

MEMORANDUM

Re : 2663 – CDR / GBT – Sentence arbitrale et recours en annulation

Ce Mémoire envisage les moyens d'annulation qui seraient susceptibles d'être mis en œuvre à l'encontre de la sentence arbitrale rendue le 7 juillet 2008, qui doit être complétée sur différents points, dans l'affaire opposant le CDR et le CDR Créances aux mandataires liquidateurs du groupe Bernard Tapie et aux époux Tapie. Il ne s'agit que d'une première approche qui devra être complétée au regard des travaux que mènent actuellement nos Confrères Jean-Pierre Martel et Benoît Soltner sur l'analyse de la sentence.

Cette analyse est d'autant plus prospective qu'un changement de président de la 1^{ère} Chambre civile (Section C) de la Cour d'appel de Paris (compétente en matière de recours en annulation) est en cours. Il est donc possible que cela provoque un changement de la jurisprudence de cette chambre en matière de recours en annulation.

Synthèse :

L'article 1484 du Code de procédure civile prévoit plusieurs cas d'ouverture (six) du recours en annulation contre une sentence arbitrale.

- Certains moyens d'annulation doivent être de prime abord écartés, notamment l'absence de convention d'arbitrage ou la composition irrégulière du Tribunal sauf découverte d'éléments nouveaux relatifs à l'indépendance ou l'impartialité de l'un des arbitres.
- S'agissant du principe du contradictoire, en l'absence de violation flagrante commise par le Tribunal arbitral dans la procédure qui a été menée jusqu'à son terme, un recours en annulation sur ce fondement devrait avoir peu de chances d'aboutir.
- Un recours en annulation sur le fondement de la violation par le Tribunal arbitral de l'ordre public ou le dépassement par les arbitres des limites de leur mission pourrait théoriquement être envisagé notamment sous l'angle de la violation par le Tribunal de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions rendues dans cette affaire (article 7.1 du Compromis d'arbitrage).
- Cependant, seule une violation flagrante de l'autorité de la chose jugée ou l'inconciliabilité manifeste entre la sentence et les décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée pourraient justifier l'annulation de la sentence. Compte tenu des termes de la sentence et sous réserve de l'analyse de nos Confrères qui se focalisera particulièrement sur cette question, les possibilités d'annulation de la sentence arbitrale sur ce fondement nous semblent limitées.

1. Exclusion de certains cas d'ouverture du recours en annulation

L'article 1484 du Code de procédure civile (ci-après, « CPC ») prévoit que le recours en annulation d'une sentence arbitrale rendue en matière interne, ce qui est *a priori*¹ le cas ici, n'est ouvert que dans les cas suivants :

- « 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5° Dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480 ;
- 6° Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public ».

Il convient, d'ores et déjà, d'écartier le moyen d'annulation fondé sur l'absence de convention d'arbitrage (article 1484, 1° du CPC) dans la mesure où le Compromis d'arbitrage (ci-après le « Compromis ») établit clairement l'accord des parties sur ce point.

Deux autres moyens d'annulation doivent également, sauf circonstances particulières, être écartés : le manque d'indépendance et d'impartialité du Tribunal arbitral (1.1.) et la violation du principe du contradictoire (1.2.).

1.1. Constitution irrégulière du tribunal arbitral en raison du défaut d'indépendance de l'arbitre (article 1484, 2° CPC)

Une première lecture de la sentence arbitrale pourrait laisser supposer un certain manque d'impartialité du Tribunal arbitral compte tenu (i) certes du rejet de l'ensemble des prétentions du CDR, mais surtout (ii) de la terminologie très dure employée dans la sentence à l'encontre de ce dernier et (iii) du montant extrêmement élevé de la condamnation.

La possibilité qu'un recours en annulation sur le fondement du défaut d'indépendance ou d'impartialité des arbitres aboutisse à une annulation de la sentence semble néanmoins très limitée pour les raisons suivantes :

- Les arbitres ont été conjointement désignés par les parties aux termes du Compromis. En l'absence de contestation au cours de l'instance arbitrale, les parties ne peuvent plus, en principe, se prévaloir de ce moyen. En effet, la jurisprudence interdit à l'une des parties d'introduire un recours en annulation sur ce fondement après le prononcé de la sentence arbitrale, alors qu'aucune contestation n'a été soulevée au cours de l'instance arbitrale.
- La jurisprudence considère que « si l'impartialité est une notion subjective à laquelle des atteintes peuvent transparaître dans la sentence arbitrale, celles-ci ne sauraient se confondre avec des motifs qui donnent tout à une partie »². Comme l'a observé récemment la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 février 2008, le requérant doit démontrer que la partialité du collège arbitral ressort de manière manifeste de la rédaction de la sentence.

¹ L'arbitrage semble interne ; néanmoins, il n'est pas exclu qu'un débat s'instaure sur son internationalité éventuelle, les prises de position des parties ou des arbitres étant sans influence sur la qualification qui sera retenue par la Cour.

² Paris, 7 février 2008, Juris-Data n° 2008-363366.

- De la même manière, s'il devait être considéré que le Tribunal arbitral n'a pas examiné l'intégralité des mémoires et pièces produites par le CDR, un recours en annulation sur ce fondement ne saurait prospérer. En effet, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 février 2008, l'auteur du recours soutenait que le tribunal arbitral n'avait ni respecté ni épuisé sa mission dès lors qu'il n'avait pas examiné l'intégralité des mémoires que le requérant avait déposés devant les arbitres. Cependant, la Cour d'appel considère que le tribunal arbitral pouvant toujours être saisi d'une omission de statuer, le grief soulevé ne peut en tout état de cause pas mener à l'annulation de la sentence arbitrale.

Toutefois, aux termes de la jurisprudence, la partie qui est dans l'ignorance de l'existence d'une cause de récusation d'un arbitre au moment de la désignation du tribunal arbitral, est fondée à l'invoquer ensuite dans le cadre d'un recours en annulation : c'est en contestant la sentence qu'une partie peut obtenir, *a posteriori*, la sanction de la violation des conditions requises de tout arbitre pour trancher le litige qui lui est soumis.

Dans une telle hypothèse, il serait théoriquement possible de soutenir que le Tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué, au sens de l'article 1484, 2° du CPC, du fait de la nomination d'un arbitre ne présentant pas à l'égard de toutes les parties les garanties d'indépendance que tout justiciable est en droit d'exiger.

A défaut d'apporter la preuve (i) d'une cause de récusation d'un arbitre (ii) découverte après que la sentence ait été rendue, il nous semble qu'un recours en annulation fondé sur le manque d'indépendance ou d'impartialité de l'un des arbitres serait voué à l'échec.

1.2. Violation du principe de contradictoire (article 1484, 4° CPC)

Au cours de la procédure arbitrale, le CDR et le CDR Créances ont dénoncé à plusieurs reprises les agissements des liquidateurs constitutifs d'une violation du principe du contradictoire.

Néanmoins, les possibilités d'annulation de la sentence sur ce fondement nous semblent limitées voire exclues. En effet, la violation de ce principe n'émane pas du Tribunal arbitral et celui-ci s'est prononcé sur l'ensemble des critiques formulées, notamment :

- La production d'une note intitulée « Note de synthèse » par les liquidateurs avant la Constitution du Tribunal arbitral : par courrier du 22 novembre 2007, le Président du Tribunal arbitral a indiqué qu'aucun document ne pourra être transmis par les parties avant l'homologation du Compromis par le Tribunal de commerce ;
- La fixation d'un calendrier d'arbitrage en violation des droits de la défense du CDR : le calendrier a été approuvé par les parties et il n'est plus possible de le contester, sauf à considérer qu'une sentence arbitrale rendue dans un délai trop court violerait les droits de la défense du CDR ;
- La production par les liquidateurs d'un « mémoire complémentaire » et de nouvelles pièces en violation du calendrier d'arbitrage : au cours des audiences de plaidoiries, le Tribunal arbitral a interrogé les parties sur cette question et le CDR a accepté que le « mémoire complémentaire » et les nouvelles pièces versées à son soutien soient maintenus dans les débats.

- Intervention prétendument spontanée d'actionnaires minoritaires de CEDP qui souhaitent être joints à l'instance : au cours des audiences de plaidoiries, les parties sont convenues, et le Tribunal arbitral a accepté, que toutes les pièces relatives à l'intervention des minoritaires soient écartées des débats ;

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît qu'un recours en annulation ne serait envisageable que si la sentence arbitrale mentionne un document non communiqué au CDR. Or, le Tribunal arbitral ne s'est pas fondé sur un tel document et a pris soin de ne pas faire référence aux courriers adressés par le Président de l'APPAVLA et certains minoritaires après l'ordonnance de clôture.

En conséquence, un recours en annulation pour violation du principe de la contradiction ne devrait, en l'absence d'une erreur flagrante commise par le Tribunal arbitral dont nous n'aurions pas connaissance, pas avoir de chances d'aboutir.

2. Les éventuels cas d'annulation de la sentence fondés notamment sur la violation par le Tribunal arbitral de l'autorité de la chose jugée

Les parties sont convenues à l'article 7.1 du Compromis que les arbitres seraient tenus par l'autorité de la chose jugée des décisions intervenues préalablement à l'arbitrage :

« (...) les parties rappellent que le tribunal arbitral sera tenu par l'autorité de la chose jugée des décisions définitives rendues dans les contentieux notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005, étant expressément rappelé et précisé que les décisions rendues en première instance, et qui ont fait l'objet d'une procédure d'appel dont les instances sont en sursis à statuer, ne sauraient être considérées comme revêtues d'une quelconque autorité de la chose jugée ».

En théorie, la violation par le Tribunal arbitral de l'autorité de la chose jugée attachée à ces décisions est susceptible d'entraîner l'annulation de la sentence arbitrale pour violation de la mission qui lui a été conférée (article 1484, 3° CPC), voire de violation de l'ordre public (article 1484, 6° CPC).

Néanmoins, compte tenu des positions divergentes présentées par les parties dans leurs mémoires respectifs, le Tribunal arbitral a été conduit à s'interroger sur la portée de la chose jugée attachée à ces décisions. Ainsi, par ordonnance de procédure n° 5 du 23 mai 2008, le Tribunal arbitral constatait ce qui suit :

« Considérant que le compromis n'énumère pas les décisions ayant acquis l'autorité de la chose jugée,

Considérant que les parties invoquent, dans leurs mémoires respectifs, l'autorité de la chose jugée pour un certain nombre de décisions (...)

Considérant que les parties n'ont pas établi, dans un chapitre spécifique de leurs mémoires, la liste des décisions revêtues, à leur avis, de l'autorité de la chose jugée,

INVITE chacune des parties :

- 1. à dresser et à remettre au Tribunal arbitral (...) la liste des décisions ayant acquis l'autorité de la chose jugée,*
- 2. à préciser (...) la portée de l'autorité de la chose jugée sur les points litigieux soumis au Tribunal arbitral ».*

Il en résulte que ce sont les positions divergentes des parties qui ont conduit le Tribunal arbitral à se prononcer sur cette question.

Il convient néanmoins de vérifier si la sentence arbitrale ne remet pas en cause l'autorité de la chose jugée de certaines décisions, notamment de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005 et celui de la Cour de cassation du 9 octobre 2006. En effet, en cas de violation caractérisée de l'autorité de la chose jugée, un recours en annulation sur le fondement de la violation de l'ordre public (2.1.) ou du dépassement par les arbitres des termes de leur mission (2.2.) serait envisageable.

Nos Confrères Jean-Pierre Martel et Benoît Soltner analysent actuellement la sentence arbitrale sous l'angle de la violation de l'autorité de la chose jugée. En conséquence, les développements qui suivront ne constituent qu'une première analyse de la sentence et devront être complétés au regard des conclusions spécifiques de nos Confrères sur cette question.

2.1. Sur l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public

L'annulation de la sentence pourrait être encourue si la décision était contraire à l'ordre public (article 1484, 6°). Ce moyen n'est ici envisagé que sous l'angle de la violation par le Tribunal arbitral de l'autorité de la chose jugée.

En premier lieu, si les arbitres sont tenus de motiver leur sentence sous peine d'encourir l'annulation, le contrôle de la motivation se limite à celui de son existence et non à l'examen du bien fondé de celle-ci, la révision au fond de la sentence n'étant pas autorisée pour la Cour d'appel saisie d'un recours en annulation. Sur ce point, la sentence arbitrale nous semble motivée, même si cette motivation est parfois elliptique, procède souvent par affirmations péremptoires, et est menée toujours à charge contre le CDR et le CDR Créances.

La sentence mérite cependant quelques éclaircissements :

- certains points seront débattus lors de l'audience du 24 juillet 2008 (notamment les frais de liquidation et l'impact fiscal) ;
- d'autres points (notamment le montant de la créance hypothécaire sur l'hôtel de Cavoye pris en compte pour le calcul des intérêts), peuvent être résolus devant le Tribunal arbitral par le biais soit d'une requête en interprétation, soit d'une requête en rectification matérielle.

Ces points ne pourraient dès lors pas constituer des moyens d'annulation de la sentence.

En second lieu, il ne semble pas qu'une éventuelle violation par le Tribunal de l'autorité de la chose jugée attachée aux autres décisions visées dans le Compromis soit susceptible d'entraîner l'annulation de la sentence sur le fondement de la violation de l'ordre public. En effet, selon une jurisprudence constante, l'autorité de la chose jugée a un caractère d'intérêt privé et ne saurait être considérée comme une règle impérative de l'ordre public français.

Cependant, la question de l'autorité de la chose jugée peut également être utilisée sur le terrain de l'inconciliabilité de la sentence à venir par rapport aux décisions déjà passées en force de chose jugée et intégrées dans l'ordre juridique français. Dans un tel cas de figure, ce n'est pas tant la

sentence en elle-même mais son exécution qui pourrait aller à l'encontre de l'arrêt de la Cour de cassation.

Or, seule l'inconciliabilité manifeste entre la sentence et les décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée serait susceptible d'entraîner l'annulation de la sentence. A titre d'illustration, si le Tribunal arbitral avait décidé que les liquidateurs étaient recevables à agir au nom de BTF/CEDP en réparation du préjudice subi lors de la cession d'Adidas des 10 et 12 février 1993, il nous semble qu'une telle solution aurait enfreint de manière caractérisée l'autorité de la chose jugée attachée aux arrêts de la Cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005 et de la Cour de cassation du 9 octobre 2006.

Sous réserve de la position de nos Confrères, il ne nous semble pas, à première analyse, qu'une telle violation soit constituée en l'espèce.

2.2. Sur la violation par les arbitres des termes de leur mission

– Le principe énoncé à l'article 1484, 3° du CPC

L'arbitre doit se conformer à la mission que les parties lui ont conférée. Cette mission consiste à trancher le litige déterminé qui leur est soumis dans les limites fixées par les parties, en faisant application des règles de fond et de procédure prévues.

Dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, les arbitres, s'ils ne sont soumis à aucun règlement d'arbitrage, sont strictement tenus par l'acte de mission et ne peuvent y déroger. Lorsqu'elle contrôle le respect de leur mission par les arbitres, la Cour d'appel se contente de vérifier s'ils n'ont pas statué au-delà de leur mission et s'ils ont bien appliqué les règles de fond et de procédure choisies par les parties.

C'est ainsi que la jurisprudence considère que les arbitres ne se sont pas conformés à leur mission lorsqu'ils accordent à l'une des parties plus que ce qu'elle avait demandé (*ultra petita*). A titre d'illustration, si la sentence arbitrale avait attribué aux Liquidateurs des dommages et intérêts dépassant les sommes plafonnées dans le Compromis, un recours en annulation sur ce fondement aurait eu toutes les chances d'aboutir. Ce n'est pas le cas.

Par ailleurs, l'article 1474 du CPC offre aux parties une option : donner au Tribunal arbitral la mission de juger le litige en appliquant les règles de droit ou, au contraire, lui permettre de juger en amiable composition, c'est-à-dire, l'autoriser à fonder sa décision sur des considérations d'équité. Or, dans notre affaire, les parties sont convenues dans le Compromis que le Tribunal arbitral statuerait en droit.

Le non respect par le Tribunal arbitral de la volonté des parties d'être jugées dans le respect des règles de droit aurait pu justifier le moyen d'annulation prévu à l'article 1484, 3° du CPC. En effet, si les tribunaux français reconnaissent implicitement à l'arbitre, amiable compositeur, le pouvoir ou le devoir d'écarter, au nom de l'équité, les conséquences de l'autorité de la chose jugée, cette solution est exclue en cas d'arbitrage en droit.

Ainsi, s'il devait être considéré que le Tribunal arbitral s'est affranchi de l'autorité de la chose jugée en ignorant, au nom de l'équité, les solutions dégagées par les différentes décisions

mentionnées dans le Compromis³, il serait envisageable de poursuivre l'annulation de la sentence sur le fondement de la violation par les arbitres des termes de leur mission telle que définie par le Compromis.

Néanmoins, une telle violation ne nous semble pas, aux termes de cette première analyse, constituée en l'espèce ; le Tribunal arbitral ne s'étant pas référé à l'équité.

-- Le respect par les arbitres des dispositions de l'article 7.1 du Compromis

Aux termes de l'article 7.1 du Compromis, les parties sont convenues que les attendus définitifs du 30 septembre 2005 et l'arrêt du 9 octobre 2006 sont revêtus de l'autorité de la chose jugée. Il entre donc dans la mission des arbitres de respecter l'autorité de la chose jugée des décisions intervenues préalablement à l'arbitrage.

Cette interprétation serait conforme à la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, selon laquelle les arbitres ont vocation à statuer sur une fin de non-recevoir tirée de l'exception de chose jugée : « *Les demandeurs ayant invoqué les motifs d'une décision du tribunal de commerce, les arbitres devaient nécessairement trancher la question de l'autorité de la chose jugée avant de statuer sur les demandes des parties. Il convient donc de rejeter le moyen de nullité tiré du non respect de la mission des arbitres* »⁴.

En d'autres termes, le fait pour le Tribunal arbitral de se prononcer sur la portée de l'autorité de la chose jugée des décisions invoquées par les parties au soutien de leur argumentation ne peut en principe être considéré comme un non-respect de la mission des arbitres susceptible d'entraîner l'annulation de la sentence sur le fondement de l'article 1484, 3° du CPC.

Dans la mesure où la Cour d'appel ne peut, dans le cadre d'un recours en annulation, se prononcer sur le bien-fondé d'une sentence arbitrale – la révision au fond étant interdite – il est fort probable que la sentence du Tribunal arbitral sur cette question sera considérée comme une décision portant sur le fond de l'affaire et qui ne saurait en conséquence être examinée par la Cour dans le cadre d'un recours en annulation.

La sentence ne devrait dès lors pas encourir l'annulation de ce chef, même s'il devait être considéré que les arbitres (i) ont commis une erreur de droit sur la portée de la chose jugée (question d'interprétation) ou (ii) fait une mauvaise application du quantum du préjudice indemnisable.

Compte tenu de ce qui précède, un recours en annulation fondé sur la violation par le Tribunal arbitral de l'autorité de la chose jugée des décisions intervenues préalablement à l'arbitrage ou l'inconciliabilité avec ces décisions de justice aurait peu de chances d'aboutir./.

³ Cour d'appel de Paris du 19 février 1999 sur la caducité du Protocole ; ordonnance du Juge-Commissaire du 25 octobre 1995 attribuant les titres BTF à la SdBO ; Cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005 et Cour de cassation du 9 octobre 2006 sur le contentieux Adidas.

⁴ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, section C, 23 mars 2000, n° 2000-109346.

