

## Information

### COMPTE RENDU DE L'ATELIER DE PRATIQUE ARBITRALE DU COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE (PARIS, 20 MAI 2010)

#### « L'ÉLABORATION DE L'ACTE DE MISSION : DE LA CONCEPTION À LA RÉDACTION »

par

**Laura WEILLER**

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

Le premier atelier de pratique arbitrale organisé par le groupe « Arbitrage interne » du Comité français de l'arbitrage s'est tenu le 20 mai 2010 à la Maison du Barreau de Paris, Salle Gaston Monnerville, avec pour thème « *L'élaboration de l'acte de mission : de la conception à la rédaction* ».

Philippe Leboulanger, Président du Comité français de l'arbitrage et Alexandre Hory, Secrétaire général, étant excusés, l'atelier a pris la forme d'un séminaire interactif composé d'une trentaine de participants et animé par Henri-Jacques Nougéin, Jacques Pellerin, Jérôme Ortscheidt et Charles Jarrosson, avec l'auteur de ce compte rendu pour rapporteur.

Après l'accueil des participants et la présentation du dossier documentaire par Henri-Jacques Nougéin, les échanges se sont rapidement noués à partir d'une hypothèse de départ *a priori* paradoxale compte tenu du thème de l'atelier.

• **Comment un arbitrage *ad hoc* peut-il se dérouler, concrètement, en l'absence d'acte de mission ?** Il peut en effet arriver qu'aucun acte de mission n'ait été élaboré, cette absence pouvant être soit volontaire ou délibérée, soit involontaire ou « accidentelle », en ce sens qu'il n'a pas été possible de recueillir la signature des intéressés.

Les premiers éléments de réponse ont logiquement été recherchés en contemplation de la fonction de l'acte de mission, qui est de fixer le cadre dans lequel l'arbitrage se déroulera et les modalités qui le régiront jusqu'au prononcé de la sentence. Caractéristique fondamentale

du Règlement d'arbitrage de la CCI visant à permettre aux arbitres et aux parties de fixer d'un commun accord les tâches du tribunal arbitral et les moyens procéduraux dont il disposera pour les accomplir (article 18 du Règlement CCI), cet instrument ne se retrouve que très rarement dans d'autres règlements d'institutions d'arbitrage et n'est pas imposé dans l'arbitrage *ad hoc*, ce qui suscite un certain nombre de difficultés pratiques.

Si la référence à la clause compromissoire et aux écritures des parties peut parfois suffire à déterminer le cadre global de la mission juridictionnelle du tribunal, il n'en est pas toujours ainsi, lorsque la clause est rédigée très largement sans précision sur le droit applicable ou les principes essentiels de procédure. Dans une telle situation, c'est la mise en œuvre de l'arbitrage lui-même qui peut se trouver retardée, voire entravée, puisque les modalités pratiques de son déroulement n'auront pas été concrètement envisagées.

Le recours à des sentences partielles a pu être suggéré pour remédier à ces difficultés pratiques d'organisation, mais il est rappelé que la qualification de sentence arbitrale répond à des critères jurisprudentiels précis, en sorte que le recours à la technique des ordonnances de procédure apparaît plus approprié.

Certains participants de l'atelier témoignent du fait que la pratique sait, le cas échéant, s'accommoder de l'absence d'acte de mission mais reconnaissent qu'un risque supplémentaire d'annulation de la sentence est par là même créé, dans la mesure où il devient beaucoup plus difficile de contrôler que la mission juridictionnelle assignée au tribunal arbitral, de même que les délais, ont bien été respectés.

La question du délai de l'arbitrage en général et de son point de départ en particulier est ensuite abordée à partir d'un arrêt du dossier documentaire en date du 30 mars 2004, dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que « *l'instance arbitrale est en cours à partir du moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission* » (*Rev. arb.*, 2005.977, note J. Pellerin). Dans le cas où les parties n'ont pas signé d'acte de mission, l'instance commence le jour où le président du tribunal — ou le dernier arbitre — donne son consentement. Cependant, l'acceptation du président et donc le point de départ du délai peuvent aussi être conditionnés à la signature d'un acte de mission, ce qui apparaît du reste comme une pratique à encourager. Il est en effet rappelé que l'arbitre est fondé à considérer qu'il ne peut valablement s'engager que s'il connaît l'étendue de sa mission et les conditions de son exercice.

En conclusion sur l'hypothèse d'une absence d'acte de mission, le recours aux ordonnances de procédure est donc préconisé pour remédier aux difficultés pratiques d'organisation de l'arbitrage. Pour éviter d'en arriver à une telle situation, l'établissement d'un acte de

mission reste assurément souhaitable, une bonne pratique consistant, pour l'arbitre, à conditionner son acceptation à l'établissement d'un tel acte, qu'il signera.

- L'examen des spécimens d'actes insérés dans le dossier documentaire donne ensuite aux participants l'occasion de s'interroger sur les **stipulations précises ayant vocation à figurer formellement dans l'acte de mission.**

Au sujet de l'acceptation par les arbitres de leurs fonctions, c'est la *clause par laquelle chacun des arbitres « déclare n'avoir jamais été désigné, ni comme arbitre, ni comme conseil de l'une ou l'autre des parties »* qui est tout d'abord relevée : le débat porte sur le point de savoir s'il est bien nécessaire, ou tout simplement opportun, que l'indépendance de l'arbitre fasse l'objet d'une mention dans l'acte de mission.

Si le fait d'avoir déjà été désigné par une partie n'est pas nécessairement rédhitoire, la question de l'indépendance de l'arbitre reste sensible et toujours susceptible de donner lieu à contentieux. Il a pu être suggéré d'insérer dans l'acte de mission une clause d'information des parties, lesquelles renoncent alors à tout recours fondé sur le manque d'indépendance de l'arbitre, sous réserve des informations qui ne leur auraient pas été délivrées.

Toutefois, dans la mesure où il n'est pas possible, *de lege lata*, de renoncer au recours en annulation, l'efficacité d'une telle stipulation ne saurait être assurée, et ce, même si la jurisprudence considère que ne pas se prévaloir de l'irrégularité (*lato sensu*) de la composition de la juridiction arbitrale emporte renonciation à invoquer un tel grief devant le juge du contrôle de la sentence.

Une réponse réservée similaire semble devoir être apportée à la question de la possibilité d'une délocalisation du recours par rapport au lieu de l'arbitrage, même si une décision de la Cour d'appel de Paris a pu l'admettre en matière internationale.

Concernant le thème du pouvoir des arbitres, la validité de la *clause par laquelle les parties déclarent renoncer par avance à toute action en responsabilité contre les arbitres* reste très fortement discutée.

Le thème de la *rémunération des arbitres* donne lieu à des appréciations nuancées. Si plusieurs participants estiment qu'il est préférable que le montant et les modalités de la rémunération des arbitres figurent expressément dans l'acte de mission, certains arbitres font montre de réticence dans un souci de discrétion, préférant qu'un document séparé soit dressé à cet effet. A cet égard, la référence à un taux horaire ou au barème d'une institution d'arbitrage dès la clause compromissaire paraît de nature à éviter un certain nombre de difficultés.

La clause prévoyant qu'« en cas de défaillance de l'une des parties dans le versement des honoraires qui lui incombent, le tribunal arbitral pourra demander à l'autre partie de verser le montant des honoraires » mérite quant à elle incontestablement de figurer dans l'acte de mission, tout comme celle indiquant qu'en cas de remplacement d'un arbitre empêché en cours d'instance, celle-ci n'est pas reprise depuis son origine mais en l'état de l'instance.

Par ailleurs, il peut être judicieux de prévoir expressément le sort des honoraires en cas d'accord transactionnel entre les parties en cours de procédure, que ce soit dans l'acte de mission ou dans un document séparé.

Le dernier élément de l'acte de mission proposé en spécimen qui a retenu l'attention des participants n'est autre que son intitulé, pour le moins ambigu : « *Acte de mission et Compromis d'arbitrage* ».

De fait, même si des raisons historiques peuvent expliquer cette ambiguïté, un même document ne saurait être à la fois un acte de mission et un compromis, alors qu'il est fait référence à une clause compromissoire. Cela étant, il est vrai qu'un acte de mission peut servir à « corriger » l'imprécision ou l'insuffisance de la clause compromissoire qu'il doit reprendre, en sorte qu'il devient alors un compromis. Mais le régime de l'acte étant déterminé par sa nature, il s'agit de prendre garde à la rigueur du régime de recevabilité des demandes nouvelles qui s'ensuit, dans la mesure où le principe est alors celui de l'irrecevabilité (v. toutefois : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1996, *Rev. arb.*, 1997.69, note J.-J. Arnaldez ; *Rev. crit. DIP*, 1997.313, note D. Cohen ; *RTD com.*, 1997.438, obs. E. Loquin ; *adde* Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 24 juin 2004, *Rev. arb.*, 2005.1062).

• Précisément, les questions relatives à l'évolution de l'objet du litige et à la recevabilité des demandes nouvelles ont ensuite été débattues au regard de la façon de rédiger l'acte de mission.

Lorsque son investiture procède d'une clause compromissoire, l'arbitre peut être saisi par une partie d'une demande incidente, dès lors qu'entrant par son objet dans les prévisions de la clause, cette demande se rattache par un lien suffisant aux prétentions originaires que la partie lui avait soumises et que l'arbitre statue dans le délai qui lui a été imparti. Pour autant, la rédaction d'un acte de mission « ouvert » est à recommander afin de purger le contentieux autant que faire se peut, surtout depuis que la Cour de cassation a instauré un principe de concentration des demandes par son arrêt du 28 mai 2008 (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2008, *JCP*, 2008 II 10170, note G. Bolard ; *Rev. arb.*, 2008.461, note L. Weiller ; sur l'ensemble de la question, v. E. Loquin, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *supra* p. 201).

Il a été convenu que, compte tenu de son importance, cette question de l'évolution du contenu du litige en cours d'instance pourrait faire l'objet d'un atelier spécifique.

- **Le calendrier de procédure de l'arbitrage** doit-il ou non être inscrit dans l'acte de mission ? Une réponse positive semble devoir être apportée, avec cette nuance qu'il est aussi possible de le faire figurer dans un document séparé. Dans le cas où le calendrier de procédure figure effectivement dans l'acte de mission, il est conseillé de conférer au tribunal le pouvoir de le corriger seul, sans que l'accord de toutes les parties n'ait à être recueilli.

- **Les modalités précises de communication des mémoires et pièces du dossier** ainsi que les **coordonnées des parties** méritent d'être décrites avec précision dans l'acte de mission au regard de leur importance pratique. A cet égard, il est déconseillé d'expédier par seul message électronique l'ensemble des pièces concernées, un envoi papier complémentaire étant préconisé, certains arbitres n'appréciant pas d'être obligés d'imprimer eux-mêmes un volume important de documents.

Par ailleurs, les conditions d'audition des éventuels témoins, avec la production de leurs attestations, peuvent mériter d'être précisées, de même, plus largement, que le **pouvoir de l'arbitre d'ordonner des mesures d'instruction**.

Finalement, la question de savoir qui, des parties ou de l'arbitre, « tient les rênes » de la procédure arbitrale amène à une distinction temporelle : si les termes de la convention d'arbitrage s'imposent naturellement à l'arbitre, les questions non expressément envisagées ont vocation à relever en dernier lieu de son autorité, à moins que les parties ne décident de mettre fin au contrat d'organisation de l'arbitrage.

\* \*  
\*

Cette fructueuse rencontre s'est achevée sur la détermination collective du **prochain thème** d'atelier de pratique arbitrale qui se tiendra à l'automne : « **Les événements procéduraux de l'instance arbitrale** » (mesures conservatoires et provisoires, sursis à statuer, modalités de l'intervention du juge d'appui, etc.). Il est par ailleurs envisagé, pour le printemps 2011, un autre atelier qui porterait sur l'administration de la preuve dans la procédure arbitrale.