



COLLOQUE INTERNATIONAL FRANCARBI : L'ETHIQUE DANS L'ARBITRAGE
Paris 9 décembre 2011

**L'EXEMPLE DE L'ASSOCIATION
FRANCAISE D'ARBITRAGE**

par

Bertrand MOREAU

Avocat au Barreau de Paris
Membre du Comité d'arbitrage de l'AFA

Depuis 36 ans que l'AFA existe, la recherche et le respect de l'éthique sont pour elle naturelle. Elle a en effet été conçue dans l'indépendance par Jean ROBERT pour lequel, en sa qualité d'Avocat porteur de déontologie, mais aussi à raison de son éthique personnelle il ne pouvait en être autrement.

La qualité de ses Présidents successifs, Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE et Madame Geneviève AUGENDRE, Avocats eux aussi n'a pas amendé cette condition fondamentale de l'existence de l'AFA, comme d'ailleurs celle de l'arbitrage.

Cette politique résulte d'abord de la diversité de ses membres, condition fondamentale de sa volonté de se présenter comme Institution d'arbitrage à vocation générale. L'expérience ancienne et mort-né du Centre Judiciaire d'Arbitrage avait en effet démontré qu'une institution d'arbitrage généraliste ne peut prospérer que si tous les acteurs de la vie économique y sont représentés. C'est pourquoi, depuis l'origine, les membres de l'AFA viennent de tous horizons : représentants des entreprises, magistrats, notaires, experts, professeurs, avocats, juristes, ..., tous français ou étrangers et présents comme tels au Conseil d'administration.

Cette diversité est source d'indépendance car elle est exclusive de toute allégeance économique, politique ou sociale. Elle évite ainsi les écueils parfois rencontrés par les institutions professionnelles ou spécialisées qui peuvent se trouver confinées dans une sphère de relations trop étroites pour garantir une indépendance cristalline. Mais surtout, elle est l'écho des exigences de l'éthique qui sont en constante évolution.

De la sorte, l'AFA assure une promotion de l'arbitrage, mais non de n'importe quel arbitrage. L'AFA, en effet, n'entend favoriser que l'arbitrage qui répond à la prévisibilité nécessaire en terme de confidentialité, de souplesse, de sécurité et de rapidité pour un coût raisonnable. C'est la parole que porte en France et à l'étranger sa Présidente et les membres de son Conseil d'Administration à l'occasion des interventions ou des formations qui sont dispensées.

Cette indépendance pour l'AFA se traduit d'abord dans son fonctionnement pour l'administration des arbitrages par son Comité d'arbitrage et ensuite par ses exigences relatives à l'impartialité et à l'indépendance des arbitres qui statuent sous son égide et conformément à son Règlement.

I/ Le fonctionnement de l'AFA : gage d'indépendance

Il n'est pas besoin de revenir sur l'indépendance structurelle de l'AFA, dont il résulte une complète indépendance par rapport à tous les milieux. Il n'existe aucune adhérence de quelque nature que ce soit.

Deux règles fondamentales gouvernent la gestion des arbitrages de l'AFA :

- la complète indépendance du tribunal arbitral pour mener la procédure arbitrale, certes dans le respect du Règlement, mais avec la liberté et la souplesse qui sont les qualités de l'arbitrage AFA,
- la complète indépendance du Comité d'arbitrage par rapport au Conseil d'administration et au tribunal arbitral, garantie de la sécurité de l'arbitrage AFA.

Chaque tribunal arbitral a son alchimie propre, composée de la personnalité de chaque arbitre, de la confiance des parties, de l'expérience de chacun, de la nature du litige, de la qualité et du poids de chaque partie, du climat de leurs relations. L'arbitrage AFA permet à chacun de ces éléments de s'exprimer afin que le tribunal arbitral établisse son mode de fonctionnement dans une liberté qui, sous réserve du respect du Règlement, contribue à la qualité de la sentence qui sera rendue en toute indépendance.

Aucune intrusion ne se produira, sauf dérive constatée, de la part du Comité d'arbitrage, et les arbitres, comme les parties qui ont dans la plupart des cas constitué le tribunal arbitral, apprécient que le litige reçoive ainsi un traitement approprié et personnalisé.

C'est l'œuvre de tous les arbitres dont les sentences ont été rendues sous les auspices de l'AFA, qu'ils en soient remerciés et encouragés.

En contrepartie de cette liberté, le Comité d'arbitrage veille à l'application du Règlement.

D'abord, il peut s'opposer lors de l'introduction de la procédure à ce que des dérogations soient apportées au Règlement lorsqu'elles seraient de nature à en affecter la bonne application (article 1.4). Cela ne s'est encore jamais produit pour le Règlement AFA mais on sait que cela peut arriver (TGI Paris, 22 janvier 2010, Rev. arb. 2010.571, note JB. Racine).

Mais surtout, le Comité d'arbitrage, s'il rend compte de son activité au Conseil d'administration et à l'Assemblée Générale, gère en toute indépendance l'organisation interne des arbitrages par l'AFA. Il agit en toute confidentialité à l'égard non seulement des tiers, mais du Conseil d'administration alors qu'il assure une transparence parfaite au sein de chaque arbitrage.

Chaque partie, par son conseil et chaque arbitre, sont en effet tenus au courant de tout événement qui ressort de la compétence du Comité d'arbitrage (nomination d'arbitres, délais, frais d'arbitrage, sentence...). Cette transparence est un gage d'indépendance, comme l'est la confidentialité.

L'indépendance du Comité d'arbitrage, au regard du tribunal arbitral, se manifeste enfin à l'occasion de la relecture de la sentence préalablement à sa signature.

Cette disposition a été introduite dans le Règlement AFA 2011 par son article 16-1, non pour contrôler le tribunal arbitral, mais pour éviter tout ce qui pourrait sur le plan formel porter atteinte à l'efficacité de la sentence. Il n'en résulte aucune intrusion dans les pouvoirs du tribunal arbitral, mais une garantie supplémentaire, d'ailleurs toujours accueillie avec intérêt par les arbitres davantage soucieux, et c'est naturel, de la solution donnée au litige, que parfois de son expression parfaite.

L'indépendance du Comité d'arbitrage par rapport au Conseil d'administration se traduit par une activité exercée librement dans l'organisation des arbitrages. Le Comité d'arbitrage rend compte en effet au Conseil d'administration de son activité dans chaque arbitrage et ce de façon anonyme pour préserver la confidentialité, mais n'est pas soumis au Conseil d'Administration. La nomination des arbitres, leur récusation, les décisions d'administration sont assurées en toute liberté. Cela n'exclut pas qu'un débat puisse être suscité au niveau du Conseil d'administration sur des points qui, sur le plan général, méritent une réflexion élargie.

Pratiquement, le Comité d'arbitrage se prononce à la majorité de ses membres, mais il est bien rare que l'unanimité ne soit pas atteinte dans des délais très rapides puisque toutes les communications avec le secrétariat et les membres du Comité d'arbitrage se font par courriel.

Cette indépendance du Comité d'arbitrage tant à l'égard des parties, du tribunal arbitral ou du Conseil d'administration de l'AFA ne trouve cependant parfaitement à s'exprimer que dans le cadre de l'indépendance organisée du Tribunal arbitral et de chacun des arbitres.

II/ Des arbitres impartiaux et indépendants

L'indépendance et l'impartialité se conjuguent et il est vain de rechercher ce qui les distingue puisqu'elles sont nécessairement complémentaires, dans le but d'éviter les conflits d'intérêts.

Elles sont toutes deux affirmées par le préambule du Règlement d'arbitrage de l'AFA, il est vrai en des termes différents entre l'expression française et l'expression anglaise sans qu'aucune raison ait présidé à ces formalisations distinctes.

Le résultat est identique et l'indépendance affirmée, ce qui dans le texte du Règlement est constaté au niveau des arbitres tant au regard des composantes d'un arbitrage considéré (parties, intérêts en jeu, conseils, co-arbitres...) qu'à l'égard de l'AFA elle-même.

1- L'indépendance au regard de chaque arbitrage

L'AFA applique les règles que la pratique a aménagé avec l'expérience à partir du moment où la déclaration d'indépendance oblige l'arbitre pressenti à « signaler toutes circonstances qui pourraient être de nature, aux yeux des parties, à affecter cette indépendance » (article 4.1). C'est une déclaration tous azimuts et point n'est besoin d'y revenir après tout ce qui a été dit et les réflexions suscitées par les règles de l'IBA. C'est l'exemple parfait de l'exigence de l'éthique dans une règle de droit.

L'obligation de révélation a pour conséquence l'obligation pour le Comité d'arbitrage de porter à la connaissance des parties, mais aussi en pratique des autres arbitres, les circonstances ainsi déclarées (article 4.2). Elle l'oblige aussi pratiquement à recueillir contradictoirement les objections qui résultent de cette consultation.

Reste alors à confirmer ou non la nomination de l'arbitre.

Le Comité d'arbitrage de l'AFA, à qui cela incombe, le fait avec grande circonspection puisqu'en l'état de la jurisprudence il sait que les parties peuvent remettre en cause cette décision devant le Juge du recours.

Le texte ancien du Code de Procédure Civile n'attribuait pas expressément compétence à l'institution d'arbitrage pour trancher les difficultés relatives à la nomination des arbitres. Cependant, les institutions, dans leur Règlement, prévoyaient effectivement leur intervention à ce niveau et il était admis que cette intervention ne privait pas la partie de soulever devant le Juge du contrôle l'irrégularité de la composition du Tribunal arbitral.

Le texte nouveau, par son article 1457, alinéa 2, prévoit expressément l'intervention de la personne chargée d'organiser l'arbitrage mais on a noté la différence de traitement avec le Juge d'appui. Ce dernier en effet « tranche » la difficulté alors que la personne chargée d'arbitrage ne fait que la « régler ».

On en a conclu que la jurisprudence ancienne était maintenue. Mais est-ce si sûr ?

La procédure de récusation (article 6) obéit aux mêmes principes et n'appelle guère d'observation sinon, comme il se doit, qu'elle est enserrée dans un délai propre à éviter les manœuvres dilatoires et qu'elle suspend l'instance jusqu'à la solution donnée par le Comité d'arbitrage ou le remplacement de l'arbitre.

Il doit aussi être noté que l'arbitre qui s'abstient d'exercer sa mission peut ne pas être remplacé si la procédure arbitrale est proche de son terme (article 6.6). C'est aussi un moyen de faire respecter l'obligation d'indépendance de l'arbitre.

Mais un certain nombre de règles ont aussi été établies lorsque la désignation de tous les arbitres n'est pas faite par les parties :

- si les arbitres sont de nationalités différentes, le troisième arbitre sera d'une nationalité tierce (article 5.3)
- si les parties sont de nationalités différentes, l'arbitre unique désigné par le Comité d'arbitrage sera d'une autre nationalité (article 5.4)
- en cas de pluralité de parties et de difficultés pour la nomination du tribunal arbitral, le Comité d'arbitrage a la possibilité de désigner tous les arbitres ou l'arbitre unique

Ce sont des règles pratiques qui évitent des blocages et s'y ajoute l'attention avec laquelle le Comité d'arbitrage effectue ces désignations pour un fonctionnement efficace du tribunal arbitral tout en ayant manifesté de prime abord auprès des parties sa préférence pour que les parties procèdent, d'un commun accord, à ces nominations.

2- L'indépendance des arbitres à l'égard de l'AFA

Ce qui distingue l'AFA de nombre d'institutions, c'est qu'elle n'a pas de liste d'arbitres, avec tout ce que cela laisse entendre. C'est un principe fondamental pour elle car elle considère que les parties doivent être totalement libres dans leur choix, comme doit le demeurer le Comité d'arbitrage.

Certes les arbitres statuant conformément au règlement de l'AFA doivent être membres de l'AFA mais, outre qu'il s'agit d'une adhésion naturelle pour un arbitre qui va statuer selon le règlement de l'AFA, c'est pour le faire bénéficier de l'assurance-groupe souscrite par l'AFA.

Par contre, le Conseil d'administration de l'AFA sur la proposition du Comité d'arbitrage a adopté une résolution qui figure dans la plaquette du Règlement, selon laquelle le Comité d'arbitrage ne peut, de sa propre initiative, désigner un membre du Conseil d'administration ou du Comité d'arbitrage comme arbitre ou président d'un tribunal arbitral. Cela va de soi aujourd'hui, mais cela n'a pas toujours été le cas dans le passé ou dans certaines institutions d'arbitrage. C'est bien la preuve que les exigences de l'éthique évoluent.

Cette désignation ne peut résulter que de l'initiative des parties, mais s'il s'agit d'un membre du Comité d'arbitrage, celui-ci ne participera pas aux décisions relatives à l'arbitrage considéré.

Il en est de même bien entendu si un membre du Comité d'arbitrage a des liens avec une partie à un arbitrage, dont il est par exemple le conseil ou dont il conseille une partie qui lui est opposée en-dehors même de l'arbitrage considéré.

Ces règles, comme la pratique de l'AFA sensible à l'évolution de l'éthique, font en sorte que la nomination des arbitres s'effectue en toute indépendance et sérénité.

*

**

Ces réflexions sur le fonctionnement de l'AFA montrent que les règles ne suffisent pas pour assurer l'éthique dans l'arbitrage, c'est d'abord le résultat d'un état d'esprit avant que cela ne soit traduit par écrit et on peut constater que l'AFA a toujours satisfait cette exigence, ce qui justifie la confiance qui lui est accordée.