

## L'Arbitrage et la partie impécunieuse. ( Cass.1<sup>ère</sup> Civ. 28 mars 2013 n° 11-27770)

L'arrêt PIRELLI rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 novembre 2011 ( Rev Arb.2012.387 et l'article de F.X. TRAIN Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international) a suscité des interrogations principalement de la part des institutions d'arbitrage dont la pratique en matière de provision pour les frais et honoraires se trouvait mise en cause dans un cas d'espèce qui constitue une exception, mais qui permet une réflexion utile sur l'aspect financier de l'arbitrage.

La Cour d'appel en effet, se fondant sur l'atteinte au droit d'accès à la justice et sur le principe d'égalité des parties, avait annulé une sentence arbitrale rendue par application du Règlement de la CCI en ce que, conformément à l'article 30-4 de ce règlement, et après avoir fixé des provisions distinctes pour les demandes principales et reconventionnelles, la Cour internationale d'Arbitrage de la CCI avait déclaré retirées les demandes reconventionnelles de la partie défenderesse, faute pour celle-ci d'avoir versé dans le délai imparti la provision correspondant à ses demandes.

Le Règlement précise que ce « retrait » ne prive pas la partie concernée du droit de réintroduire ultérieurement la même demande dans une autre procédure (d'arbitrage).

En l'espèce la société défenderesse avait été déclarée en liquidation judiciaire et avait invoqué le fait qu'elle ne pouvait faire face à l'avance des frais sollicitée d'elle. La Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, faute de paiement, et informée de l'impécuniosité de la partie, avait néanmoins prononcé le retrait de ses demandes reconventionnelles.

Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt invoquait en premier lieu, relativement à l'accès à la justice, sur le fondement de l'article 1184 du code civil que le règlement d'arbitrage constituait « la charte de l'arbitrage à la fois entre les parties et entre elles et le centre d'arbitrage ».

Il faisait valoir ensuite qu'aucun texte ou principe ne garantit l'accès à la justice arbitrale, « et encore moins à une justice arbitrale gratuite », les parties ayant librement accepté de se soumettre au Règlement de la CCI, notamment pour ses clauses financières.

Enfin le premier moyen faisait valoir que l'ordre public international de procédure n'exige pas que les demandes reconventionnelles soient examinées au cours de la même instance.

Par le second moyen relatif à l'égalité des parties, le pourvoi exposait que les demandes reconventionnelles constituaient en fait des défenses à la demande principale, défenses que le tribunal arbitral avait examinées en tant que telles, et que la Cour d'appel n'avait pas fait cette recherche.

La Cour de cassation a apporté une réponse pragmatique à la question posée (déjà depuis quelques années en doctrine citée dans l'article de F.X.TRAIN ) en s'attachant à la nature de la demande reconventionnelle. Elle déclare en effet qu'il n'y aurait atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties que si les demandes reconventionnelles sont « indissociables » des demandes principales.

On remarquera d'abord qu'il n'est fait aucune distinction entre l'accès à la justice arbitrale et l'accès à la justice judiciaire ce que l'on ne peut qu'approuver, puisque l'arbitre est un juge.

Mais si la difficulté semble ainsi réglée en refusant de donner effet à la convention des parties dans la stricte mesure de son incompatibilité à l'ordre public, les problèmes pratiques ne sont pas pour autant résolus.

On peut se demander en effet à qui il appartient de se prononcer sur l'indissociabilité des demandes. La réponse de bon sens est qu'il ne peut appartenir qu'au tribunal arbitral de le faire, puisqu'il est seul à même par sa connaissance du dossier d'apprécier la nature de ces demandes, en sorte que le centre d'arbitrage dont l'application du règlement est en cause devra s'en remettre aux arbitres sur ce point qui concerne l'étendue de leur compétence, pour ensuite appliquer, s'il y a lieu, la sanction du retrait.

Le contrôle de la contrariété à l'ordre public (accès à la justice, égalité des parties) s'effectuera dès lors dans le cadre normal de ce contrôle sur une sentence qui résultera de la décision des arbitres auxquels les parties ont confié la solution de leur litige, ce qui paraît bien préférable à une décision prise par les organes administratifs du centre.

On peut prévoir que cette appréciation par le tribunal arbitral sera le résultat d'une analyse extrêmement prudente à raison de la sanction qui y est attachée.

L'AFA a tiré les conséquences de cette jurisprudence en modifiant l'article 7-§3 de son règlement qui prévoit désormais que la décision prise par le comité d'arbitrage de considérer la demande comme abandonnée n'était plus obligatoire, mais laissée à son appréciation, en fonction bien évidemment de celle du tribunal arbitral sur l'indissociabilité.

En matière d'arbitrage ad hoc on peut penser que les arbitres, qui doivent poursuivre leur mission jusqu'à son terme (art.1457 cpc ), et le faire avec célérité ( art.1464 cpc ), n'auront le choix que de statuer sur l'ensemble des demandes qui leur sont présentées dans le cadre de la clause compromissoire, sans pouvoir s'abstenir de statuer tant qu'ils ne sont pas honorés de l'intégralité de la provision complémentaire qu'ils solliciteraient, sans l'accord des parties, à l'occasion d'une demande reconventionnelle formée par une partie impécunieuse.

Reste néanmoins entier le problème posé par l'impécuniosité de la partie demanderesse dont il est prévisible qu'il donnera lieu à des débats infiniment plus complexes.

B.Moreau  
Avocat au Barreau de Paris  
Président du Comité d'Arbitrage de l'AFA