

# Association Française d'Arbitrage (AFA)

Conférence sur le coarbitre - Paris, 22 septembre 2014

*Pour sa trente-neuvième rentrée, l'Association française d'arbitrage réunissait le lundi 22 septembre dans la grande salle des Arts et Métiers à Paris tout ce que le monde de l'arbitrage compte d'important à Paris. La cérémonie commença, comme à chaque fois, par un rappel, par sa Présidente Geneviève Augendre, de l'activité de l'Association pendant l'année écoulée, et de l'ensemble des actions engagées. Manifestement, l'AFA se tourne de plus en plus vers l'international, ce qui a aussi comme conséquence de démultiplier le nombre de procédures arbitrales organisées sous son égide.*

*L'orateur de la conférence annuelle cette année était le Professeur Thomas Clay, professeur à l'Université de Versailles – Saint-Quentin, spécialiste d'arbitrage reconnu, associé-gérant du Cabinet de consultation Corpus Consultants, et arbitre international, notamment nommé par la France dans son premier contentieux international CIRDI. Le sujet de son intervention était « Le coarbitre ».*

*Jean-René Tancrede.*

**A**priori connu, le sujet du coarbitre est en réalité « le point aveugle du droit de l'arbitrage », a expliqué d'emblée le professeur Thomas Clay. n ne le trouve ni dans le Code de procédure civile, ni dans la jurisprudence, ni dans les index des ouvrages de droit de l'arbitrage. Et pourtant, comme il a été relevé par l'orateur avec le sens du paradoxe, il y a plus de coarbitres que d'arbitres puisque tous les coarbitres sont arbitres alors que tous les arbitres ne sont pas coarbitres.

D'ailleurs on a tendance à dire que, dans un Tribunal arbitral collégial, il y a deux coarbitres et un Président, tout en disant que chaque arbitre a deux coarbitres, ce qui fait trois. Alors combien sont-ils finalement, deux ou trois ? Il fallait donc commencer par définir la notion de coarbitres, dont on ne connaît même pas l'orthographe exact. Au terme d'une introduction originale, où la philologie le disputait à l'arithmétique, le professeur Thomas Clay a conclu, après une enquête approfondi, que, d'une part, le mot « coarbitre » s'écrivait sans trait d'union et que, d'autre part, il y avait bien trois coarbitres dans un Tribunal arbitral, l'un d'entre-eux jouissant simplement des prérogatives supplémentaires que ce sont celles du Président du Tribunal arbitral.

Après quoi, le conférencier organisa son propos en deux parties simples : qui est le coarbitre ? Que fait-il ? Qui est-il, c'est la question de sa nomination et de son indépendance. Sur la nomination, le professeur Thomas Clay a rappelé que, juridiquement, chaque coarbitre est bien désigné par toutes les parties, même s'il est choisi par l'une d'entre-elles, sur délégation réciproque de l'autre. La jurisprudence est constante sur ce point depuis 1972, et elle a été renforcée par la réforme du droit de l'arbitrage de janvier 2011.

La conséquence, qui a saisi l'assistance, en est que rien ne s'oppose juridiquement aux refus discrétionnaires du choix du coarbitre par l'autre partie.

La prise de conscience de cet élément pourrait alimenter un contentieux intéressant devant le Juge d'appui.

L'autre contentieux qui pourrait se faire jour est celui de l'étendue de l'obligation de révélation qui pèse sur tout arbitre. Après celle des liens avec les parties, puis avec les conseils, le temps n'est-il pas venu d'étendre la révélation aux liens entre coarbitres, ce que nombreux coarbitres font déjà ? Le professeur Clay interroge : est-il normal que dans un Tribunal arbitral avec trois arbitres - par exemple A, B et C - A et B siègent par ailleurs dans un autre Tribunal, mais cette fois-ci avec D, puis encore un autre avec E, puis encore avec F, et que



Thomas Clay et Geneviève Augendre

Photo © Jean-René Tancrede - Téléphone : 01.42.60.36.35

parfois ce soit A le Président et B le coarbitre, et parfois l'inverse ? Est-ce que les parties ne méritent pas de le savoir ? On voit en effet émerger le phénomène des « doublettes d'arbitres » par lequel certains arbitres siègent toujours ensemble.

Même si le conférencier a insisté pour dire qu'il ne s'agissait certainement pas de mettre en cause ces coarbitres qui, la plupart du temps, sont irréprochables, et c'est bien pourquoi ils sont choisis, n'est-ce pas l'occultation de ces liens qui les rendait suspects. Et puis, à la lumière du critère jurisprudentiel de la révélation selon qu'il y a ou non un « courant d'affaires », ne peut-on considérer qu'un tel courant d'affaires existent entre deux coarbitres qui ne cessent de se nommer mutuellement ?

On a reconnu dans cette proposition la conception éthique de la pratique de l'arbitrage que porte Thomas Clay depuis longtemps.

Cette conception rejait sur le rôle du coarbitre qu'a exposé Thomas Clay dans sa deuxième partie, et notamment vis-à-vis des coarbitres entre eux. Puisqu'ils ne sont pas liés par une relation contractuelle, les coarbitres sont indépendants les uns des autres, et doivent donc s'assurer qu'aucun aura un comportement déviant.

Celui-ci, plus ou moins grave, peut prendre la forme d'une absence de disponibilité, d'un manque d'indépendance ou, pire, de la participation à une fraude à l'arbitrage. Chaque coarbitre doit avoir conscience que, sans vigilance de sa part, il peut se voir entraîner dans cette dérive. A être trop passif, il risque de voir sa responsabilité recherchée, soit

pour cette passivité, soit même pour l'intégralité du préjudice puisque les parties peuvent en théorie se retourner contre n'importe lequel des coarbitres, et notamment le plus solvable. Il existe donc bien une obligation de vigilance à la charge de chaque coarbitre.

Libre ensuite au coarbitre de rechercher la responsabilité civile délictuelle de son coarbitre, soit par une action directe, s'il estime avoir subi un préjudice personnel, comme pourrait être par exemple un préjudice de réputation en raison des turpitudes d'un des coarbitres dans le Tribunal arbitral. Rien n'empêche en effet un coarbitre, dont le nom aurait été jeté en pâture dans la presse, pour avoir siégé dans un Tribunal arbitral coupable d'une fraude à laquelle lui-même il serait personnellement étranger, d'agir contre le coarbitre fautif.

L'action en responsabilité peut aussi être récursoire, lorsqu'un coarbitre a été condamné, sans que celui-ci ne parvienne ni à faire attirer son coarbitre dans la procédure, ni à invoquer le fait du tiers exonérateur. Même si aucune action entre coarbitres n'a encore jamais été intentée, il est probable – à défaut d'être souhaitable – que celles-ci voient le jour, surtout à mesure que les actions en responsabilité des parties contre les arbitres se multiplient.

Il faut donc s'y préparer, et c'est notamment à cela que cette conférence magistrale voulait anticiper, jouant ainsi parfaitement le rôle de la doctrine, incarnée ici par le professeur Thomas Clay, très longuement applaudi, notamment par le bâtonnier Pierre-Olivier Sur qui était présent.

2014-515