L'arbitrage

Jean-Baptiste Gouache (Avocat – Associé)
Membre du collège des experts de la Fédération Française de la Franchise

Le mode de résolution des litiges entre distributeurs et promoteurs de réseaux de distribution est loin d'être une question subsidiaire.

Un litige conduit à passer une provision, et en cas de condamnation à constater une charge, et donc à dégrader le résultat. Si le distributeur est insolvable, le promoteur du réseau joue à qui perd gagne, puisqu'il ne pourra faire exécute sa décision : or l'insolvabilité du distributeur est courante, en matière de franchise notamment.

L'anticipation du traitement contentieux des différends est en réalité stratégique, dans des réseaux dont l'existence, avant même les revenus, ne dépend que d'une superposition de contrats de distribution, susceptibles d'être annulés ou résolus par un juge aux torts de l'enseigne et où les décisions de justice peuvent donc créer des risques systémiques.

Il l'est d'autant plus que le contentieux devait aller croissant : si l'action de groupe a été cantonnée pour le moment à des litiges de consommation, l'extension de son champ d'application est déjà en marche et il ne peut être exclu qu'elle touche un jour les contrats de distribution.

De manière plus actuelle, la loi HAMON a autorisé les avocats à effectuer des actes de démarchages, c'est-à-dire à adresser une proposition de services à une personne ne l'ayant pas sollicité : les cabinets conseils de franchisés ne vont pas manquer d'en faire usage.
Il existe en outre une recherche de plus en plus systématique de responsabilité dans les relations d'affaires, dans un monde qui a vu, depuis 1945, une véritable «*inflation législative*», pour reprendre l'expression du doyen CARBONNIER.

Dans ce contexte, le choix de recourir à une médiation peut être utile, pour servir de filtre, et permettre la purge d'une partie des dossiers qui sans la transaction qu'elle a permis auraient reçu une solution judiciaire. Nous y consacrerons un prochain dossier.

L'arbitrage peut aussi être une piste de réflexion pour les franchiseurs et autres promoteurs de réseaux de distribution.

Mode alternatif de règlement des litiges, l'arbitrage permet de résoudre un litige qui oppose le franchiseur à un franchisé **en dehors des juridictions étatiques**, et de le soumettre à un tribunal arbitral, c'est-à-dire à une justice privée, selon les modalités choisies par les parties au litige.

Si les parties au contrat de distribution choisissent de régler leur différend par l'arbitrage, le tribunal de commerce n'est plus compétent pour connaître les litiges relatifs au contrat (sauf s'il est saisi dans le cadre de la limite de la compétence du juge des référés).

Susceptible de s'appliquer dans la majorité des domaines du droit, l'arbitrage est particulièrement adapté aux contrats de distribution, en ce qu'il permet d'obtenir une décision rapide, confidentielle, rendus par des arbitres ayant une connaissance précise de la matière.

Le tribunal arbitral tenant sa fonction juridictionnelle de la volonté des parties au litige, il convient de stipuler expressément une clause compromissoire dans le contrat de distribution, soumettant tout litige à venir à l'arbitrage, afin de pouvoir en bénéficier. Il convient en outre de définir précisément au contrat les modalités de celui-ci.

1. Les intérêts de l'arbitrage

a) Rapidité

Alors que les tribunaux de commerce traitent le contentieux en matière de franchise sur des durées rarement inférieures à un an pour les litiges les plus simples, sauf procédure d'urgence, le recours à l'arbitrage permet de résoudre un litige dans des délais plus courts, d'environ quatre à cinq mois une fois que le tribunal arbitral est constitué, permettant ainsi aux parties d'être fixées rapidement.

La principale limite à cet avantage résulte des difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral. Par exemple, une partie peut-être défaillante pour nommer son arbitre, ou contester l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre nommé par l'autre partie, ce qui suppose de saisir le juge d'appui, soit le président du TGI statuant en référé pour qu'il lève la difficulté, ce qui peut allonger significativement la durée total de la procédure.

b) Confidentialité

Au contraire des litiges portées devant les juridictions de droit commun, pour lesquels les débats et les décisions rendues sont publiques, l'arbitrage, qu'il soit ad-hoc ou institutionnel, est confidentiel, l'obligation de confidentialité s'imposant tant aux parties qu'au tribunal arbitral.

Il assure ainsi aux parties une stricte confidentialité sur l'existence même de la procédure d'arbitrage, sur les débats, et sur la décision du tribunal arbitrale. Les tiers, y compris les autres distributeurs, n'ont pas connaissance des sentences.

Cette confidentialité participe du secret des affaires, et protège ainsi l'image de marque du réseau, ainsi que le réseau lui-même en évitant les contagions en cas de décisions défavorables au franchiseur. Elle évite aussi les publicités de décision par voie de presse.

c) Connaissance approfondie de la franchise par les membres du tribunal arbitral

Les membres du tribunal arbitral étant désignés par les parties, celles-ci ont toute liberté pour nommer des arbitres dont elles considèrent qu'ils ont une connaissance particulière en matière de franchise, et plus généralement en droit de la distribution.

Cette faculté de pouvoir nommer des arbitres avertis et spécialisés en matière de franchise et de droit de la distribution permet de limiter l'aléa judiciaire, tenant à l'incompétence technique du juge, et donc de mieux prévoir les décisions.

Rappelons que le juge consulaire est un commerçant élu. En tant que juge non professionnel, il n'a pas nécessairement une formation juridique, et il n'a pas non plus nécessairement des connaissances en matière de droit de la distribution et de la franchise. IL est possible que ses lacunes techniques et son manque de maîtrise des concepts juridiques le conduisent à ne pouvoir discerner la solution qui aurait dû être donnée au litige et qui pouvait donc être raisonnablement anticipée.

Elle favorise ainsi une sentence arbitrale de qualité, c'est à dire suffisamment motivée pour permettre aux parties de comprendre les fondements du rejet ou de l'acceptation de leurs demandes, et suffisamment proche de ce qui pouvait être raisonnablement anticipé.

d) Coût de l'arbitrage

La justice étatique est gratuite : c'est une caractéristique qui résulte de la nécessité de faire respecter la loi, devant laquelle tous les sujets sont égaux. Il n'y a donc aucun inconvénient financier à saisir la justice, si ce n'est à devoir supporter le risque de se voir opposer des demandes reconventionnelles et de supporter des dépens de quelques dizaines d'euros, et un article 700 NCPC mettant à charge, en cas de perte du procès, des honoraires d'auxiliaires de justice, fréquemment rabotés par les juges.

Le procès n'est donc guère considéré comme un investissement par le franchisé / distributeur. Il n'y a pas vraiment de décision d'opportunité à prendre : le niveau de coût étant nul, la comparaison avec la chance de gain est vite faite.

Les arbitres doivent en revanche être payées par les parties, qui font l'avance de leurs honoraires et frais par moitié. Le coût des arbitres est d'abord fonction des enjeux du litige, c'est-à-dire du montant des demandes. Le niveau des coûts n'est jamais symbolique et reflète le plus souvent le prix de la compétence et de l'expérience des arbitres. Le demandeur, dans

ce contexte, ne peut que, d'une part, apprécier ses demandes à un niveau qu'il estime juste, sans les hypertrophier, et d'autre part, apprécier le coût d'opportunité du procès.

e) La possibilité de recours à l'amiable composition

Il est aussi à souligner qu'en choisissant l'arbitrage, les parties à un contrat de distribution peuvent choisir les arbitres en amiables compositeurs. Dans cette hypothèse, les arbitres devront confronter la solution dégagée par l'application de la règle de droit à celle qui résulte de l'équité, à peine de nullité de la sentence arbitrale (Cass. Civ. 1ère, 17 décembre 2008, n°07-19.915).

La rigueur de la règle peut alors être tempérée par la prise en compte du comportement des parties et en particulier de leur bonne foi et de leur loyauté. Bien entendu la conception de l'équité n'est pas universelle et une plus grande incertitude peut peser sur le sens de la sentence ou les quotités des condamnations. Le choix de l'arbitre est dans ce cas encore plus déterminant que dans un arbitrage tenu en droit.

2. Le déroulement de l'arbitrage

a) Le caractère conventionnel de l'arbitrage

La possibilité de soumettre un litige à un tribunal arbitral relève de la seule compétence des parties aux litiges (qui doivent être commerçants, ce qui suppose que le franchisé / distributeur, soit immatriculé au greffe comme société commerciale lors de l'acceptation de la clause), qui doivent conclure une convention d'arbitrage, pouvant prendre soit la forme d'une clause compromissoire, soit d'un compromis.

Les parties peuvent décider préalablement à la survenance d'un litige de soumettre tout contentieux à venir entre elles au titre de la formation, de l'exécution ou de la cessation des effets du contrat de franchise, à un tribunal arbitral. Il conviendra alors, afin d'éviter tout débat quant à la volonté de parties de recourir à l'arbitrage, de stipuler au contrat de franchise une clause compromissoire, fixant les modalités de l'arbitrage. Conformément à l'article 2061 du Code civil, les clauses compromissoires sont valables dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. De telles clauses sont donc valables entre un franchiseur et une société franchisée.

En l'absence d'une clause compromissoire, les parties peuvent toujours décider de soumettre un litige déjà né à un tribunal arbitral, au moyen d'un compromis. Cette situation est rare en pratique dans les relations entre distributeurs.

Les parties peuvent également décider de recourir à l'arbitrage pour un litige né, alors même qu'elles auraient déjà introduit une instance devant une juridiction étatique, au moyen d'un compromis, conformément à l'article 1446 du Code de procédure civile.

Conformément au principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, qui est reconnu à l'article 1447 du Code de procédure civile, la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte, et n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Ainsi, la nullité du contrat n'emportera pas la nullité de la convention d'arbitrage.

Notons enfin que conformément à l'article 1465 du Code de procédure civile, le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.

Ainsi, la convention d'arbitrage produit, selon le principe dit de compétence-compétence d'une part un effet positif qui fonde la compétence du tribunal arbitral, et d'autre part un effet négatif qui supprime la compétence du juge étatique, notamment pour statuer sur la compétence du tribunal arbitral.

Si, conformément à l'article 2059 du Code civil, il est possible de soumettre à l'arbitrage tout droit dont une partie à la libre disposition, l'article 2060 du code civil interdit le recours à l'arbitrage pour les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Ainsi par exemple en droit de la distribution, l'application du statut de gérant de succursale prévu à l'article L. 7321-2 du Code du travail n'est pas une matière arbitrable. Le franchisé qui sollicite l'application de ce texte doit donc saisir le conseil de prud'hommes qui a compétence d'attribution, y compris en présence d'une clause compromissoire. Certaines matières ne sont donc pas arbitrables.

b) La désignation du tribunal arbitral

Conformément à l'article 1444 du Code de procédure civile, la convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres et prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454 du Code de procédure civile.

Il conviendra en particulier de désigner les modalités de nomination de chaque arbitre, et du président du tribunal arbitral.

Conformément à l'article 1453 du Code de procédure civile, lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres.

Le juge d'appui permet ainsi de suppléer la volonté des parties si celles-ci ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, en désignant celui-ci. De manière plus générale, le juge d'appui est également compétent pour statuer dans le cadre de la contestation de la désignation d'un arbitre, de tout différend sur la réalité du motif invoqué pour le retrait d'un arbitre et pour statuer sur tout autre différent lié à la constitution du tribunal arbitral.

Conformément à l'article 1452 du Code de procédure civile, qui n'a qu'une vocation subsidiaire à s'appliquer, à défaut de procédure de nomination des membres du tribunal arbitral dans la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral peut être composé d'un arbitre unique, ou de trois arbitres, chaque partie désignant un arbitre, les deux arbitres ainsi désignés par les parties choisissant le président du tribunal arbitral.

Conformément à l'article 1456 du Code de procédure civile, il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.

Conformément à la jurisprudence, les arbitres doivent indiquer dans indiquer dans leur déclaration d'indépendance toute cause supposée de récusation, mais encore *"toutes circonstances de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre"(Cass. 1re, 16 mars 1999 : Rev. arb. 1999, p. 308*).

Une partie pourra solliciter la récusation d'un arbitre si elle estime que l'une des causes légales de récusation visées à l'article 341 du Code de procédure civile est caractérisée, ou plus largement si elle à un doute sur l'indépendance et / ou l'impartialité de l'arbitre.

Conformément à l'article 1458 du Code de procédure civile, l'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. A défaut d'unanimité, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux.

c) L'instance arbitrale et les grands principes de procédure civile

Si conformément à l'article 1464 du Code de procédure civile, le tribunal arbitral peut déterminer la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques, sauf à ce que les parties en ai convenu autrement, il reste soumis aux principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux

deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 du Code de proc

- limitation de l'objet de litige,
- les faits du litige qui peuvent être pris en considération,
- la preuve,
- la défense des parties,
- les pouvoirs d'instruction.

Le tribunal arbitral doit également veiller à l'application du principe du contradictoire.
Enfin, le renvoi à l'article 21 du Code de procédure civile fait entrer la conciliation dans la mission du tribunal arbitral.

Tous les grands principes de la procédure civile sont donc applicables, pour que le procès soit équitable, dans le respect des droits de la défense.

d) La sentence arbitrale

Conformément à l'article 1478 du Code de procédure civile, l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré la mission de statuer comme amiable compositeur, c'est-à-dire conformément à l'équité.

Conformément à l'article 1484 du Code de procédure civile, la sentence arbitrale a autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche, et donc uniquement entre les parties. Toutefois, la sentence arbitrale n'en est pas moins opposable aux tiers (Cass. Civ, 1ère 23 janvier 2007, Jurisdata n° 037125).

La sentence arbitrale peut être assortie de l'exécution provisoire et n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue.

Concernant les recours contre la sentence arbitrale, l'article 1489 dispose que celle-ci n'est pas susceptible de recours, sauf volonté contraire des parties.

Enfin, la sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation, sauf si la voie de l'appel est ouverte conformément à l'accord des parties.

L'article 1492 du Code de procédure civile vient toutefois limiter les cas d'ouverture d'un recours en annulation. Ainsi, ce recours n'est ouvert que si :

1. le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;
2. le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ;
3. le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ;
4. le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
5. la sentence est contraire à l'ordre public ;
6. la sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.

L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, et selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la cour d'appel, prévues aux articles 900 à 930-1 du Code de procédure civile.

Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitral ou à celles des dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

Les parties peuvent choisir de recourir soit à un arbitrage ad-hoc, dont elles détermineront elles-mêmes les règles de fonctionnement, telles que le nombre d'arbitres ou encore leur mode de désignation, sous réserve du respect des règles d'ordre public, soit à un arbitrage institutionnel, c'est à dire selon les règles et procédure d'une institution permanente d'arbitrage désignée par les parties.

3. Arbitrage ad-hoc / arbitrage institutionnel

L'arbitrage ad-hoc est organisé par les parties elles-mêmes, en dehors de toute institution permanente d'arbitrage. S'il permet d'adapter la procédure d'arbitrage au spécificité du litige intervenant entre les parties, le recours à l'arbitrage ad-hoc est susceptible d'entrainer un risque de blocage, voire de paralysie de la procédure arbitrale, en cas de désaccord entre les parties, par exemple sur la formation du tribunal arbitral et la désignation du président de celui-ci.

Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, les parties confient l'organisation de l'arbitrage à une institution permanente d'arbitrage, et qui se déroule conformément au règlement d'arbitrage élaboré par cette institution. Les parties confient le soin à l'institution d'arbitrage d'organiser tout ou partie de la procédure, et notamment de proposer des arbitres en les choisissant dans une liste de référence déterminée par l'institution.

Il existe en matière de franchise, la Chambre Arbitrale de Paris, qui est l'institution permanente d'arbitrage spécialisée dans les litiges entre franchiseurs et franchisés. Celle-ci exerce son activité en association avec la Fédération Française de la Franchise, et applique le règlement d'arbitrage CAP-Franchise.