

Cour de cassation

chambre civile 1

Audience publique du 15 juin 2017

N° de pourvoi: 16-17108

ECLI:FR:CCASS:2017:C100746

Publié au bulletin

Rejet

Mme Batut (président), président

SCP Ortscheidt, SCP Spinosi et Sureau, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 septembre 2015), que la République de Guinée Equatoriale a conclu un protocole transactionnel stipulant une convention d'arbitrage avec la société France cables et radio, devenue Orange Middle East and Africa (la société), actionnaire avec elle d'une société de télécommunications ; que cette dernière a saisi la Chambre de commerce internationale (la CCI) d'une demande d'arbitrage ;

Sur le moyen unique, pris en ses première et troisième branches, ci-après annexé :

Attendu que ces griefs ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Attendu que la République Equatoriale de Guinée fait grief à l'arrêt de rejeter le recours

en annulation contre la sentence, alors, selon le moyen, que, le recours en annulation d'une sentence arbitrale est ouvert si le tribunal a été irrégulièrement constitué ; que l'arbitre doit révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ; qu'il n'existe aucune obligation spécifique pour les parties de se renseigner sur les arbitres, dès lors que les renseignements qui leur ont été fournis par l'arbitre ou d'autres parties à l'instance ne sont pas de nature à créer un doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'en l'espèce, il est constant que M. X..., président du tribunal arbitral, avait indiqué dans sa déclaration du 14 juillet 2013 n'avoir rien à révéler de nature à mettre en cause son indépendance ou susciter un doute raisonnable sur son impartialité ; que le 21 août 2013, le conseil de la société France cables et radio a pris l'initiative d'informer les avocats de la République de Guinée Equatoriale que M. X... avait, en réalité, été désigné arbitre dans une affaire concernant la société Orange, ayant donné lieu à une sentence en 2007, mais qu'il s'agissait de marchés différents et de types de contrats sans rapports avec la présente procédure arbitrale, de sorte que l'indépendance et l'impartialité de M. X... n'étaient pas douteuses ; qu'en jugeant pourtant que la République de Guinée Equatoriale aurait dû soulever d'éventuelles objections dans le délai de trente jours à compter du 21 août 2013, prévu à l'article 14 du règlement CCI et qu'à défaut elle était supposée y avoir renoncé, quand elle n'était pourtant pas tenue de procéder à des investigations particulières à la suite des informations communiquées le 21 août 2013 et que ce n'est qu'à l'occasion d'une ordonnance de procédure du 24 janvier 2014, qui lui avait semblé partielle, que la République de Guinée Equatoriale a découvert les circonstances précises de ce précédent arbitrage et en particulier qu'il avait porté sur le même sujet et que la presse espagnole s'était fait l'écho du caractère exagérément favorable à la société Orange de la sentence rendue, de sorte qu'en saisissant le 25 janvier 2014 le secrétariat de la CCI, la République de Guinée Equatoriale a bien agi dans le délai de trente jours prévu dans le règlement CCI, la cour d'appel a violé les articles 1456 et 1520, 2°, du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt constate que si, dans sa déclaration d'indépendance en date du 14 juillet 2013, le président du tribunal arbitral a indiqué n'avoir à révéler aucun fait ou circonstance de nature à remettre en cause son indépendance ou à susciter un doute raisonnable dans l'esprit des parties relativement à son impartialité, le conseil de la société a, par lettre du 21 août suivant, informé la République de Guinée Equatoriale de ce que le président avait été désigné plusieurs années auparavant par la CCI dans une procédure d'arbitrage sans rapport avec celle en cours, mais impliquant sa société mère ; qu'ayant relevé que les articles de presse parus sur cet arbitrage, à ne pas les supposer notoires, étaient aisément accessibles et que la République de Guinée Equatoriale, nonobstant l'information reçue, avait reconnu dans l'acte de mission du 24 octobre 2013 que la constitution du tribunal arbitral était régulière et qu'elle n'avait aucune objection à l'encontre des arbitres, la cour d'appel, qui en a déduit qu'elle était réputée avoir renoncé au moyen pris du défaut d'indépendance et d'impartialité, a exactement décidé que le recours en annulation tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral ne pouvait être accueilli ; que le moyen, qui s'attaque à des motifs

surabondants de l'arrêt, est inopérant ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la République de Guinée Equatoriale aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Orange Middle East and Africa la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quinze juin deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils, pour la République de Guinée Equatoriale.

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE de sa demande tendant à l'annulation en toutes ses dispositions de la sentence arbitrale rendue le 8 juillet 2014 ;

Aux motifs que : « Sur le premier moyen d'annulation tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (article 1520 2° du code de procédure civile) :

La REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE fait grief au président du tribunal arbitral de n'avoir pas déclaré un précédent arbitrage rendu moins de trois ans plus tôt au bénéfice de la société ORANGE, dans lequel l'un des arbitres avait dénoncé dans une opinion dissidente la partialité du tribunal. Elle ajoute qu'elle a déposé dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage une demande de récusation qui a été rejetée au fond par la Chambre de commerce internationale.

Considérant qu'aux termes de l'article 1466 du code de procédure civile : « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile

une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir " ;

Considérant que les modalités de présentation de tels moyens au cours de l'instance arbitrale sont fixées, le cas échéant, par le règlement d'arbitrage auquel les parties ont convenu de se soumettre ;

Que suivant l'article 14 (2) du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, la demande de récusation " doit être soumise par une partie, à peine de forclusion, soit dans les trente jours suivant la réception par celle-ci de la notification de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre, soit dans les trente jours suivant la date à laquelle la partie introduisant la récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle invoque à l'appui de sa demande de récusation si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée " ;

Considérant qu'en l'espèce, FCR et la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE ont désigné respectivement comme arbitres, M. Y...et M. Z...; que dans sa session du 18 juillet 2013, la Cour de la Chambre de commerce internationale a nommé en qualité de président du tribunal arbitral, M. Grigera X... lequel avait indiqué dans la déclaration d'indépendance souscrite le 14 juillet 2013 n'avoir à révéler aucun fait ou circonstance de nature à mettre en cause son indépendance ou à susciter un doute raisonnable dans l'esprit des parties relativement à son impartialité ;

Considérant que le 21 août 2013, le conseil de FCR a envoyé par courrier électronique au tribunal arbitral, ainsi qu'aux avocats de la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE le message suivant :

« Comme vous le savez, la présente affaire oppose notre client FCR (filiale à 100 % du groupe France Télécom-Orange) à l'Etat de Guinée équatoriale.

Dans ce cadre, nous souhaitons informer, à toutes fins utiles, les membres du tribunal arbitral ainsi que nos confrères que notre client nous a indiqué que notre Président a été désigné il y a plusieurs années par la CCI dans une affaire n° 15653/ JRF, où France Télécom et Orange étaient parties (sentence rendue en 2009) (ci-après l'Affaire Chambre de commerce internationale EUSKALTEL ").

Nous savons que notre Président n'avait aucune obligation de déclaration de ce précédent dans notre affaire en cours dans la mesure où (i) il a été nommé dans chacune de ces affaires par la CCI (ii) il n'a jamais été désigné arbitre par l'une quelconque des parties à l'arbitrage, (iii) l'affaire CCI EUSKALTEL et notre présente affaire concernent des marchés très différents (l'Espagne dans un cas et l'Afrique dans

l'autre) et des types de contrats sans rapports (exploitation de réseau dans un cas et pacte d'actionnaires dans l'autre), (iv) les questions de fond dans les deux affaires ne sont pas liées, et (v) la sentence rendue dans l'affaire CCI EUSKALTEL remonte à plus de quatre ans.

Néanmoins, notre client souhaite que l'existence de l'affaire CCI EUSKALTEL soit portée à la connaissance de nos confrères à titre d'information. Nous indiquons à nos confrères qu'ils disposent d'un délai de 30 jours à compter de la présente lettre pour soulever d'éventuelles objections (article 14 du Règlement CCI), bien que nous soyons convaincus pour les raisons évoquées ci-dessus, que le Tribunal est en mesure d'accomplir sa mission de façon impartiale et indépendante conformément à l'article 11 du Règlement CCI » ;

Considérant que le 24 octobre 2013, le représentant de la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE a signé l'acte de mission qui stipule notamment en partie VII b) que « les parties reconnaissent que le tribunal arbitral a été régulièrement constitué et qu'elles n'ont, à la date de la signature, aucune objection à l'encontre des arbitres » ;

Considérant que le 25 janvier 2014, la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE a adressé au Secrétariat de la Chambre de commerce internationale une demande de récusation du président du tribunal arbitral fondée sur l'affaire Euskaltel ; que cette demande a été rejetée par la Cour d'arbitrage le 27 février 2014 ;

Considérant que pour soutenir qu'elle n'était pas tardive, la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE fait valoir que ce n'est qu'à la faveur d'une enquête qu'elle a menée après une ordonnance de procédure du 24 janvier 2014 qui lui avait semblé partielle, qu'elle a découvert les circonstances précises de cet arbitrage et en particulier le fait qu'il était plus récent que le laissait entendre FCR, qu'il portait sur le même sujet que la présente affaire, qu'il avait donné lieu à des honoraires très élevés, que l'un des arbitres avait dénoncé la partialité du président dans une opinion dissidente, et que la presse espagnole s'était fait l'écho du caractère exagérément favorable à ORANGE de la sentence rendue dans cet affaire ;

Mais considérant que les seuls éléments que la recourante produit à l'appui de ses allégations selon lesquelles le courrier de FCR du 21 août 2013 ne l'aurait pas totalement éclairée sur les circonstances de l'affaire Euskaltel sont des traductions d'articles de presse espagnole en ligne dont deux datés du 28 juillet 2010 et du 1 février 2011 ; qu'à supposer que de telles informations ne puissent être regardées comme notoires dès la nomination de M. Grigera X..., dont le nom figure expressément dans ces sources, celles-ci étaient aisément accessibles dans le délai de trente jours à compter de la lettre du 21 août 2013, dès lors que l'attention de la REPUBLIQUE DE GUINEE

EQUATORIALE avait été attirée par l'autre partie sur l'existence de ce précédent arbitrage ;

Considérant que la recourante ayant exercé tardivement son droit de récusation au cours de l'arbitrage est réputée avoir renoncé au moyen tiré du défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un membre du tribunal arbitral, peu important d'ailleurs que la demande de récusation ait fait l'objet de la part de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale d'une décision de rejet et non d'irrecevabilité ;

Considérant que le premier moyen d'annulation doit donc être écarté ;

Sur le deuxième moyen d'annulation tiré de la méconnaissance par les arbitres de leur mission (article 1520 3° du code de procédure civile) :

La recourante fait valoir que les arbitres ont fait application du droit espagnol et non pas du droit équato-guinéen choisi par les parties.

Considérant que la mission des arbitres, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties ;

Considérant qu'en l'espèce la partie IX de l'acte de mission signé par les deux parties et les membres du tribunal arbitral énonce :

” IX Droit applicable au fond

La clause compromissoire du Protocole stipule que le droit applicable au fond est le droit équato-guinéen.

La défenderesse a, par ailleurs, indiqué dans sa Réponse à la Demande que le droit positif espagnol est directement applicable en matière de droit des contrats et des obligations ainsi qu'il suit : « le droit équatoguinéen des obligations et des contrats est identique à celui du Royaume d'Espagne », puis a poursuivi sa démonstration sur le fondement du droit positif espagnol. La Demanderesse a, de son côté, marqué son accord à l'application du droit positif espagnol des contrats et des obligations dans sa lettre du 12 août 2013 et a confirmé sa position lors de la conférence téléphonique du 21 août 2013.

Le droit applicable au fond est, par conséquent, d'un commun accord des Parties le droit équato-guinéen, le droit OHADA et à titre interprétatif le droit positif espagnol des obligations et des contrats “ ;

Considérant que la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE soutient qu'au regard de ces stipulations, les arbitres ne pouvaient recourir à la jurisprudence et à la doctrine espagnoles que pour éclairer les dispositions du droit équato-guinéen et non pas faire directement application des règles du code civil espagnol en matière de droit des contrats ;

Mais considérant que la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE a fait valoir dans la procédure d'arbitrage que le Protocole était illicite, d'une part, en ce qu'il stipulait une clause compromissoire pour trancher un litige inarbitrable comme portant sur l'utilisation du domaine public des télécommunications, d'autre part, en ce qu'il faisait obstacle à la délivrance de nouvelles licences et contrevenait ainsi aux règles sur le maintien ou l'abus de position dominante ; que le tribunal arbitral a examiné ces moyens au regard du droit équato-guinéen, du droit de la CEMAC, et du droit de l'OHADA (sentence § 83 à 110) ;

Qu'en ce qui concerne le fond du litige le tribunal arbitral a fait purement et simplement application des stipulations du Protocole en s'appuyant sur les principes de force obligatoire et d'exécution de bonne foi des conventions énoncés par le code civil espagnol ; qu'en interprétant le Protocole au regard de ces principes, qui sont, au demeurant, des règles matérielles du droit international de l'arbitrage, les arbitres n'ont fait qu'adopter la thèse que la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE-qui n'a pas conclu au fond-avait énoncée dans sa réponse initiale à la demande d'arbitrage, à savoir que : “ le droit équato-guinéen des obligations et des contrats est identique à celui du Royaume d'Espagne “ ;

Considérant que le moyen tiré de la méconnaissance par les arbitres de leur mission ne peut donc qu'être écarté ;

Sur le troisième moyen d'annulation tiré de la méconnaissance du principe de la contradiction (article 1520 4° du code de procédure civile) :

La recourante fait valoir que les arbitres ont méconnu le principe de la contradiction, d'une part, en substituant un droit national à un autre sans que les parties en aient discuté, d'autre part, en écartant des débats par l'ordonnance de procédure n° 3 son mémoire n° 3 et des pièces, alors que cette sanction n'avait pas été demandée par FCR et n'avait pas été discutée entre les parties, enfin, en se fondant sur l'article 1100 du

code civil espagnol non invoqué par les parties pour fixer les intérêts.

Sur la première branche du moyen :

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE n'ayant pas conclu sur le fond, les arbitres ont fait application des stipulations contractuelles à la lumière du droit espagnol conformément à la volonté exprimée par cette partie dans l'acte de mission ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Considérant que l'ordonnance de procédure n° 3 du 18 novembre 2013 a écarté des débats, d'une part, toutes les pièces de la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE qui n'avaient pas été produites au plus tard le 12 novembre 2013, conformément à la directive du tribunal arbitral du 9 novembre 2013 ayant accordé à cette partie un nouveau délai de production, d'autre part, le mémoire n° 3 qui, en méconnaissance des instructions de l'ordonnance de procédure n° 1, se bornait à développer des exceptions d'incompétence sans aborder le fond du litige ;

Considérant que, contrairement à ce que prétend la recourante, FCR a expressément demandé que ces écritures et ces pièces soient écartées des débats par un courriel du 14 novembre 2013 auquel la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE a répondu le même jour (ordonnance n° 3, § 8 et 9) ;

Qu'en ses deux premières branches, le moyen ne peut qu'être écarté » ;

Alors que, d'une part, à peine de nullité, tout jugement doit être signé par le président et par le greffier ; qu'en cas d'empêchement du président, mention en est faite sur la minute qui est signée par l'un des juges qui en ont délibéré ; qu'un président nommé conseiller à la Cour de cassation et installé dans ses fonctions antérieurement à la date de l'arrêt n'est pas empêché de signer la minute, mais est sans droit pour procéder à cette formalité ; qu'en l'espèce, il résulte des mentions de l'arrêt rendu le 22 septembre 2015 qu'il a été signé par Madame GUIHAL, conseillère, en remplacement de Monsieur le président ACQUAVIVA, empêché ; que par décret du président de la République en date du 6 août 2015, Monsieur ACQUAVIVA avait pourtant été nommé conseiller à la Cour de cassation et installé dans ses fonctions à la suite d'une audience solennelle du 31 août 2015 ; qu'il était donc sans droit pour signer l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 22 septembre 2015 ; qu'en l'état de ces mentions, desquelles il résulte que

Monsieur ACQUAVIVA était donc sans droit pour signer l'arrêt rendu le 22 septembre 2015, la Cour d'appel a violé les articles 456 et 458 du code de procédure civile ;

Alors que, d'autre part, le recours en annulation d'une sentence arbitrale est ouvert si le tribunal a été irrégulièrement constitué ; que l'arbitre doit révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ; qu'il n'existe aucune obligation spécifique pour les parties de se renseigner sur les arbitres, dès lors que les renseignements qui leur ont été fournis par l'arbitre ou d'autres parties à l'instance ne sont pas de nature à créer un doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'en l'espèce, il est constant que Monsieur X..., président du tribunal arbitral, avait indiqué dans sa déclaration du 14 juillet 2013 n'avoir rien à révéler de nature à mettre en cause son indépendance ou susciter un doute raisonnable sur son impartialité ; que le 21 août 2013, le conseil de la société FCR a pris l'initiative d'informer les avocats de la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE que Monsieur X... avait, en réalité, été désigné arbitre dans une affaire concernant la société ORANGE, ayant donné lieu à une sentence en 2007, mais qu'il s'agissait de marchés différents et de types de contrats sans rapports avec la présente procédure arbitrale, de sorte que l'indépendance et l'impartialité de Monsieur X... n'étaient pas douteuses ; qu'en jugeant pourtant que la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE aurait dû soulever d'éventuelles objections dans le délai de trente jours à compter du 21 août 2013, prévu à l'article 14 du Règlement CCI et qu'à défaut elle était supposée y avoir renoncé, quand elle n'était pourtant pas tenue de procéder à des investigations particulières à la suite des informations communiquées le 21 août 2013 et que ce n'est qu'à l'occasion d'une ordonnance de procédure du 24 janvier 2014, qui lui avait semblé partielle, que la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE a découvert les circonstances précises de ce précédent arbitrage et en particulier qu'il avait porté sur le même sujet et que la presse espagnole s'était fait l'écho du caractère exagérément favorable à la société ORANGE de la sentence rendue, de sorte qu'en saisissant le 25 janvier 2014 le secrétariat de la CCI, la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE a bien agi dans le délai de trente jours prévu dans le règlement CCI, la Cour d'appel a violé les articles 1456 et 1520, 2° du code de procédure civile ;

Alors qu'enfin le recours en annulation d'une sentence arbitrale internationale est ouvert lorsque le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; qu'en l'espèce, la REPUBLIQUE DE GUINEE EQUATORIALE faisait expressément valoir dans ses écritures qu'au paragraphe 127 de la sentence arbitrale du 8 juillet 2014, le tribunal avait appliqué, à titre principal et non interprétatif, le droit civil espagnol et non le droit équato-guinéen comme il en avait été convenu selon les propres termes de l'acte de mission signé par les deux parties (conclusions, pp. 13-14) ; qu'en ne procédant à aucune analyse de la portée de ce paragraphe, d'où il résultait pourtant ouvertement que le tribunal arbitral avait méconnu sa mission, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1520, 3° du code de procédure civile.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, du 22 septembre 2015