagée qu'au moment du recours post-arbitral à l'encontre de la sentence.

### ***Le refus du centre d'arbitrage de récuser un arbitre***

L'hypothèse du refus de récusation d'un arbitre par le centre d'arbitrage présente deux aspects.

Le premier, simple, est le cas dans lequel le centre d'arbitrage, valablement saisi d'une demande de récusation d'un arbitre par une des parties, refuse d'instruire cette demande. Dans cette hypothèse, le centre d'arbitrage engagerait sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de la partie lésée, et mettrait en jeu la validité de la sentence arbitrale à intervenir si celle-ci fait l'objet d'un recours en annulation.

Cette première hypothèse est comparable à celle du refus de remplacement d'un arbitre, exposée ci-dessus, car le centre d'arbitrage refuse d'exécuter ses obligations issues du contrat d'organisation de l'arbitrage.

Le second, plus complexe, est le cas dans lequel le centre d'arbitrage, saisi d'une demande de récusation d'un arbitre, l'instruit, et, sans communiquer les motifs de sa décision aux parties, refuse de récuser l'arbitre.

Dans cette seconde hypothèse, si la sentence rendue venait à être annulée pour absence d'indépendance et/ou d'impartialité de l'arbitre en question, il serait possible pour un plaideur de tenter de rechercher la responsabilité civile du centre d'arbitrage qui aurait refusé de procéder à la récusation de l'arbitre.

Ce risque de recours à l'encontre du centre d'arbitrage est d'autant plus important que la motivation de la décision refusant la récusation, lorsqu'elle existe, n'est pas communiquée aux parties.

Une solution envisageable, qui pourrait, possiblement, réduire le nombre de recours post-arbitraux, serait de communiquer aux parties la motivation des décisions du centre d'arbitrage refusant de récuser un arbitre afin qu'elles connaissent la position de ce dernier et lui présentent éventuellement des observations.

En tout état de cause, il est possible d'envisager qu'un centre d'arbitrage, saisi d'une demande de récusation d'un arbitre et refusant d'y faire droit alors qu'au vu des éléments rapportés, l'arbitre contesté était manifestement non-indépendant et/ou partial, engagerait sa responsabilité.

La communication de la motivation de la décision de non-récusation permettrait ainsi de déterminer si le centre, dans l'analyse des éléments qui lui ont été soumis, a été diligent ou a, à l'inverse, commis une violation de ses obligations contractuelles.

## **2. *Les décisions relatives à l'avance des frais d'arbitrage par une partie impécunieuse : le cas « *Pirelli* »***

Bien qu'il soit de règle courant qu'une partie règle sa provision pour frais d'arbitrage, ce mécanisme a pu poser problème dans le cadre de l'affaire *Pirelli* où l'une des parties n'était pas en mesure de verser cette provision.

Dans cette affaire, la CCI avait émis une décision refusant l'administration de la demande reconventionnelle du défendeur faute pour lui d'avoir versé la part de la provision correspondant à cette demande reconventionnelle, lui incombant.

Deux solutions étaient possibles : soit le tribunal arbitral suivait la décision du centre d'arbitrage, soit celui-ci, à l'encontre de cette décision, examinait la demande reconventionnelle non provisionnée.

La décision du centre d'arbitrage (ici la CCI) 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* ».

Une solution pratique et souhaitable, afin d'éviter la censure de la Cour d'appel, serait de soumettre au tribunal arbitral le soin d'examiner, avant-dire droit, ou *in limine litis*, si une partie est, ou non, impécunieuse et si ses demandes sont, ou non, indissociables des demandes principales pour dispenser un plaideur du paiement des frais d'arbitrage.

Cependant, l'appréciation de l'impécuniosité d'une partie par le tribunal arbitral peut s'avérer difficile dans la mesure où cette notion n'est pas définie et peut s'apprécier tant 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 (un administrateur d'une société en redressement décidant d'affecter l'actif disponible à d'autres postes).

Le Professeur François-Xavier Train est d'avis que la notion d'impécuniosité doit s'apprécier objectivement, et qu'elle se distingue de celle de cessation des paiements.

**En tout état de cause, un centre d'arbitrage n'ayant pas de fonction juridictionnelle, il ne peut avoir compétence pour déterminer si des demandes sont, ou non, indissociables, sous peine de compromettre la validité de la sentence à intervenir. Cette fonction revient au seul tribunal arbitral.**

### **Une solution médiane, la communication de la motivation des décisions du centre d'arbitrage aux parties**

En dehors du cas relatif à l'impécuniosité d'une partie devant être tranché par le tribunal arbitral lui-même et non le centre d'arbitrage, les membres du Groupe de réflexion sont arrivés à la conclusion que la communication de la motivation des décisions du centre d'arbitrage aux parties pouvait être la voie la plus propice à limiter les recours post-arbitraux.

En effet, ce changement de pratique des centres d'arbitrage présente le double avantage d'être d'une part plus facile à opérer qu'une modification législative consacrant le caractère définitif des décisions du centre d'arbitrage - *qui se verrait alors conférer, par la loi, une*

*mission juridictionnelle* - et d'autre part de ne pas fragiliser la position du centre vis-à-vis des parties.

Egalement, la contractualisation de l'intervention du juge d'appui s'avère non souhaitable dans la mesure où elle revient, *de facto*, à dénuer d'effet le règlement d'arbitrage.

L'analyse comparative en termes d'avantages/inconvénients montre que cette position constitue une voie médiane et facilement envisageable. Un tel changement de pratique passerait, nécessairement, par une modification du règlement d'arbitrage.

Concernant les inconvénients, on peut craindre que la communication de la motivation des décisions du centre d'arbitrage relative à la constitution du tribunal arbitral ne fragilise la position de ce dernier vis-à-vis des parties qui seraient alors tentées de conduire des recours à l'encontre de ces décisions devant le juge d'appui.

Dans cette hypothèse, des recours multiples, systématiques, voire dilatoires, de certaines parties qui seraient insatisfaites de la motivation des décisions du centre d'arbitrage auraient pour conséquence d'allonger les délais de procédure de manière substantielle.

Cette crainte doit cependant être relativisée. Une partie qui désirerait saisir le juge d'appui devrait démontrer en quoi le centre d'arbitrage, en motivant sa décision, s'est mis en situation de « défaillance » justifiant l'intervention subsidiaire du juge d'appui. Or, au vu de la jurisprudence, il semble peu probable que le Juge d'appui considère qu'une motivation puisse constituer une défaillance justifiant son intervention.

Par ailleurs, la communication de la motivation permet d'envisager l'hypothèse inverse dans laquelle une partie qui, ne sachant pas la motivation de la décision du centre, envisageait un recours post-arbitral s'en trouve découragée ou y renonce au vu des arguments avancés par le centre d'arbitrage.

La motivation permettrait ainsi aux parties de mieux accepter les décisions du centre, même si elles ne donnent pas droit à leur demande et soulignerait la transparence de ce dernier tout en confortant sa crédibilité vis-à-vis des parties.

De plus, la communication de la motivation de ses décisions par un centre d'arbitrage ne constituerait pas une modification radicale de la pratique de certains centres d'arbitrage, dont l'A.F.A., qui motivent déjà leurs décisions malgré l'absence de communication aux parties.

De manière concrète, ce changement de pratique nécessite une modification du règlement d'arbitrage des centres afin que les parties, à réception des décisions motivées, soient invitées à mentionner, le cas échéant, leurs réserves éventuelles.

Cette manifestation expresse de volonté permettrait ainsi à la partie qui n'adhère pas à la motivation du centre d'arbitrage de conserver ses droits pour tout recours ultérieur qu'elle jugerait utile. Ainsi, l'instance arbitrale pourra continuer de suivre son cours et ne se retrouvera pas paralysée par un éventuel recours devant le juge d'appui.

A défaut de manifestation de volonté dans le délai imparti par le règlement, une partie pourra être considérée comme ayant renoncé à se prévaloir d'une irrégularité durant l'instance arbitrale. Par conséquent, les recours post-arbitraux en seront diminués.

Il reviendra alors au règlement d'arbitrage de l'institution concernée de définir les modalités et les délais pour transmettre au centre les éventuelles contestations des parties à l'encontre des décisions du centre et les conséquences du silence d'une partie.

Néanmoins, le mécanisme envisagé doit bénéficier d'une certaine souplesse, notamment au regard des faits nouveaux qui apparaîtraient au cours de l'instance arbitrale. Cette souplesse bénéficierait tant aux parties, qui pourraient formuler de nouvelles demandes devant le centre, qu'au centre lui-même qui pourra faire évoluer sa décision, si nécessaire, au vu des nouveaux éléments à sa disposition dans un souci de cohérence.

Cela pourrait s'avérer particulièrement utile dans le cadre de demandes de récusations « en chaîne » d'une partie à l'encontre d'un arbitre, lorsque des faits nouveaux surviennent lors de l'instance arbitrale.

A l'issue des réflexions conduites dans le cadre du Groupe de réflexion, les membres proposent donc de modifier l'article 5- §8 du règlement de l'A.F.A. comme suit :

#### ***Article 5- §8***

*Les décisions du Comité d'arbitrage relatives à la composition du Tribunal arbitral sont définitives.*

*Les motifs de ses décisions sont communiqués aux parties.*

*Les parties disposent d'un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision du Comité d'arbitrage pour lui faire savoir si elles maintiennent leurs objections.*

*En cas de silence d'une partie, à l'expiration du délai de 30 jours indiqué à l'alinéa précédent, celle-ci sera réputée avoir levé ses objections et accepté la décision du Comité d'arbitrage, sous réserve de l'apparition d'éléments nouveaux.*

*Il en va de même des décisions intervenues en matière de récusation et de remplacement prévues par l'article 6 ci-après.*