

**ACTIVITÉS DU COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE
COMPTE-RENDU DE L'ATELIER DE PRATIQUE ARBITRALE
DU COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE**

Paris, 26 octobre 2010

« LES ÉVÉNEMENTS DE L'INSTANCE ARBITRALE »

par

Laura WEILLER

*Maître de conférences HDR à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III),
Centre Pierre Kayser – Co-rapporteur du groupe de travail
Arbitrage interne du CFA*

et

Romain DUPEYRÉ

*Avocat aux barreaux de Paris et New York, SCP Bouckaert Ormen
Passemard Sportes – Co-rapporteur du groupe de travail
Arbitrage interne du CFA*

Le groupe de travail « Arbitrage interne », mis en place au mois de décembre 2009 et dont l'objet est de promouvoir le recours à l'arbitrage dans les litiges internes, semble, avec ses Ateliers de pratique arbitrale, prendre son rythme de croisière et trouver sa place dans le calendrier, pourtant chargé, des manifestations dévouées à l'arbitrage. Après une première session consacrée à l'acte de mission (v. le compte rendu in *Rev. arb.*, 2010.411), la deuxième session de l'Atelier s'est tenue le 26 octobre 2010 dans les locaux de la Maison du Barreau et avait pour thème « *Les événements de l'instance arbitrale* ».

Loin d'être une conférence magistrale, l'Atelier se présente sous la forme d'un forum d'échanges informels dans lequel la parole est libre. Les participants étaient par conséquent invités à partager leurs expériences concernant deux thèmes principaux : les demandes particulières des parties (mesures provisoires et conservatoires, remplacement de l'arbitre), et la gestion du temps de l'instance (le délai de l'arbitrage et le calendrier de l'instance arbitrale).

Dans le cadre d'une présentation introductive, le co-responsable du groupe, Henri-Jacques Nougéin, a pris le soin de rappeler que l'arbitrage international, s'il n'était pas le seul invité à cette manifestation comme il en a l'habitude, avait tout de même droit de cité et qu'il n'était pas exclu d'y faire référence lors des discussions, ce qui fut largement le cas. Il a par ailleurs dégagé les deux fils conducteurs de cet après-midi de travail : d'un côté le triumvirat président à l'étude de ce sujet (parties-arbitre-juge), de l'autre le caractère nécessairement éphémère de l'arbitrage, qui justifie que soit préservée la possibilité de saisir le juge d'appui avant, après et parfois pendant l'arbitrage. Ce caractère temporaire de l'arbitrage est en effet un

trait saillant de la matière qui la distingue nettement de l'institution judiciaire laquelle se caractérise, elle, par sa permanence.

Monsieur le Président Jean-Pierre Ancel a exposé sa perception du rôle du juge d'appui dans le cadre des demandes spécifiques des parties et a présenté la jurisprudence qu'il a largement contribué à façonner dans ce domaine. Il a expliqué que cette jurisprudence répondait à un état d'esprit particulier, voire une philosophie, qui consistait à préserver la mission de l'arbitre et à ne permettre l'intervention du juge étatique que pour préserver l'effectivité de la mission de l'arbitre. L'arbitre a ainsi été qualifié de « super juge » qui, en dépit du caractère épisodique de sa mission, dispose de larges prérogatives qu'il convient de respecter. Il faut donc, selon le Haut magistrat, assurer la cohabitation paisible de ces deux juges, l'un permanent, l'autre temporaire. Par conséquent, quand bien même l'arbitrage idéal serait un arbitrage sans juge, le rôle de la jurisprudence a été depuis plusieurs dizaines d'années d'organiser la coexistence équilibrée des deux institutions. Le juge « juge » n'est donc pas « en embuscade » mais vient à l'appui de l'arbitrage. Il a un devoir d'assistance et de coopération à l'arbitrage. L'idée a été exprimée que les magistrats devaient être spécifiquement formés à cette mission délicate qui les contraint à abandonner une partie des prérogatives qui sont habituellement les leurs. Il convient donc de leur enseigner à favoriser un autre juge, le juge arbitre.

Le Président Ancel a rappelé que le juge intervient dans le cadre de l'arbitrage dans deux séries d'hypothèses : en tant que juge d'appui (en matière de mesures provisoires et conservatoires, de nomination des arbitres et de prorogation du délai d'arbitrage), et en tant que juge du recours. Les attributions du juge judiciaire dans le cadre de l'arbitrage pourraient donc être classées en trois catégories : le « juge suppléant » pour les mesures provisoires, le « juge d'appui » pour les désignations et prolongations de délais et le « juge du contrôle » pour les voies de recours.

Son intervention en tant que juge d'appui est ponctuelle. Il n'intervient jamais pour se prononcer sur le fond, l'arbitre étant seul juge dans cette matière. L'intervention du juge étatique est cependant utile, voire nécessaire, dans la mesure où l'arbitre ne dispose pas de l'autorité nécessaire pour faire appliquer ses propres décisions. Le Président Ancel a souligné que la jurisprudence reconnaît de longue date que le juge est en droit d'intervenir, quand bien même cette intervention est dans certains cas soumise à l'urgence. Le juge n'est pas un tuteur et doit être conscient des limites de sa mission pour ne pas empiéter sur celle de l'arbitre. Il conclut son intervention en se réjouissant que le projet de décret sur la réforme du droit de l'arbitrage consacre la notion de juge d'appui, qui est sans doute l'apport le plus récent de la jurisprudence française au vocabulaire de l'arbitrage.

Les débats ont ensuite rapidement porté sur le **référé-provision** et ses rapports parfois tempétueux avec l'arbitrage et le respect de la mission de l'arbitre. Que reste-t-il en effet à juger quand une provision, qui peut représenter l'intégralité du montant du litige, a été accordée par le juge

des référés ? La saisine du juge des référés provision ne court-circuite-t-elle pas l'arbitre ? A cette question délicate (sur laquelle, v. Cass. com., 29 juin 1999, *Rev. arb.*, 1999.817 note A. Hory), les participants ont apporté des réponses nuancées. Certains ont exprimé l'avis que le référé-provision devait s'analyser en un renversement de l'initiative du contentieux. Tout comme la clause résolutoire, il contraint le débiteur de la provision à saisir les arbitres afin de voir décider que la provision accordée n'était pas justifiée. D'autres ont souligné que ce type de demandes pouvait aboutir à un certain nombre de manœuvres de la part de parties soucieuses d'éviter le recours à l'arbitrage. D'autres encore ont fait valoir que ce type de procédures présente un intérêt pratique majeur. Elles ont un coût très limité comparé aux coûts de l'arbitrage, permettent d'obtenir rapidement une décision de principe sur le litige tout en contraignant les belligérants à prendre rapidement position sur les questions en litige. Le succès d'une telle procédure permet en outre de donner une « coloration » favorable au dossier, alors que, d'un autre côté, l'échec d'une telle démarche n'entame en rien le fond du dossier dans la mesure où la décision du juge des référés ne s'impose pas aux arbitres.

La question s'est posée de savoir s'il était possible de **demandeur une provision aux arbitres eux-mêmes**. Il a été souligné à cet égard que, dans le domaine du référé-provision judiciaire, la Cour de cassation a eu à juger que, toute personne ayant droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation. Pour la Cour de cassation, le juge étatique des référés ne pouvait siéger dans la formation saisie au fond, dans la mesure où le risque de préjugé était alors trop grand et qu'il est porté atteinte au droit à un procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, *Guillotet c. Sté Castel et Fromaget* (2^e esp.) et *Sté Bord Na Mona c. SA Norsk Hydro azote* (1^{re} esp.), *D.*, 1999, *jurispr. p. 1, concl. J.-F. Burgelin* ; *JCP G*, 1998 II 10198, *rapp. P. Sargos* ; *D.*, 1999, *chron.*, p. 53, *M.-A. Frison-Roche*). La Convention ne s'applique pas en tant que telle à l'arbitrage. Il a toutefois été décidé que le droit à un procès équitable ressortissait à l'ordre public international (Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-03.248 et 01-15.452). La violation de ce droit pourrait donc justifier une annulation de la sentence arbitrale. Il n'y a donc qu'un pas à franchir pour en déduire que l'arbitre n'est pas habilité à statuer sur une demande de provision, sauf à compromettre son droit de statuer sur le fond du litige, dans la mesure où il pourrait être dans ce cas argumenté que l'arbitre, sujet à préjugé, a porté atteinte au droit au procès équitable des parties. Un auditeur présent a cependant nuancé le risque de préjugé de l'arbitre, en rappelant que la demande de provision était accordée sur le fondement d'un examen succinct du dossier, qui ne préjugait en rien de la décision qui serait prise à la suite d'un examen détaillé de celui-ci. La décision prise

par l'arbitre *prima facie* ne serait donc pas de nature à lier l'arbitre sur la décision à prendre à la suite de l'instruction exhaustive du dossier. Il a été également remarqué que la possibilité de demander aux arbitres la provision était susceptible de dissuader les demandes abusives, dans la mesure où l'arbitre pourra sanctionner les manœuvres déloyales effectuées lors de la soumission d'une mesure provisoire dans la suite de l'arbitrage s'il estime avoir été abusé dans le cadre d'un examen préalable de l'affaire. Le risque de préjugé de l'arbitre ne doit donc pas être exagéré. La transposition de la décision de la Cour de cassation dans le cadre de l'arbitrage a donc été accueillie avec un certain scepticisme, d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position plus nuancée que la Cour de cassation à cet égard. Cette dernière a, semble-t-il, adopté une interprétation particulièrement rigoureuse concernant les exigences du procès équitable. Reste la possibilité selon certains de poursuivre la procédure avec un tribunal scindé ou recomposé, excluant les arbitres ayant statué sur la demande de provision.

Les participants se sont ensuite interrogés sur le point de savoir s'il était possible pour les parties d'**exclure le recours au juge d'appui**. Cette question fut jugée par le passé dans un contexte particulier dans l'affaire CIRDI Atlantic Triton, dans laquelle la Cour de cassation a jugé que le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires, qui n'est pas écarté par la convention de Washington du 18 mars 1965, ne pouvait l'être que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation (Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1986, *Atlantic Triton Cie Ltd c. République de Guinée*, Bull. civ., I, n° 269 ; *Rev. arb.*, 1987.315, note G. Flécheux). Le droit belge permet également aux parties de renoncer au recours au juge d'appui, même si cette solution a été critiquée, notamment en ce qu'elle prive les parties de la possibilité de sauvegarder leurs droits (G. Keutgen, G.-A. Dal, *L'arbitrage en droit belge*, Bruylant 2006 Tome I, p. 346). Il a également été indiqué que les travaux de l'*International Bar Association* dédiés à la rédaction de la clause compromissoire abordaient également cette question. L'opinion majoritairement exprimée fut cependant que la validité d'une telle renonciation était contestable.

L'opportunité de laisser aux parties la possibilité de demander aux arbitres des **mesures ex parte** est sujette à débats. En pratique, il s'avère que certains arbitres sont « poreux » et informent la partie visée des demandes présentées par son adversaire. Des dispositions particulières autorisant de telles mesures sont cependant admises dans certains droits, comme le droit suisse et le droit néerlandais, mais aussi l'article 17 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle qu'amendée en 2006 après de vifs débats sur ce point (G. Bolard, « Les mesures provisoires unilatérales ou "ordonnances préliminaires" dans le projet de la CNUDCI », in J.-M. Jacquet, E. Jolivet [dir.], *Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage commercial international, Evolutions et innovations*, Litec, 2007, p. 105 et s.).

Certains praticiens exprimèrent par ailleurs le souhait qu'en matière d'arbitrage, comme dans d'autres matières éminemment techniques et répondant à des impératifs qui leur sont propres, les missions du juge d'appui soient confiées à des **formations spécialisées au sein d'un nombre limité de juridictions**. Une telle idée, qui existe déjà dans certaines matières telles que le droit de la concurrence ou le droit de la propriété intellectuelle, semble avoir été envisagée par les rédacteurs du nouveau décret, sans que la décision ait été suivie d'effets à ce jour. Elle créait cependant des difficultés de gestion des juridictions dans la mesure où elles sont à l'origine d'une hiérarchisation des rôles.

Le nouveau décret prévoit par ailleurs que le juge d'appui pourra, pendant l'arbitrage, **ordonner la production de pièces par des tiers**. Cette nouveauté, introduite à la demande du Comité français de l'arbitrage, est riche de perspectives et permettra au juge de contraindre les tiers récalcitrants à contribuer à l'établissement des faits dans la procédure arbitrale. Elle sera par conséquent d'un intérêt pratique évident. Elle n'est cependant pas sans risque sur le plan juridique. Un des panelistes a ainsi fait observer que les décisions du juge judiciaire qui seraient prises à cet égard auraient autorité de chose jugée. Les motivations qu'elles comporteront nécessairement, notamment au regard des faits pour lesquels la participation de tiers est demandée, auront donc vocation à s'imposer aux arbitres dans le cadre de l'instruction de l'affaire. Il est donc à espérer qu'il sera fait application de cet article avec précaution et qu'il ne sera pas détourné de sa vocation première qui est d'assister le tribunal arbitral.

L'arbitre peut-il ordonner la **main-levée d'une saisie** ? Voilà une question délicate à laquelle les participants se sont attachés à trouver une réponse satisfaisante. Cette décision implique en effet de donner instruction à un tiers de se conformer à la décision des arbitres. L'article 8 de la loi du 9 juillet 1991 réserve au juge de l'exécution la connaissance des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Le **remplacement de l'arbitre** est sans nul doute un événement délicat de l'instance arbitrale. Ce remplacement peut résulter de différents événements, qu'il s'agisse de la récusation de l'arbitre, de son décès, de sa démission. M. Jacques Pellerin, co-responsable du groupe de travail, a ainsi rapporté une anecdote relative aux décès successifs de deux présidents dans le cadre d'un même arbitrage. En dehors de leur caractère évidemment douloureux, ces événements ont des conséquences juridiques non négligeables. C'est ainsi que le sort des honoraires versés à l'arbitre remplacé peut donner lieu à des réclamations de la part des parties les moins délicates.

Une question délicate en cas de remplacement d'un arbitre est celle de savoir s'il convient de **répéter l'ensemble des opérations d'arbitrage**.

Le critère utilisé pour répondre à cette question réside semble-t-il dans le moment auquel le remplacement intervient. Si celui-ci intervient après l'audience de plaidoirie, il semble difficile d'éviter de renouveler cet exercice. Le Code de procédure civile prévoit, quant à lui, que l'instance prend fin par le décès de l'un des arbitres. Il est donc vivement conseillé aux parties de prévoir cet événement et de consentir dans leur convention (clause compromissoire, compromis, acte de mission) à ce que le décès d'un arbitre ne réduise pas à néant le travail effectué dans le cadre d'un arbitrage. Le nouveau décret abordera d'ailleurs cette question en prévoyant que, sauf stipulation contraire de la convention d'arbitrage, l'instance arbitrale est suspendue en cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission ou de récusation de l'arbitrage. De tels événements ne mettront donc plus un terme à l'instance, mais en suspendront simplement le cours.

Concernant la **gestion du temps de l'instance**, la première question est celle de savoir quelle est la date de début de la procédure arbitrale. La problématique se pose dans deux séries d'hypothèses : tout d'abord dans le cadre de la saisine du juge des référés, qui ne peut avoir lieu que si le tribunal arbitral n'est pas constitué, mais aussi dans le cadre de la computation du délai d'arbitrage dans la mesure où ce délai ne commence à courir qu'à compter de la constitution du tribunal arbitral. La Cour de cassation a ainsi jugé que le délai commençait à courir au jour d'acceptation de sa mission par le dernier arbitre (Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 2006, *Société CSF c/ société Chays frères et autres*, Bull. civ. I, n° 197 p. 173 ; *Rev. arb.*, 2007.79, note J. El Ahdab). Dans l'arbitrage *ad hoc*, il est généralement reconnu que cette date coïncide avec la date de signature de l'acte de mission. A l'heure actuelle, le délai légal de six mois édicté à l'article 1456 du Code de procédure civile commence à courir à compter de la date à laquelle le dernier arbitre a accepté sa mission. Le projet de décret prévoit quant à lui que le délai commence à courir à compter de la « saisine » du tribunal arbitral. La notion de « saisine du tribunal arbitral » a fait l'objet d'un certain nombre de discussions dans la mesure où elle apparaît à certains imprécise et était jusqu'alors inconnu du vocabulaire arbitral. Il convient de souligner que l'article 1456 du projet de décret indique que : « le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée ; à cette date, il est réputé saisi du litige ». Cette disposition, si elle devait être maintenue dans le texte définitif, pourrait être sujette à discussion.

Cette notion peut être d'autant plus problématique que la saisine, comprise comme la remise du dossier au tribunal arbitral, ne coïncide pas toujours avec l'acceptation de leur mission par les arbitres. C'est ainsi que, dans l'arbitrage CCI, les arbitres doivent recevoir la confirmation de la Cour après avoir accepté leur mission et que le dossier ne leur soit transféré. La technique de l'acceptation sous condition de la mission arbitrale par l'arbitre permet par ailleurs de retarder le jour à partir duquel commence à courir le délai et semble devoir être généralisée.

Les questions relatives à la **prorogation de l'instance arbitrale** sont toujours multiples et ont donné lieu à des débats nourris. Il était ainsi rappelé que cette prorogation ne peut être laissée à la seule volonté des arbitres. Afin de faciliter le recours au juge d'appui, il est possible pour l'un des arbitres de saisir seul le juge. La prorogation peut cependant être tacite, dès lors qu'elle n'est pas équivoque. Le non-respect du délai d'arbitrage est sanctionné sévèrement, d'une part par l'annulation de la sentence, d'autre part par la responsabilité civile des arbitres. Il apparaît donc nécessaire pour ceux-ci de prévoir une assurance de responsabilité civile.

Le **sursis à statuer** est une méthode efficace de gestion de la procédure arbitrale. Le sursis ne faisait jusqu'à présent pas l'objet d'un régime spécifique en matière d'arbitrage. Le nouveau décret portant réforme du droit de l'arbitrage mettra un terme à cette lacune en prévoyant que le tribunal arbitral peut, s'il y a lieu, surseoir à statuer. Cette décision suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine. Le tribunal arbitral peut révoquer le sursis ou en abrégé le délai. Le décret met donc en place un régime particulièrement libéral concernant le sursis, laissant aux arbitres le soin d'en faire usage avec discernement. Lors de la révocation du sursis, les arbitres pourront, aux termes du nouveau décret, proroger le délai d'arbitrage de six mois. Cette prérogative est nouvelle et déroge à la règle actuelle selon laquelle les arbitres ne peuvent, eux-mêmes, prolonger la durée de l'instance arbitrale. Il a pour but de permettre aux arbitres de reprendre sereinement l'instruction de l'affaire une fois le sursis révoqué. Cela permettra par exemple aux arbitres d'étudier le rapport d'expertise déposé dans le cadre de la procédure si le sursis était justifié par la nécessité d'avoir recours à des experts.

La pratique de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI concernant la **prorogation du délai d'arbitrage** fut également abordée, certains estimant qu'il serait souhaitable que les parties soient entendues dans le cadre de l'exercice de cette prérogative. Un membre de la Cour présent lors des débats a cependant fait remarquer que la Cour avait modifié sa pratique à cet égard afin d'informer les parties des prorogations et de mieux les associer à la procédure. Les prorogations accordées par la Cour ne sont plus systématiquement de trois ou six mois mais peuvent être plus brèves, comme par le passé. Ces décisions s'accompagnent en outre d'un courrier au président du tribunal arbitral afin de l'inciter à agir promptement. Il appartient ensuite au tribunal arbitral d'informer les parties. La Cour assure donc un suivi du calendrier arbitral.

Concernant le **calendrier de l'instance arbitrale**, l'accent a été mis sur le fait qu'il ne s'agissait pas simplement d'un alignement de dates, mais qu'il s'agissait d'un outil efficace pour maîtriser le temps de l'arbitrage ; il devrait dès lors s'accommoder d'une certaine flexibilité. L'opportunité de prononcer la clôture de la procédure a fait l'objet d'interventions contrastées. Certains estiment que cette étape n'est pas une nécessité et

que l'arbitrage doit privilégier la ductilité de la procédure. L'arbitrage obéissant à une règle de souplesse, il apparaît important de ne pas judiciariser à l'excès la procédure arbitrale et d'éviter autant que possible d'échapper à l'examen du fond de l'affaire pour une question de procédure. D'autres étaient d'avis contraire et estimaient que la clôture permettait au tribunal de discipliner les parties.

Tels ont été les thèmes abordés au cours de cette rencontre. La prochaine session de l'Atelier de pratique arbitrale, prévue le 18 janvier 2011, abordera la délicate question de l'arbitrage et des procédures parallèles.