



Editorial

Élu à la présidence de l'AFA l'année où l'institution fête ses 60 ans d'existence, je ne pouvais rédiger mon premier éditorial sans rendre un hommage appuyé aux éminents

Confrères qui m'ont précédé dans cette fonction. Nous devons à Jean Robert, un des pères de l'arbitrage moderne en France, d'avoir créé en 1957 (après avoir créé le Comité Français d'Arbitrage en 1953) le Centre Judiciaire d'Arbitrage. L'institution était alors essentiellement composée d'avocats et ses promoteurs avaient le projet d'entretenir des liens étroits avec les magistrats professionnels et consulaires, ce qui fut fait. En 1977, l'institution devient l'Association Française d'Arbitrage. Elle s'ouvre pleinement aux opérateurs économiques et ne cessera depuis lors de compter des juristes d'entreprise parmi les membres de son conseil d'administration, outre d'éminents professeurs de droit au premier chef desquels Berthold Goldman qui restera au Conseil jusqu'à sa mort en 1993.

Jean Robert allait présider l'AFA jusqu'en 1987, année où le Bâtonnier Mollet-Viéville, qui avait également participé à la création de l'institution, le remplaçait dans ses fonctions. A la génération des « pères fondateurs » allait succéder celle de leurs collaborateurs directs. Geneviève Augendre prenait le relai en 2003 puis Bertrand Moreau en 2015, qui avait assuré la présidence du Comité Français de l'Arbitrage de 1986 à 2004 et ainsi contribué au rayonnement du droit français de l'arbitrage pendant de nombreuses années.

Au cours de leur mandat respectif, mes prédécesseurs immédiats ont engagé la transition générationnelle indispensable au renouveau de l'institution. Elle s'est concrétisée par un conseil d'administration recomposé dans une démarche de diversité : rajeunissement, internationalisation et féminisation pour refléter l'évolution du monde de l'arbitrage.

C'est donc en héritier d'une grande tradition française de l'arbitrage, qui fait de Paris la première place mondiale de l'arbitrage, que j'entends assurer mon mandat de Président de l'AFA. Je sais qu'à cette fin, je pourrai compter sur l'assistance d'un conseil d'administration et d'un comité d'arbitrage constitués de praticiens parmi les plus réputés de la place (avocats, experts, juristes d'entreprises, professeurs d'université).

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

DOSSIER

Aperçu des pratiques anglo-saxonnes

L'incitation à l'utilisation des MARDs, en droit anglais de la procédure

Maria Beatriz BURGHETTO
Avocat

L'incitation à l'arbitrage aux États-Unis

Florence G'SELL
Professeur

ACTUALITÉS

- De l'ARBITRAGE
- A L'INTERNATIONAL
- De la MEDIATION

INFORMATIONS

- Nouvelle présidence
- Nouveau membre du Conseil
- Nouveaux membres AFA
- Conférence AFA 2017
- Dîner débat AFA 2017
- N° 15 Revue togolaise de droit des affaires et de l'arbitrage

JURISPRUDENCE



Join our group

Ensemble, nous convaincrions les acteurs économiques de l'intérêt de recourir à l'arbitrage institutionnel en matière internationale bien sûr mais également en matière interne. J'entends à cette fin promouvoir les valeurs qui ont toujours constitué le socle de l'AFA : indépendance, confidentialité et éthique outre une farouche volonté de mesurer les coûts.

Si l'AFA est fière de compter parmi les institutions historiques d'arbitrage en France, elle n'a pas moins la conscience aigüe d'appartenir à un monde globalisé. Je m'attacherai donc à développer son ouverture à l'international. La Lettre de l'AFA s'intéresse régulièrement aux droits étrangers de l'arbitrage. Dans les pages qui suivent, deux articles vous permettront de vous familiariser avec les mécanismes mis en place en Grande-Bretagne et aux États-Unis pour favoriser le recours à l'arbitrage. Certains sont proches de mécanismes existant en France, d'autres sont plus originaux. La lecture de ces contributions permettra de vous faire une opinion de ce qui pourrait être ou pas transposé en France.

Marc HENRY

Président de l'AFA

APERÇU DES PRATIQUES ANGLO-SAXONNES

L'INCITATION À L'UTILISATION DES MODES ALTERNATIFS DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS, EN DROIT ANGLAIS DE LA PROCÉDURE



Les dernières réformes des règles procédurales de l'Angleterre et le Pays-de-Galles («CPRs») semblent avoir eu du succès^[1] à favoriser l'utilisation des modes alternatifs de résolution de différends (« MARDs »)^[2]. Cet encouragement des MARDs fait partie des recommandations de 2010 du juge de la Cour d'appel Rupert Jackson, relatives au coût de la justice, les conclusions de son rapport établissant que les MARDs ne sont pas suffisamment utilisés, excepté par certains cours, et qu'ils constituent un outil efficace pour diminuer le coût du contentieux.

Cet article décrit brièvement d'abord les mesures prises en Angleterre pour inciter les parties à recourir davantage aux MARDs (I), et examine ensuite la convenance d'adapter de tels dispositifs au droit français, en faisant quelques suggestions à cette fin, visant principalement les affaires civiles et commerciales (hors droit de famille, droit social et droit de la consommation) (II).

Partie I : Les axes du soutien aux MARDs en Angleterre impliquent autant les cours que les avocats

Le rapport de Lord Jackson, dont la plupart des recommandations a été mise en place en avril 2013, préconise la réalisation d'une « campagne sérieuse » pour s'assurer que les avocats, les juges et d'autres utilisateurs des MARDs soient bien conscients des bénéfices des MARDs. La publication d'un manuel à cet effet - le «Jackson ADR Handbook» - explique ce que sont les MARDs et comment ils peuvent être utiles, en incluant également les coordonnées des fournisseurs de MARDs^[3]. Lord Jackson considère en outre que le recours aux MARDs devrait continuer à ne pas être obligatoire pour les parties.

Par ailleurs, la réforme des CPRs de 1999, basée sur le rapport de Lord Woolf, et dont la philosophie était d'éviter le contentieux et de promouvoir la transaction et la coopération entre les parties, a développé les «Pre-action Protocols» (protocoles pré-contentieux)^[4], qui mettent en relief l'utilité des MARDs.

Ainsi, l'objectif général des CPRs est de « permettre à la cour de traiter les affaires de manière juste et à un coût proportionné »^[5]. La cour doit promouvoir cet objectif en « gérant les affaires de manière active^[6], ce qui implique d'encourager les parties à utiliser l'un des MARDs « si la cour considère ceci approprié » et d'en « faciliter l'utilisation »^[7]. Les parties doivent, elles aussi, coopérer avec la cour dans la poursuite de l'objectif général^[8].

Par ailleurs, les cours peuvent prendre des mesures ou rendre des ordonnances tendant à aider les parties à obtenir une transaction^[9], mais elles ne peuvent en aucun cas obliger les parties à recourir à un des MARDs. Quant aux avocats, ils sont obligés - de par leur déontologie - d'informer leurs clients sur les MARDs^[10] et sur les conséquences possibles en cas de refus non justifié d'en faire usage.

Manifestations du support aux MARDs

Le soutien aux MARDs prend plusieurs formes dans le droit processuel anglais, dont notamment :

- Des dispositions détaillées dans le Guide de l'amirauté et des tribunaux commerciaux concernant les MARDs ;
- Des « protocoles pré-contentieux » encourageant l'utilisation des MARDs et obligeant les parties à montrer qu'elles les ont considérés sérieusement ;
- La création de schémas de médiation associés aux tribunaux et l'Évaluation Neutre Anticipée^[11] ;
- Des décisions judiciaires imposant des pénalités pour défaut d'utiliser des MARDs pour résoudre le différend.

Le support aux MARDs s'appuie largement sur le pouvoir disciplinaire exercé sur les avocats et les parties

1 - Guides de certains tribunaux

Les guides émis par les différentes cours sur la conduite de la procédure menée devant elles, tels que, par exemple, celui de la Technology and Construction Court («TCC»),^[12] reprennent non seulement les avantages des MARDs, mais décrivent également le comportement requis des parties à ce sujet avant d'entamer une procédure ainsi que les mesures que la cour peut prendre pour encourager les parties à avoir recours aux MARDs.

2 - Protocoles pré-contentieux

Ces protocoles (i) établissent les démarches à suivre par les parties avant d'entamer l'action judiciaire et (ii) encouragent les parties à bien communiquer entre elles et à aboutir à une transaction rapidement^[13]. Tous ces protocoles contiennent l'obligation de (a) la partie demanderesse d'informer la partie défenderesse en détail sur sa réclamation et (b) celle de la partie défenderesse de répondre à une telle réclamation dans un délai strict. De plus, les parties doivent échanger les documents clés de leurs dossiers respectifs, et se mettre d'accord, le cas échéant, sur le recours à un expert ; elles doivent évaluer si le recours à un des MARDs serait approprié et préciser alors quelle modalité serait la plus adéquate. La cour pourra ultérieurement exiger des parties de démontrer qu'elles ont d'abord considéré le recours aux MARDs avant d'aller devant les tribunaux étatiques, le procès étant « le dernier ressort ».

Par ailleurs, si l'une des parties ne répond pas à l'invitation de l'autre à participer à un des MARDs ou refuse d'y participer, son attitude peut être considérée déraisonnable par la cour, qui peut aller jusqu'à condamner ladite partie aux frais et dépens. Ceci s'applique également aux types d'affaires pour lesquels il n'y a pas de protocole pré-contentieux spécifique^[14]. Rappelons qu'en Angleterre, la règle est «costs follow the event» (les coûts suivent le résultat) ; c'est à dire, la partie vaincue doit supporter les frais et les dépens de la partie victorieuse^[15] susceptibles d'être élevés en Angleterre !

Au stade pré-contentieux judiciaire, c'est aux avocats d'informer leurs clients de leur obligation de considérer sérieusement le recours aux MARDs^[16], une obligation qui se prolonge également tout au long de la procédure judiciaire.

3- Dispositifs liés aux MARDs existant au sein des tribunaux anglais

- Service de Médiation pour des petits litiges («Small Claims Mediation Service»)^[17] : pour les affaires dont le montant réclamé ne dépasse pas les £ 10 000 (€ 11 000), la County Court (cour de comté) envoie les parties automatiquement à une médiation gratuite fournie par la cour, excepté dans les cas où (a) l'une des parties s'y oppose ; ou (b) le litige est lié à un accident de la circulation, ou aux dommages corporels ou à l'état physique des immeubles commerciaux à la fin d'un contrat de bail commercial^[18].
- Schéma de médiation de la TCC («Court Settlement Process») : les juges siègent en tant que médiateurs.
- Résolution de différends financiers de la Cour d'équité («Chancery Financial Dispute Resolution - Chancery FDR») : le juge facilite les négociations des parties, pouvant émettre une opinion sur l'affaire, cette méthode s'avérant appropriée dans des cas où il y a une forte animosité entre les parties.
- Schémas de MARDs de la Cour d'appel («Court of Appeal ADR Schemes») (depuis 2012) : un médiateur agréé est désigné dans un des 3 schémas suivants :
 - Réclamations contractuelles d'un montant allant jusqu'à £ 250 000 (€ 273 300)
 - Affaires familiales
 - Affaires non-familiales.

4- Mesures et sanctions possibles adoptées par les cours en cas de non-conformité des parties

Une fois le procès déclenché, les parties doivent indiquer à la cour s'il y a lieu de le suspendre afin qu'elles tentent de parvenir à une transaction par l'utilisation des MARDs. Ainsi, pour les litiges dont le montant est réduit, ne dépassant les £ 10 000 (€ 11 000), et alors qu'elles remplissent un questionnaire de direction que la cour leur adresse une fois la réponse à la demande produite, les parties doivent l'informer si elles souhaitent se soumettre au système gratuit de médiation mis en place par la cour.^[19] Pour les réclamations de montants supérieurs, l'avis des parties à ce sujet est sollicité soit dans des questionnaires de direction, soit lors de l'audience de gestion de l'affaire («case management conference») et lors de tout examen de l'affaire ayant lieu avant l'audience de témoins ou de plaidoirie.

Pendant la procédure, dans l'exercice de sa faculté/devoir de gérer la procédure de manière active^[20], le juge peut également décider de mettre en place une Évaluation Neutre Anticipée^[21] dans le but d'aider les parties à aboutir à une transaction^[22]. Il doit prendre en compte, lors de l'émission des ordonnances, l'exécution ou l'inexécution par les parties des obligations pré-contentieuses et, le cas échéant, du protocole pré-contentieux applicable ; cela inclut le devoir de considérer la pertinence des MARDs et de ne pas répondre de façon déraisonnable à une invitation de la partie adverse d'utiliser les MARDs^[23]. Si l'une des parties est défaillante, le juge peut lui ordonner de payer une somme d'argent à la cour, somme qui servira comme garantie des sommes à payer par cette partie à d'autres parties, si nécessaire^[24].

Enfin, lors de la répartition des coûts de la procédure, le juge peut pénaliser la partie défaillante, c'est à dire, celle qui a délaissé ses obligations en vertu du protocole pré-contentieux applicable ou, à défaut, des directrices pratiques (« Practice Directions») :

- en condamnant ladite partie, même si elle est la partie gagnante, aux frais et dépens raisonnables de la partie adverse ; ou
- en la condamnant à payer les frais et dépens de la partie adverse en tant qu'une « indemnité », c'est à dire, aux dépens réels encourus par la partie adverse ; ou
- en réduisant ou en supprimant les intérêts de retard sur les sommes à payer par la partie perdante, le cas échéant ; ou
- en augmentant le taux d'intérêt des intérêts de retard sur les sommes à payer par la partie défaillante pendant une certaine période, pouvant aller jusqu'à 10% au-dessus du taux normal^[25].

En effet, de nombreuses décisions relatives aux frais et dépens sont fondées sur l'attitude des parties ayant refusé d'aller en médiation sans donner de raison valable aux yeux de la cour, ou dont la raison avancée pour le refus traduisait une méconnaissance de l'utilité des MARDs^[26]. Dans l'affaire *Halsey vs*

Milton Keynes NHS Trust^[27], la Cour d'appel a fourni des lignes directrices concernant les aspects dont une cour doit tenir compte lorsqu'elle évalue si l'une des parties était justifiée dans son refus d'aller à une médiation, soit :

- la nature du différend ;
- le fond de l'affaire ;
- la mesure dans laquelle d'autres MARDs ont été tentés ;
- si, oui ou non, le coût du MARD choisi serait disproportionné (trop élevé) ;
- si, oui ou non, le temps de mettre en place le MARD choisi aurait causé un retard préjudiciel, et
- si le MARD choisi aurait eu des perspectives raisonnables de succès.

En outre, les CPRs prévoient également la possibilité pour le défendeur de faire une offre de transaction avant et pendant la procédure. En rejetant une telle offre, le demandeur s'expose à être condamné au paiement des frais calculés en proportion de la condamnation éventuellement prononcée par la cour si cette somme équivaut à celle proposée au préalable par le demandeur^[28].

Partie II : L'adoption en France d'une approche souhaitable mettant l'accent sur les devoirs des cours, des avocats et des parties

En France, la conciliation fait partie de la mission générale du juge, qui peut également la déléguer à un conciliateur judiciaire à tout moment pendant le procès^[29]. De leur côté, les parties ont l'obligation, depuis 2015, de préciser, dans l'acte introductif d'instance, « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. »^[30]

Une étude relative au développement des modes amiables de règlement des différends réalisée par l'Inspection Générale des Services Judiciaires et publiée en avril 2015^[31], a constaté le succès de la conciliation judiciaire en France, en raison notamment de sa gratuité, ainsi que de la médiation conventionnelle. Elle souligne en outre le manque de développement de la médiation judiciaire^[32].

Par ailleurs, le rapport mentionné ci-dessus observe, de manière très juste, que l'une des raisons pour lesquelles les parties préfèrent un procès plutôt qu'un règlement amiable (ou en utilisant l'un des MARDs, dirions-nous) de leur conflit est lié au fait qu'en France, l'accès direct, simple et peu coûteux au juge peut rendre dissuasif le recours à un MARD^[33].

Le rapport contient des nombreuses recommandations^[34], toutes très utiles, dont nous soulignons quelques-unes, que nous proposons d'étendre à tous les MARDs, le cas échéant, et non seulement à la médiation et la conciliation :

- (i) renforcement de la formation et la centralisation de l'accréditation des conciliateurs et médiateurs, ce qui pourrait s'étendre aux arbitres également, en vue de rassurer les prescripteurs au sujet de la qualité des services de ces acteurs ;
- (ii) création d'un circuit simple et rapide pour l'homologation des accords des parties suite à une conciliation ou médiation ;
- (iii) instauration d'un circuit prioritaire pour remettre au rôle le dossier devant le juge, lorsque la méthode amiable utilisée a échoué ;
- (iv) renforcement et systématisation de la formation des acteurs judiciaires aux MARDs ;
- (v) formation des avocats à l'accompagnement de leurs clients dans le cadre des MARDs ;
- (vi) valorisation de l'intervention, au titre de l'aide juridictionnelle, des avocats qui acceptent au nom de leurs clients de s'engager dans un processus de MARD ;
- (vii) adoption de dispositions fiscales favorables aux accords de médiation et de conciliation ; et
- (viii) organisation de campagnes d'information sur les MARDs.

Nous considérons, néanmoins, qu'il faudrait également prendre en compte le pouvoir d'incitation des aspects pécuniaire et déontologique. Il serait également souhaitable d'impliquer les acteurs judiciaires et les avocats plus fortement dans une « campagne » en faveur de l'utilisation croissante des MARDs, en leur imposant certaines obligations concernant ces méthodes, avec une stricte surveillance de l'exécution desdites obligations et des conséquences prévues en cas de défaillance.

Ainsi, le système français, même sans adopter la règle anglaise stricte d'imposer les frais et dépens à la partie perdante, pourrait mettre en place les mesures suivantes :

(a) adoption de protocoles pré-contentieux obligatoires pour les avocats et leurs clients imposant ainsi l'obligation de proposer à la partie adverse au moins l'un des MARDs avant d'entamer le procès et également pendant le procès, comme en Angleterre, (i) sous peine, pour la partie défaillante, d'être condamnée à payer une pénalité qui pourrait consister - au minimum - à payer les frais et dépens réels encourus par la partie adverse - ce qui s'appliquerait également en cas de silence ou de refus non-justifié d'essayer l'un des MARDs, même s'il s'agit de la partie victorieuse au procès, et (ii) au risque, pour l'avocat, de voir engagée sa responsabilité ou, tout au moins, de subir une sanction disciplinaire, s'il a omis d'informer son client de l'existence et l'utilité des MARDs ;

(b) créer une obligation pour le juge - qui engagerait aussi notamment le greffier et l'huissier, le cas échéant -, qui s'étendrait tout au long de la procédure, (i) de surveiller l'exécution de l'obligation identifiée en (a) ; (ii) d'identifier dès le début les affaires (ou les étapes de chaque affaire) qui selon lui seraient les plus appropriées pour tenter une conciliation, une médiation, un arbitrage ou un des autres MARDs et ensuite (iii) proposer aux parties d'y recourir. Le manquement à cette obligation par le juge - ou autres - pourrait lui attirer des sanctions disciplinaires ;

(c) renforcer le pouvoir des juges d'imposer des pénalités pour procédure abusive^[35] aux parties qui auraient abusé de leur droit de faire recours à la justice dans des instances où l'un des MARDs aurait été mieux adapté au différend ;

(d) adopter l'Évaluation Neutre Anticipée par un tiers indépendant (avocat, expert, ancien juge, par exemple) et, concernant l'arbitrage, une instruction aux juges d'encourager la résolution des affaires techniques nécessitant d'une expertise marquée (construction, baux commerciaux, etc.) par un arbitre ou arbitres ;

(e) créer des structures pour l'utilisation des MARDs qui soient proches physiquement des cours et dont le coût ne soit pas dissuasif pour les parties^[36].

Finalement, comme le signale le rapport mentionné ci-dessus, « (q)uelle que soit la nature du contentieux, la mise en œuvre de ces pratiques nécessite un investissement significatif de la part des acteurs qui y participent, magistrats, greffes, avocats, médiateurs. »^[37] Il conviendrait de fortifier cet investissement individuel, y compris celui des parties au contentieux, à travers l'adoption d'une politique solide en faveur de l'utilisation des MARDs en France.

Maria Beatriz Burghetto

*Avocat aux Barreaux de Paris et de Buenos Aires
Admise à l'inscription au Barreau d'Angleterre et pays de Galles*

[1] Selon une étude publiée par le CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution) en mai 2016, 10 000 médiations dans des affaires commerciales ont été réalisées en 2015 en Angleterre, soit une hausse de 5% par rapport à 2014, représentant une épargne de £ 2,8 millions (€ 3 millions) pour les entreprises et des revenus de £ 22,6 millions (€ 24,8 millions) pour les médiateurs.

[2] Nous adoptons ici la définition des MARDs figurant dans le «Jackson ADR Handbook», selon laquelle les MARDs rassemblent tous les modes alternatifs au procès judiciaire qui sont potentiellement disponibles pour résoudre des contentieux civils des parties, impliquant ou non un tiers indépendant et dans leur version « juridictionnelle », tels que l'arbitrage, la décision par un expert («adjudication» et «expert determination»), ou « amiables », tels que l'offre et l'acceptation, la négociation, la médiation, le « mini-trial », la conciliation, les procédures de plainte ou de grief et autres.

[3] Pour ce qui est de la médiation, les institutions les plus connues en Angleterre sont le CEDR et le Civil Mediation Council (CMC). Ces institutions privées surveillent les sociétés qui fournissent des services de médiation et les médiateurs individuels et se chargent également de l'agrément desdits fournisseurs.

[4] Types d'affaires pour lesquelles existent des Protocoles pré-contentieux : des réclamations liées à (i) la construction et l'ingénierie ; (ii) la diffamation ; (iii) les dommages corporels ; (iv) la responsabilité médicale ; (v) la responsabilité professionnelle ; (vi) le contrôle judiciaire de la législation secondaire ; (vii) les maladies ; (viii) l'état de délabrement des logements ; (ix) la prise de possession d'immeubles sur la base d'une hypothèque ; (x) la repossession d'immeubles par des bailleurs sociaux ; (xi) des dommages corporels causés par des accidents de la circulation ; (xii) l'état physique des immeubles commerciaux à la fin d'un contrat de bail commercial et (xiii) des dommages corporels dont le montant est bas (responsabilité des employeurs et publique).

[5] CPR 1.1(1).

[6] CPR 1.4(1).

[7] CPR 1.4(2)(e).

[8] CPR 1.3.

[9] CPR 1.4(1).

[10] Code déontologique des solicitors, «Outcome» (résultat) 1.12 : les avocats doivent s'assurer que leurs clients sont en mesure de prendre des décisions éclairées concernant les services dont ils ont besoin, comment leurs affaires vont être gérées et les options disponibles pour eux.

[11] Voir paragraphe 4 ci-dessous.

[12] Guide disponible sur ce lien :

<https://www.gov.uk/government/publications/technology-and-construction-court-guide>.

[13] Voir site Internet LawTeacher, novembre 2013, Woolf Reforms. [online]. Disponible sur :

<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/civil-law/woolf-reforms.php?cref=1> .

[14] Voir Practice Direction - Pre-action conduct and Protocols (Directrice Pratique - Comportement et Protocoles pré-contentieux), disponible sur ce lien :

https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct.

[15] CPR 44.2(2)(a). Cette règle est applicable dans la plupart des procédures, mais la cour garde toujours la faculté de s'en détourner (CPR 44.2(2)(b)).

[16] Code déontologique des solicitors, « Outcome » (résultat) 1.12 : les avocats doivent s'assurer que leurs clients sont en mesure de prendre des décisions éclairées concernant les services dont ils ont besoin, comment leurs affaires vont être gérées et les options disponibles pour eux.

[17] CPR 26.4A et 26.5(2A) : ce service n'est pas disponible.

[18] En février 2015, le Conseil de Justice Civil a recommandé la mise en place d'un système de résolution de différends en ligne («Online Dispute Resolution»), pour les affaires dont le montant réclamé est bas (rapport disponible sur :

<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>).

[19] Cette médiation est conduite par un employé du tribunal, qui n'est pas un juge, ayant été formé pour ce faire. Il s'agit normalement d'une audience par téléphone qui dure une heure, approximativement.

(lien : <http://www.smallclaimscourtgenie.co.uk/small-claims-mediation-service/>).

[20] «Active case management duty» - CPR 1.4(2)(e).

[21] Un expert juridique tiers - un *barrister* indépendant ou un ancien juge - examine les faits et les questions juridiques de l'affaire et rend un avis (non-contraignant) sur l'éventuel résultat si l'affaire devait être soumise à la cour. Si un juge est l'évaluateur, ce juge ne sera pas saisi si la réclamation se poursuit.

[22] CPR 3.1(2)(m).

[23] CPR 3.1(4).

[24] CPR 3.1(5) et (6A).

[25] Directrice pratique - Comportement et Protocoles pré-contentieux, paragraphe 16

(lien : https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct#18.1).

[26] L'une des plus connues est l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Dunnett v Railtrack* (2002) 2 All ER 850, le premier cas où la cour a pénalisé la partie victorieuse pour avoir refusé d'aller à la médiation quand la cour l'avait proposé. Dans cette affaire, la Cour d'appel a refusé de condamner la partie demanderesse (vaincue) aux frais et dépens, même si la partie défenderesse avait fait des offres de transaction, parce que cette dernière avait refusé de considérer tout recours à une médiation, croyant que celle-ci impliquait davantage des frais : la

Cour d'appel a interprété cet argument comme une totale ignorance des MARDs et, en particulier, de l'aptitude reconnue des médiateurs expérimentés pour conduire les parties à une solution satisfaisante pour toutes les deux, même dans les cas où les parties s'opposaient de façon très passionnée, mettant en œuvre des solutions qui sont hors de portée pour les conseils et les tribunaux. La cour a également rappelé l'obligation des conseils et des parties d'aider les tribunaux à accomplir l'objectif général des règles de la procédure civile anglaise.

[27] (2004) EWCA Civ 576.

[28] CPR 36 («Part 36 offer» ou « offre Article 36 (des CPRs) »).

[29] Article 860-2, CPC (modifié par Décret N° 2015-282 du 11 mars 2015).

[30] Articles 56 et 58, CPC (modifiés par Décret N° 2015-282 du 11 mars 2015) ; voir également l'Article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, qui impose l'obligation aux parties de justifier des démarches préalables de solution amiable dans les litiges où le montant réclamé ne dépasse pas la somme de 4 000 €.

[31] Rapport disponible sur :

http://www.justice.gouv.fr/publication/2015_THEM_Rapport_definitif_reglement_conflits.pdf.

[32] A ce sujet, le rapport constate que, bien que certaines cours prennent des initiatives qui favorisent la médiation, « elles ne s'inscrivent pas dans une politique publique et cohérente » en faveur des MARDs (p. 18 du rapport).

[33] Voir la page 35 du rapport.

[34] Voir la liste des recommandations en pages 7-9 du rapport dont quelques-unes semblent avoir été suivies par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[35] Voir Articles 32-1, 559 et 628, CPC.

[36] Pour adresser l'argument sur le coût plus élevé de l'arbitrage, par rapport au procès, le juge pourrait rappeler aux parties qu'il n'y aurait pas d'appel - sauf accord des parties - et que cette méthode donne davantage le contrôle de la durée et du coût de la procédure aux parties.

[37] Page 17 du rapport.

L'INCITATION À L'ARBITRAGE AUX ÉTATS-UNIS



Les politiques d'incitation à l'arbitrage menées aux États-Unis depuis les années 1980 découlent directement du souci de soulager des juridictions civiles étatiques et fédérales engorgées par un contentieux qui n'a cessé de croître en volume depuis la fin de la deuxième guerre mondiale^[1]. Entre 1962 et 1974, le recours au juge s'est banalisé et le nombre de litiges civils traités par les juridictions fédérales a doublé, conduisant à un allongement sensible des délais de justice^[2]. En réaction contre ce « trop de droit » (*too much law*)^[3], il a alors été suggéré de retirer aux tribunaux les litiges de faible montant, le contentieux de la consommation, et, plus largement, tous les petits litiges du quotidien^[4]. Le législateur et les tribunaux américains développèrent alors une politique d'incitation aux modes alternatifs de règlement des litiges, qui est encore d'actualité^[5]. Cette stratégie a permis l'essor des procédures amiables^[6].

Parallèlement à ce développement des solutions négociées, l'intérêt des juristes et des juges s'est porté sur l'arbitrage, qui suscitait originellement la méfiance des juristes américains. En effet, la justice arbitrale permet, elle aussi, de lutter contre la surcharge des tribunaux tout en offrant un moyen rapide et confidentiel de résoudre le litige. A partir du début des années 1980, le champ de validité des clauses compromissoires a été nettement étendu par la jurisprudence fédérale (I). Un système original d'arbitrages obligatoires, pouvant être ordonnés par le juge en l'absence de compromis d'arbitrage («*court-ordered arbitrations*» ou «*mandatory arbitrations*») a également vu le jour (II).

I. L'extension du champ d'application de la validité des clauses compromissoires

À l'origine, le *Common Law* des États-Unis ne reconnaissait aucune force obligatoire aux clauses compromissaires. Ce n'est qu'au début du XXe siècle, à l'initiative de la *New York Chamber of Commerce* et de l'*American Bar Association*, qu'une campagne en faveur de l'arbitrage a été menée, qui a abouti, dans l'État de New York, à l'adoption du *New York Arbitration Act*^[7] de 1920. Le Congrès Fédéral a ensuite adopté, en 1925, le *Federal Arbitration Act* (FAA)^[8] grâce au soutien intense du *Secretary of Commerce* qui croyait en la possibilité, pour les entreprises, de s'« auto-réguler » par ce biais. Les deux textes comportent beaucoup de dispositions semblables. Ils prévoient notamment que les engagements écrits de recourir à l'arbitrage stipulés dans des contrats relatifs au commerce («*contracts involving commerce*») sont valides, irrévocables et exécutoires («*valid, irrevocable, and enforceable*»)^[9]. Le FAA prévoit en outre que la procédure judiciaire est obligatoirement suspendue lorsqu'une clause compromissoire est invoquée, ce qui oblige le juge à surseoir à statuer. La loi fédérale dispose également que le tribunal ne peut ensuite modifier la sentence arbitrale que dans des hypothèses marginales, même si des erreurs importantes ont été commises. En effet, seuls quatre motifs, strictement interprétés, peuvent permettre d'écarter la sentence : la fraude, la partialité d'un arbitre, le refus d'un arbitre de recevoir des moyens de preuve pertinents, l'excès de pouvoir commis par un arbitre compte-tenu des prérogatives qui lui était conférées^[10]. Il est impossible de revenir sur une sentence en présence d'erreurs de fait ou de droit.

Aux termes du FAA, les clauses compromissaires n'étaient validées que pour les contrats commerciaux, à l'exclusion des contrats de travail ou de consommation. Le texte a été, sur ce point, interprété restrictivement entre 1925 et 1980 par les tribunaux américains, qui n'en retenaient, du reste, l'application que pour les litiges relevant de la compétence fédérale. La Cour suprême fédérale est cependant revenue sur cette jurisprudence et a progressivement admis que le texte s'applique à tous les types de litiges^[11]. A partir de 1984, plus d'une vingtaine de décisions de la Cour suprême sont intervenues afin d'étendre le champ d'application du FAA^[12], qui est réputé primer sur toute loi étatique venant lui faire obstacle^[13]. Il est ainsi devenu quasi-impossible aux États de refuser de donner effet aux clauses compromissaires opposées aux salariés ou aux consommateurs^[14].

A la faveur de cet élargissement important de leur champ de validité, les clauses compromissaires se sont répandues dans les contrats de travail et de consommation. Elles sont souvent stipulées dans l'objectif d'empêcher les consommateurs d'intenter ou de se joindre à des actions de groupe, raison pour laquelle les associations de consommateurs américaines les contestent fréquemment. Il est parfois arrivé que les tribunaux étatiques, notamment en Californie, acceptent de les écarter au motif que la renonciation au droit d'exercer une action collective est «*unconscionable*» (non exécutoire car grossièrement inéquitable). De telles décisions, rares, ont été battues en brèche par un arrêt de principe de la Cour Suprême de 2011^[15], qui a jugé ces clauses compromissaires valables au regard du FAA. Dans cette affaire, un contrat d'adhésion standard prévoyait que le professionnel prenait en charge les frais d'arbitrage et que le consommateur renonçait à son droit d'intenter une action de groupe devant les tribunaux étatiques, tout en réservant la possibilité de saisir le juge pour les petits litiges. Le contrat n'a alors pas été considéré comme étant «*unconscionable*». En décembre 2015, la Cour Suprême fédérale a réitéré sa position favorable aux clauses compromissaires dans la décision *DirectTV, Inc. v. Imburgia*^[16], où elle a rappelé que le FAA primait sur le droit étatique, même pour les contrats régis par ledit droit étatique.

En 2016, plusieurs autorités fédérales ont émis le souhait de restreindre le champ d'application des clauses compromissaires dans le droit de la consommation. Le *Consumer Financial Protection Bureau* a ainsi proposé en mai 2016 un texte empêchant les établissements de crédits ou intermédiaires financiers de recourir aux clauses compromissaires. Cette disposition viendrait s'ajouter aux dispositions du *Dodd-Frank Act*^[17] ayant interdit les clauses compromissaires dans les prêts hypothécaires. Il est toutefois peu probable que l'administration fédérale persiste dans cette direction compte-tenu de l'alternance politique.

II- L'arbitrage décidé par le juge

Dès la fin des années 1970, l'objectif de déjudiciarisation a conduit certaines juridictions fédérales à expérimenter des mécanismes d'arbitrage imposés par les tribunaux^[18]. Ces programmes ont été fortement encouragés par le Congrès. Ils se sont développés à partir de 1978 dans deux districts (Pennsylvanie et Californie). Ces procédures, que l'on appelle «*court-annexed arbitrations*», prévoient qu'un litige soumis à un tribunal peut être orienté par celui-ci vers une procédure arbitrale. Certains ont contesté le caractère d'arbitrage de ce type de procédure pour y voir simplement un mode de règlement des litiges supervisé par le juge. Il ne s'agit pas, en effet, d'une procédure arbitrale à laquelle les parties consentent librement, mais d'un arbitrage obligatoire pour les parties lorsque leur litige correspond aux conditions prévues. Il reste qu'en cas de désaccord avec la sentence arbitrale, les parties ont la possibilité d'exiger la tenue d'un procès classique. Si l'ensemble de la procédure est supervisé par le tribunal, les arbitres désignés, qui sont généralement avocats, disposent des prérogatives habituelles des arbitres : ils convoquent les parties, tiennent audience et rendent des décisions.

Les *court-annexed arbitrations* peuvent être ordonnés tant par les juridictions fédérales (1) qu'étatiques (2).

1- L'arbitrage ordonné par le juge fédéral

En 1988, le Congrès fédéral a adopté le *Judicial Improvements and Access to Justice Act*^[19]. Une dizaine de Cours de district fédérales y sont listées et se voient reconnaître le droit d'ordonner des «*court-annexed arbitrations* » pour les litiges inférieurs à \$100 000. Les litiges impliquant les droits civiques et des questions de constitutionnalité sont exclus, sauf en cas de consentement exprès des parties et si les questions juridiques posées ne sont pas nouvelles. Dix ans après ce premier texte, le Congrès a voté l'*Alternative Dispute Resolution Act*^[20] qui prévoit que toutes les Cours de district fédérales peuvent localement adopter des règles autorisant le recours à des modes alternatifs de résolution des litiges pour les litiges civils. Le texte prévoit la possibilité d'orienter les parties vers l'arbitrage si elles y consentent librement, ce dont le tribunal doit s'assurer. Un refus ne peut préjudicier aux parties ou à leurs avocats. Les «*court-annexed arbitrations*» sont toutefois exclus pour les litiges portant sur plus de \$150 000 ou sur la violation alléguée d'un droit constitutionnel. La loi précise, par ailleurs, le statut des arbitres (immunités et incompatibilités).

Au total, les tribunaux fédéraux peuvent désigner des arbitres si les parties en sont d'accord, voire imposer l'arbitrage dans les districts listés par la loi de 1988 et à certaines conditions. Dans tous les cas, les parties ont la possibilité d'exiger ensuite la tenue d'un procès classique. En cela, le régime de ces arbitrages diffère nettement de l'arbitrage classique débouchant sur une sentence ne pouvant donner lieu à un recours que dans les hypothèses listées par le FAA. Les arbitrages se déroulant de manière confidentielle, les juges qui pourront être saisis ultérieurement du litige ne pourront avoir connaissance de ce qui s'est déroulé devant la juridiction arbitrale. La loi de 1988 prévoit ainsi que les juges ultérieurement saisis ne peuvent avoir connaissance de la décision des arbitres. Quant au texte de 1998, il dispose que les échanges ayant eu lieu durant la procédure arbitrales ne peuvent être divulgués. En pratique, il arrive toutefois que les audiences arbitrales soient ouvertes au public, ce qui exclut toute confidentialité. Un autre point largement discuté tient au coût de l'arbitrage et à la rémunération des arbitres désignés par la Cour. En effet, les parties concernées ne sont pas nécessairement en mesure de prendre en charge la procédure arbitrale. La réponse à cette question varie selon les districts. Le plus souvent, c'est la Cour elle-même qui rémunère les arbitres sur la base d'un tarif horaire.

En 2014, seuls 4 districts sur les 10 figurant dans la loi de 1988 continuaient à pratiquer les «*court-annexed arbitrations*» obligatoires. A cela s'ajoutent les six Cours de districts ayant mis en place des procédures volontaires sur le fondement de la loi de 1998. Le nombre de litiges soumis à ces procédures varie fortement d'un district à l'autre.

2- L'arbitrage ordonné par le juge étatique

Certaines législations étatiques permettent des «*court-annexed arbitrations*» obligatoires pour certains litiges. Deux exemples seront donnés ici : l'Oregon et l'Illinois.

Les lois de l'Oregon^[21] permettent d'imposer l'arbitrage dans les litiges inférieurs à \$50 000 et pour les divorces n'impliquant ni enfant ni pension alimentaire. Les arbitres sont des avocats expérimentés qui travaillent sous la supervision du tribunal. En général, les parties sélectionnent les arbitres d'un commun accord, mais le tribunal se charge de cette désignation en cas de désaccord. L'arbitre est payé par les parties - le plus souvent celle qui succombe - sur la base de tarifs prévus par une commission locale et relativement faibles par rapport aux honoraires d'avocat habituels. A la suite d'une procédure simplifiée, l'arbitre (le plus souvent unique) rend une sentence transmise au tribunal. Si les parties peuvent alors exiger la tenue d'un procès classique, elles se satisfont généralement, en pratique, de la décision de l'arbitre. Dans l'ensemble, et même si la rémunération de l'arbitre est supportée par les parties, cet arbitrage est bien moins onéreux que la procédure contentieuse classique. Elle est également plus simple et plus rapide.

Dans l'Illinois, le *Mandatory Arbitration Act*^[22] a prévu le recours à l'arbitrage en cas de petit litige portant sur une somme inférieure ou égale à un montant qui peut varier selon les comtés (de \$10,000 à \$50,000). Ces affaires sont jugées par un tribunal arbitral formé de trois arbitres choisis parmi les avocats titulaires d'un certificat attestant de leur formation à l'arbitrage. Les frais sont supportés par les parties et la procédure est allégée. Non seulement les parties ont la faculté de se représenter elles-mêmes mais la décision est souvent rendue le jour même de l'audience. Les parties ont ensuite 30 jours pour déterminer si elles acceptent la décision ou exigent un procès classique, ce qui se produit rarement. Dans certains comtés, le nombre de litiges résolus par ce biais représente 50% du contentieux civil.

En définitive, les «*court-annexed arbitrations*» constituent un moyen efficace et souple de résoudre rapidement les petits litiges grâce à un mécanisme original par lequel le juge paraît « déléguer » à l'arbitre la mission de trancher le litige. Bien que l'arbitrage puisse parfois être imposé, il est loisible aux parties d'opter pour un procès une fois la décision rendue. Si l'on peut, très certainement, s'interroger sur la nature réelle d'une telle procédure « arbitrale », elle connaît un certain succès dans les lieux où elle est pratiquée et constitue une méthode efficace de résolution des petits litiges.

Florence G'sell

Agrégée de droit privé, professeur à l'Université de Lorraine

[1] L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Mélanges Gérard Cornu*, PUF 1995, p. 29. V. égal. Jethro K. Lieberman, *The Litigious Society*, Basic Books, New York, 1981

[2] Oscar G. Chase, «*ADR and the culture of litigation : the example of the USA*», in L. Cadiet, Th. Clay, E. Jeuland (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, 2005

[3] F. G'sell, « Vers la justice participative? Pour une négociation à l'ombre du droit », *Recueil Dalloz*, 2010, chron. 2450. M. Galanter, «*The Turn Against Law: The Recoil Against Expanding Accountability*», 81 *Texas Law Review* 285, 2002; B. Manning, «*Hyperlexis : Our National Disease*» 71 *Northwestern University Law Review*, 767, 1977

[4] V. les travaux de la *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the administration of justice* organisée par le Chief Justice Warren E. Burger en 1976.

[5] Après le *Dispute Resolution Act* 1980 qui a encouragé les États et les entreprises à développer des MARC grâce à l'octroi de subventions, le *Civil Justice Reform Act* 1990 a contraint toutes les cours de district à inciter aux MARC. Puis l'*Alternative Dispute Resolution Act* de 1998 a obligé les cours fédérales à adopter un programme de MARC.

[6] Mauro Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, 56 *Modern Law Review*, 282 (1993); *The Multi-Tasking Judge; Comparative Judicial Dispute Resolution* (Tania Sourdin & Archi Zariski eds., 2013)

[7] Act of Apr. 19, 1920, ch. 275, 1920 N.Y. Laws 803

[8] *United States Arbitration Act*, February 12, 1925, codifié à 9 U.S.C. §1 et s.

[9] Section 2 du *Federal Arbitration Act* (FAA)

[10] *Hall Street Associates L.L.C. v. Mattel Inc.*, 552 U.S. 576

- [11] Judith Resnik, «*Diffusing Disputes : The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*», 124, *Yale Law Journal*, 2804, 2014°2015
- [12] *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984) ; *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987)
- [13] *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985)
- [14] *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.* 500 U.S. 20 (1991) ; *Green Tree Financial Corp.-Ala. .v Randolph*, 531 U.S. 79 (2000); *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001)
- [15] *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011) ; *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant* 133 S. Ct. 2304 (2013)
- [16] *DirectTV, Inc. v. Imburgia* 577 U.S., n° 14-462 (2015)
- [17] *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, July 21, 2010 124 Stat. 1376-2223
- [18] P. Nejelski and A. S. Zeldin, «*Court Annexed Arbitration in the Federal Courts : the Philadelphia Story*», 42, *Maryland Law Review*, 787 (1983) ; D. P. Wood, «*Court Annexed Arbitration : The Wrong Cure*», 1, *University of Chicago Legal Forum*, 13 (1990); K.V. Stone and A.J. Colvin, «*Arbitration Epidemic*», EPI Briefing Paper, 414, December 2015
- [19] Oct 14, 1988. S. 1482 (100th)
- [20] Oct. 30, 1998, H.R. 3528 (105th)
- [21] *Oregon Revised Statutes* sections 36.400 à 36.425. Ces règles ont été élaborées par la Cour suprême de l'Oregon dans le chapitre 13 du *Uniform Trial Court Rules*.
- [22] 735 ILCS 5/2-1001A et s. (1996) entré en vigueur le 1^{er} janvier 1986

ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

> MACI Lecture 2017

Le MACI (Master Arbitrage Commercial et International de l'Université de Paris-Saclay) vous invite à la remise des diplômes de ses étudiants de la promotion Pieter Sanders le **12 octobre 2017**. Pierre Tercier, Professeur émérite de l'Université de Fribourg (Suisse) et Président honoraire de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (Paris), fera une intervention sur le thème de « **L'arbitrage, alternative à la justice étatique** ».

[Lire la suite](#)

> Colloque | Sciences Po

Conjointement organisé par l'École de Sciences Po et la Columbia Law School, le colloque intitulé «*Twilight issues in international arbitration in search of an applicable law*» aura lieu à Paris le **19 octobre 2017**.

[Lire la suite](#)

> Atelier pratique d'arbitrage

Dans le cadre de la Convention nationale des avocats qui se tiendra à **Bordeaux et Libourne** du 18 au 21 octobre prochain, un atelier pratique intitulé « **L'arbitrage en scènes : soyez acteurs de l'arbitrage** » aura lieu **19 octobre 2017**.

[Lire la suite](#)

> Wake up (with) Arbitration!

Le prochain petit déjeuner «Wake up (With) Arbitration!» aura lieu le **20 octobre 2017** et aura pour thème « **Procédure d'arbitrage accéléré : Fast and Furious ?** », avec Melanie Van Leeuwen, avocat et arbitre et Juan Pablo Agentato, Counsel ICC.

> Cas pratique de l'AFA | Seconde session 2017



La **seconde session du Cas pratique de l'AFA** de cette année 2017, aura lieu les **lundi 13 et mardi 14 novembre** prochain à la **Maison du Barreau** à Paris.

Le cas étudié portera sur la mise en jeu d'une convention de garantie d'actif et de passif.

Sur ces deux journées, la procédure arbitrale sera déroulée afin d'en suivre toutes les phases, de la notification de la demande à l'exécution de la sentence, et découvrir tous les outils pour la mener à bien.

Les faits de l'arbitrage seront remis précédemment aux participants, et le dossier constitué des documents de la procédure arbitrale sera complété au cours des deux journées.

Cette formation approfondie s'adresse aux avocats, experts, juristes, chefs d'entreprise, magistrats, professeurs ou toute autre profession : arbitres, conseils ou parties à l'arbitrage.

La session, limitée à 15 participants, est validée 16 heures au titre de la formation professionnelle continue. Une attestation de suivi est remise en fin formation.

[Lire la suite](#)

> Concours d'Arbitrage International de Paris

L'École de droit de Sciences Po, Clifford Chance, Bredin Prat et White & Case lancent la 13^{ème} édition du Concours d'Arbitrage International de Paris. Le Concours se déroule en langue française et porte sur un cas fictif de droit international avec des enjeux économiques.

Le Concours est ouvert aux étudiants en droit du monde entier n'ayant jamais pratiqué ni enseigné le droit à titre professionnel.

Le Concours se déroule par équipes formées de 2 membres titulaires et de 2 à 4 membres suppléants, venant tous du même établissement. Un établissement peut présenter au maximum 3 équipes. La priorité sera donnée à l'ordre d'inscription. Des équipes constituées d'étudiants issus d'établissements différents pourront être acceptées par dérogation.

Après deux phases écrites éliminatoires consistant en la rédaction de deux mémoires pour le demandeur et le défendeur, 8 équipes seront sélectionnées pour la phase orale qui aura lieu en juin 2018 dans les locaux de Sciences Po (Paris, St Germain des Prés).

La date limite d'inscription est fixée au **mardi 14 novembre 2018**.

[Lire la suite](#)

> Colloque | Comité Français de l'Arbitrage

Le Comité Français de l'Arbitrage organisera le **17 novembre 2017** à Paris son colloque annuel sur le thème « **Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage** » sous la direction scientifique du Professeur Jean-Baptiste RACINE (Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis).

[Lire la suite](#)

> MOOC DU Droit de l'arbitrage interne et international

Le MOOC Diplôme Universitaire Droit de l'arbitrage interne et international a été créé à la rentrée 2014 au sein de la Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier, par Me Caroline Duclercq, associée spécialisée dans le domaine de l'arbitrage au sein du Cabinet Altana à Paris, ainsi que par Carine Jallamion, Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. Il est rattaché au centre du Droit de l'Entreprise ainsi qu'à la Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (FNDE). L'AFA, depuis sa création, est partenaire actif du MOOC.

Le MOOC a pour ambition de proposer aux étudiants et aux professionnels une formation complémentaire consacrée au Droit de l'arbitrage, laquelle est sanctionnée par un diplôme universitaire de niveau bac +5. La formation intéresse ainsi ceux qui, déjà orientés vers le Droit des affaires, souhaitent se spécialiser encore davantage et acquérir des compétences théoriques complètes et techniques, en matière d'arbitrage.

Cette formation présente des caractéristiques qui en font aujourd'hui un modèle unique pour ce qui est de l'arbitrage. Tout d'abord il s'agit d'une formation entièrement en ligne, et c'est la première du genre. Comme dans un MOOC (Massive Open Online Course), les 140 h de cours sont ainsi dispensées exclusivement à distance, essentiellement sous forme de cours vidéo et audio. Il s'agit ensuite d'une formation très complète, tant par sa durée que par la qualité de ses 45 intervenants, tous des spécialistes renommés, français ou étrangers, universitaires ou professionnels offrant ainsi une approche à la fois théorique et pratique de la matière.

En revanche, à la différence d'un MOOC, l'inscription est précédée d'une sélection sur dossier, les inscrits peuvent poser des questions aux différents intervenants et si des QCM sont mis en ligne régulièrement, le diplôme n'est délivré qu'après un examen « classique » de 5h.

Le diplôme a immédiatement trouvé son public puisque dès la première année, 80 étudiants et professionnels, français ou étrangers, ont été admis, pour environ 400 candidatures reçues. Le DU a également bénéficié de partenariats prestigieux tels celui de l'AFA (Association Française d'Arbitrage), du CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris), de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, de Paris, Place d'Arbitrage ou encore de l'École Supérieure de la magistrature OHADA. Il sera dès la rentrée prochaine, outre son format actuel qui demeure, proposé entièrement en anglais.

La sélection des candidats se fait sur dossier jusqu'à la fin du mois de **novembre 2017**.

[Lire la suite](#)

> 5th Annual GAR Live Paris

Organisé par Global Arbitration Review, le 5th Annual GAR Live Paris aura lieu, sous la direction de Michael POLKINGHORNE, White & Case, et Isabelle MICHOU, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, le **29 novembre 2017**.

[Lire la suite](#)

> CIArb International Arbitration Conference 2017

Three international conferences are taking place this year and will examine «**The Synergy and Divergence between Civil Law and Common Law in International Arbitration**». The theme will be developed during each conference by identifying the issues and then developing solutions, using a pragmatic approach to the understanding and utilisation of both systems within arbitration. The first flagship international conference was held in Dubai in March which looked at the Middle Eastern and Asian point of view. Over fifty speakers and one hundred and nineteen delegates from diverse professional and cultural backgrounds participated in the event. The last event in the series took place in Johannesburg in July 2017 which covered issues relating to the African continent.

The European and American angle will be considered in the final and concluding conference to take place in **Paris on 7-8 December 2017**. This two-day conference will showcase lectures and panel discussions, and feature important speakers in the arbitration world.

[Lire la suite](#)

A L'INTERNATIONAL

> Colloque | CATO

La Cour d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation du Togo (CATO), en partenariat avec l'Institut Supérieur de Droit et d'Interprétariat et l'Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA) organise un colloque international les **19 et 20 octobre 2017** à Lomé sur le thème : « **L'arbitrage en matière maritime et des assurances en Afrique** ».

[Lire la suite](#)

> IV Pan American Arbitration Congress

Organized by the Arbitration and Mediation Center of the Brazil-Canada Chamber of Commerce (CAM-CCBC), the Congress will be held this year in **São Paulo, Brazil from 23 to 24 October 2017**. During the two day event, speakers and participants will have the opportunity to discuss a range of topics including best practices and further development of the arbitration field in the Pan-American context. The theme of the conference focuses on trends of «**Today and Tomorrow in Arbitration**».

[Lire la suite](#)

> CIArb DAS Convention

CIArb's flagship Dispute Appointment Service (DAS) Convention returns with vigour for a fifth consecutive year, to assess the impact of technology on the ADR process, and explore how dispute resolvers can best prepare and adapt to both the efficiencies and the challenges that technological advances bring to the conduct of proceedings.

The theme of this year's Convention, on **8 November 2017 in London**, is Technology and ADR: The Risks and Opportunities. The development of technology in the dispute resolution process has taken increasing prominence over the past year, as online dispute resolution platforms launch in the EU, and an online court system is mooted in England & Wales.

[Lire la suite](#)

> 8th CAM Annual Conference

The important Italian event concerning International Arbitration: the 8th Edition of the Milan Chamber Arbitration Annual Conference focuses on «**Arbitration and Intellectual Property Disputes**» on **24**

ACTUALITES DE LA MEDIATION



> [Rapport de synthèse des VIIèmes assises internationales de la médiation](#)

Vous trouverez ci-après le rapport de synthèse des assises internationales de la médiation qui se sont tenues il y a quelques semaines à la Rochelle, rédigé par Madame le professeur Fricero (Extrait de blog.gemme.eu).

[Lire la suite](#)

> [Colloque | Université de Bretagne Occidentale](#)

Un colloque sur « **Les Modes alternatifs au règlement des différends : à l'aune de l'expérience Quimpéroise** », organisé par les laboratoires de recherches en droit et en sociologie de l'UBO et la Cité judiciaire de Quimper, aura lieu le **13 octobre 2017** à Quimper.

[Lire la suite](#)

> [Colloque | Association Nationale des Médiateurs](#)

Le **13 octobre prochain** à Paris se déroulera une journée de colloque sur le thème de la **réparation et de l'indemnisation**, sujet complexe car porteur d'une multitude de considérations, sujettes à contradictions. C'est une vision large et multi compétente que proposera ce colloque qui permettra non seulement d'analyser signifiant/signifié mais aussi, au-delà des mots, de mettre en évidence les apports constructifs que peut apporter la médiation notamment en termes de réparation.

[Lire la suite](#)

> [24th World forum of mediation centres](#)

Organised by the UIA with the support of the Singapore International Dispute Resolution Academy (SIDRA), the Singapore International Mediation Centre (SIMC), the Singapore International Mediation Institute (SIMI) and the Singapore Mediation Centre (SMC), the 24th World forum of mediation centres will take place **from 13 till 14 October 2017**.

The various sessions of the Forum will be stimulating and attractive, bringing together experienced mediators looking forward to sharing their views with younger practitioners who are willing to ameliorate and discussing development of mediation and their practice. It will also be again the

opportunity for academics and teachers from various countries to share views about ADR and to meet and discuss with managers, practitioners and users of mediation. The UIA Forum offers the international solid base to trigger regular and constructive group discussions, lively debates on various topics, and ideas of development.

[Lire la suite](#)

> Atelier d'échanges du COREM

Le Collectif de recherches sur les pratiques de médiation vous invite à le rejoindre les **14 et 15 octobre 2017** à Paris pour les premiers échanges sur le nouveau thème : « **La médiation est-elle utopique ?** ».

[Lire la suite](#)

> Semaine de la médiation | Belgique

La Commission fédérale de médiation organise en collaboration avec différents partenaires une **Semaine de la médiation**, du **16 au 21 octobre 2017**, durant laquelle la promotion pour le recours à cette méthode de résolution de conflit sera soulignée par de nombreuses initiatives tant locales que nationales et ceci dans différentes matières.

[Lire la suite](#)

> Semaine de la médiation | Luxembourg

Organisée par l'Association Luxembourgeoise de la Médiation et des Médiateurs Agréés et le Centre de Médiation Civile et Commerciale, les événements de cette Semaine de la médiation se dérouleront à différents endroits au Luxembourg du **16 au 22 octobre 2017**.

[Lire la suite](#)

> Commission ouverte | Barreau de Paris

La Sous-Commission Droit collaboratif et procédures participatives de la Commission MARD se réunira le **18 octobre 2017** sur le thème « **Du droit collaboratif au droit coopératif** » par Nathalie Tisseyre-Boinet, avocat.

[Lire la suite](#)

> Rendez-vous d'Automne | Association Nationale des Médiateurs

Le prochain Rendez-vous d'automne de l'ANM se déroulera le **24 novembre 2017** à Paris et aura pour thème : « **Guerre, violence et médiation** ». Informations et inscriptions seront très prochainement sur son site internet.

[Lire la suite](#)

INFORMATIONS

NOUVELLE PRÉSIDENTE

Le 20 septembre 2017, à l'issue de l'Assemblée générale de l'AFA, Monsieur **Marc HENRY**, élu par les membres du Conseil d'administration, a pris ses fonctions de nouveau Président de l'Association

Française d'Arbitrage. Il succède à Monsieur **Bertrand MOREAU**.

« *Sur ma suggestion, Maître Marc HENRY me succède à la présidence de l'Association Française d'Arbitrage et j'en suis très heureux pour elle.*

La transition générationnelle de la direction de l'AFA est ainsi presque achevée après que le Conseil d'administration ait enregistré ces deux dernières années la venue de nouveaux membres, féminins en majorité pour rétablir l'équilibre, tous très impliqués dans le monde de l'arbitrage.

Marc HENRY avocat depuis 1988, s'est d'abord initié à la profession au cabinet Bredin-Prat, puis, fin 1989, a rejoint le cabinet Siméon et associés à Bruxelles pour en devenir associé à Paris en 1996 et le suivre dans le cabinet Lovells. En 2009, il intègre le cabinet américain Hughes Hubbard & Reed pour y créer le département contentieux et renforcer l'activité d'arbitrage. Il y fait merveille.

Parallèlement Marc HENRY poursuit comme chargé de cours une présence à l'Université de Paris Panthéon Sorbonne, Paris II Assas et Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.

Le monde de l'arbitrage le connaît et l'apprécie surtout par sa présence constante dans la croisade pour l'indépendance de l'arbitre. Sa thèse en 1996 sur « Le devoir d'indépendance de l'arbitre » a, en effet, été suivie d'un nombre impressionnant d'articles, de commentaires de décisions et de conférences, tous dominés par l'éthique de l'arbitrage.

Sa compétence, mais aussi sa finesse et son élégance, comme sa détermination font de lui l'un des acteurs importants de l'arbitrage à Paris et nul doute que l'AFA ne profite grandement de ses qualités pour affirmer ses valeurs et assumer la place qui lui revient en tant qu'institution d'arbitrage interne et international et de médiation. »

Bertrand MOREAU

NOUVEAU MEMBRE DU CONSEIL

Monsieur Peter ROSHER rejoint le Conseil d'administration de l'AFA. Avocat au barreau de Paris et Solicitor, il anime au côté de Marie DANIS, Caroline DUCLERCQ et Pierre DUPREY l'After Work de l'AFA « *Cross-examination of witnesses : quand la common law s'invite chez les civilistes* ».

[Lire la suite](#)

NOUVEAUX MEMBRES DE L'AFA

A la suite de notre Assemblée générale du 20 septembre dernier, nous vous présentons nos nouveaux adhérents :

Monsieur Martial AKAKPO, avocat togolais, Monsieur Yassin-Ali AYED, étudiant, Monsieur Mohamed Paouzi BEN AMARA, avocat général tunisien, Madame Anne BESSONNET, avocat, Monsieur Jean-François BORDIN, juriste, Monsieur Jean-Sébastien BORGHETTI, professeur, Monsieur Jamal CHAYKHOUNI, chairman à Dubaï, Madame Amélia CHENDRIAH, juriste, Monsieur Jérôme COULOMBEL, directeur juridique, Madame Stéphanie DURAND HEGNER, juriste, Monsieur Mahmoud EL MOGHRABI, professeur libanais, Madame Béatrice FAVAREL, avocat, Madame Caroline FONG, avocat tahitien, Monsieur Jean-Yves GARAUD, avocat, Madame Olivia GAST, avocat, Monsieur Thierry GRANTURCO, avocat, Madame Florence G'SELL, professeur, Monsieur Mohamed El Monsaf HAMDY, avocat, Monsieur Jeffrey HOLT, directeur juridique, Monsieur Albert JANET, avocat, Monsieur Hugues KENFACK, professeur, Madame Céline LACHMANN, avocat, Madame Ana Maria LEMER-GRANADOS, avocat, Monsieur Nasr-Eddine LEZZAR, avocat - professeur algérien, Monsieur Geoffroy LYONNET, avocat, Monsieur Jeroen LUCHTENBERG, avocat, Madame Malak MEDDOUR, doctorante, Monsieur Abdoulbastoi MOUDJAHIDI, avocat comorien, Monsieur Miguel NICOLAS, avocat, Monsieur Pierre-

Olivier PARGUEL, directeur général, Madame Priscille PEDONE, avocat, Monsieur Andrea PINNA, avocat, Monsieur Martin RIEDEL, avocat, Monsieur Jacques-Antoine ROBERT, avocat, Monsieur Youssef ROMDHANE, magistrat tunisien, Monsieur Lofti ROUISS, magistrat tunisien, Monsieur Mark SADOFF, avocat, Madame Marie STOYANOV, avocat, Monsieur le bâtonnier Francis TEITGEN.

[Lire la suite](#)

Petit déjeuner débat AFFIC

L'Association Française en Faveur de l'Institution Consulaire a reçu le lundi 25 septembre le nouveau Président de l'AFA, Marc Henry, le Professeur Thomas Clay et Marie Danis, Avocat à la Cour pour un petit déjeuner débat portant sur le thème « **La nouvelle clause d'arbitrage et le Juge du commerce** ». Cette rencontre a été l'occasion de revenir sur la loi n°2016-1547 dite loi « Justice XXI » qui a modifié substantiellement le régime des clauses d'arbitrage. Des échanges fort instructifs ont eu lieu entre les intervenants et les juges au commerce présents.

CONFÉRENCE AFA 2017



La corruption : nouveau fléau de l'arbitrage

Emmanuel Gaillard, associé du cabinet Shearman & Sterling dont il dirige le groupe arbitrage international, était l'invité d'honneur de la conférence. À ce titre, il a prononcé un discours très attendu sur le thème des arbitres confrontés aux allégations de corruption. Il a notamment rappelé quelques chiffres édifiants : le total des pots-de-vin versés en 2016 à travers le monde atteint 1 500 milliards de dollars et pèse environ 2 % du PIB mondial. Partant de ce constat, Emmanuel Gaillard a retracé les grandes évolutions en matière de lutte contre la corruption. Si, dans les années 1980 et 1990, la corruption était admise via le système du confessionnal, la situation a changé lorsque des conventions internationales ont fait leur apparition. Qu'elles émanent de l'OCDE (1998), de l'ONU (2003) ou du Conseil de l'Europe (2002 et 2003), la multiplication de ces conventions marque la ferme volonté de la communauté internationale et des institutionnels de prendre ce fléau à bras le corps. Pourtant, malgré l'entrée en vigueur de ces textes, la corruption a continué à sévir, notamment en raison de l'absence de sanction réelle des arbitres. Faute de preuves suffisantes, ceux-ci soulevaient souvent d'office leur incompétence et, dans la plupart des cas, aucune sanction n'était prononcée *in fine*. Or, selon Emmanuel Gaillard, si un arbitre est convaincu de l'existence d'un comportement constitutif d'un acte de corruption, il ne doit pourtant pas soulever son incompétence pour refuser sa mission. C'est ce qu'a rappelé la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2010. Dans cet arrêt,

les juges se sont prononcés en faveur de la technique du faisceau d'indices : grâce à ce procédé, les tribunaux arbitraux sont depuis capables de déceler les cas de corruption et donc de les réprimer.

Marine Calvo & Margaux Savarit-Cornali - **Décideurs Magazine**

Hughes
Hubbard
& Reed

F T I
CONSULTING

SA
SophiAssur

DÎNER DÉBAT AFA 2017



L'inopposabilité du nouvel article 2061 du Code civil

Pour clore l'année judiciaire, l'AFA a organisé le 27 juin 2017, son dîner débat annuel avec pour thème « **L'inopposabilité du nouvel article 2061 du Code civil** ».

Les membres de l'AFA étaient venus nombreux pour participer à la discussion introduite par Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN et entendre les réponses aux questions provoquées par Maître Nathalie MEYER FABRE, Avocat au Barreau de Paris.

Monsieur le Professeur Thomas CLAY et Monsieur le Professeur Pierre BERLIOZ, conseiller du Garde des Sceaux, qui ont participé à la conception et à la rédaction du texte du nouvel article 2061 du Code civil ont grandement contribué à la richesse de ces débats.

Article 2061 Code Civil :

« *La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, avant que celle-ci ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement accepté.*

Lorsque l'une des parties a contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN a d'abord fait part de son interrogation sur l'utilité du premier alinéa de cet article dont il note que l'adverbe « expressément » qui figurait dans le texte initial pour l'acceptation de la clause compromissoire avait heureusement disparu. Son maintien en effet aurait entraîné une régression très préjudiciable à l'arbitrage. En fait cet alinéa n'ajoute rien au droit positif actuel tant pour ce qui concerne le consentement à la clause compromissoire, qui peut être tacite, que pour ce qui a trait à sa circulation.

Madame Nathalie MEYER FABRE a été plus critique à l'égard d'un texte dont la nécessité ne se faisait pas sentir et qui risque de semer le trouble. Elle déclare qu'elle a traduit « l'inopposabilité » en anglais et s'est arrêtée sur le mot « unforceable », qui n'est pas obligatoire, mais demeure insatisfaite de ce

que les mots employés (acceptation, inopposabilité,) font davantage penser à une approche unilatérale de la clause compromissoire par opposition aux termes « consentement » et « validité » qui conviennent davantage à la nature contractuelle de l'arbitrage et craint de ce fait que celle-ci ne se fissure.

Elle s'interroge aussi sur le progrès qu'est susceptible d'apporter l'inopposabilité par rapport à la nullité, alors que le résultat pratique est le même, sauf à créer un doute, notamment en cas de litiges successifs, et de créer ainsi une certaine insécurité qui n'existait pas auparavant.^[1]

Le Professeur François-Xavier pense que le texte nouveau ne devrait avoir aucune incidence sur la circulation de la clause compromissoire et son extension, du moins en matière internationale du faite que les notions d'implication ou d'immixtion dans l'exécution du contrat ne devraient pas être remises en cause pour l'application de la clause compromissoire. Reste cependant qu'en matière de cession d'actions dans une société commerciale, considérée comme pouvant faire l'objet d'une clause compromissoire sous l'empire du texte ancien, il suscitera peut-être une contestation au niveau de l'opposabilité lorsque la cession intervient avec une partie non professionnelle ; il faut espérer que l'exception de l'article L 721 du Code de commerce demeurera applicable bien qu'elle ne concerne que la validité de la clause compromissoire.

Il a relevé que l'inopposabilité était la règle en matière de droit de consommation et avait été adoptée pour le contrat de travail international. La mise en œuvre en sera donc identique, c'est-à-dire que l'inopposabilité de la clause devra être soulevée « *in limine litis* » sous peine de renonciation qui résulterait notamment d'une désignation d'arbitre. En cas de difficulté il appartiendra principalement à l'institution d'arbitrage et à défaut au juge d'appui d'en apprécier le caractère manifeste, sinon par application du principe compétence-compétence c'est le tribunal arbitral qui se prononcera.

L'application de la clause compromissoire dans le temps suscite aussi des interrogations mais selon lui son caractère de loi de procédure devrait, comme pour l'application de l'ancien article 2061 du Code civil, militer pour son application immédiate aux contrats en cours, alors de surcroît que l'inopposabilité ne se situe pas sur le même plan contraignant que la nullité.

Monsieur Thomas CLAY et Monsieur Pierre BERLIOZ sont intervenus pour affirmer que les intentions du législateur étaient favorables à l'arbitrage et que les hésitations qui se manifestent devraient être levées par une application libérale du texte. C'est le vœux général et il reste à attendre son application pratique pour en juger, mais on ne peut s'empêcher de penser qu'inopposabilité est plus douce que nullité et qu'un progrès en est résulté, même si des questions demeurent.

Bertrand MOREAU

^[1] La réponse ministérielle du 16 mai 2017 à la question n°98313 au Ministère de la Justice n'est pas de nature à lever toutes les incertitudes.

N° 15 Revue togolaise du droit des affaires et de l'arbitrage

La Revue Togolaise de Droit des Affaires et de l'Arbitrage, est disponible à Paris à notre siège (nous contacter pour information).

La fonction de mandataire judiciaire est à l'honneur dans ce numéro à travers la synthèse des travaux du séminaire sur le thème « **RÈGLEMENTATION DES MANDATAIRES JUDICIAIRES DANS L'ACTE UNIFORME RÉVISÉ DE SEPTEMBRE 2015 RELATIF A L'ORGANISATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES (AUPC)** », organisé par la revue. Ce séminaire a eu pour objet, d'une part de sensibiliser les acteurs judiciaires sur ce nouveau cadre juridique, d'identifier les différents acteurs, et d'autre part d'inciter les États membres de l'OHADA n'ayant pas encore adopté les textes d'accompagnement à le faire, le tout dans l'optique d'une meilleure application des textes OHADA relatifs à la fonction de mandataire judiciaire. Sont présentées dans ces lignes, in extenso, les contributions des panélistes et des participants.

Sur un autre point, il est établi en principe, que les dirigeants sociaux ne bénéficient pas de la protection du droit du travail réservée aux salariés et que leur mandat est précaire. Qu'en est-il lorsqu'un dirigeant d'une société détient également un contrat de travail cumulativement avec son mandat social ? C'est la question à laquelle le commentaire de l'arrêt de la CCJA N 003/2015 du 12 février 2015, Affaire Banque Nationale d'Investissement dite BNI c/ AKOBE Georges Armand, sous l'intitulé « *Les conditions de cumul d'un mandat social avec un contrat de travail* » est consacré. Le commentaire de cet arrêt de la CCJA est d'un grand apport.

La pratique de la fusion et de l'acquisition s'invite également dans ce numéro à travers une contribution portant sur un de ses outils par excellence, destiné à la protection complémentaire des investisseurs, la Garantie d'Actif et de Passif (GAP). Son rôle est par exemple dans le cadre du droit des affaires OHADA, de pallier l'insuffisance de garanties légales traditionnelles dans le cadre de la cession d'actions.

[Lire la suite](#)

JURISPRUDENCE

Les trois mois de la période estivale sont peu favorables à la jurisprudence, mais deux arrêts de la Cour d'appel de Paris méritent l'attention et la réflexion, outre l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 13 septembre 2017 dont le Professeur Emmanuel Gaillard a fait état dans sa remarquable conférence à la réunion organisée par l'AFA le 20 septembre 2017 avec pour sujet « Les arbitres confrontés aux allégations de corruption ».

Cette conférence, qui a retracé toute l'évolution de l'appréhension de la corruption par les arbitres et les juridictions appelées à statuer sur les recours intentés contre les sentences rendues en la matière, sera publiée à la Revue de l'Arbitrage.

Arrêt de la Cour de Cassation

● **Cass. 1^{ère} civ. 13 septembre 2017 n° 16-25657 et 16-26445**

En matière de corruption la difficulté tient bien souvent à celle de la caractériser et à en apporter une preuve suffisamment tangible de ce qu'elle a eu un effet sur l'existence ou l'exécution du contrat pour qu'elle puisse être retenue. Le professeur Emmanuel Gaillard, dans sa conférence, a retracé dans les détails l'évolution de l'attitude des arbitres internationaux face à la corruption, dont il est admis aujourd'hui, ensuite des conventions internationales et des textes nationaux qui traitent de la matière, qu'elle est assurément contraire à l'ordre public international.

Dans cette affaire d'arbitrage international soumise d'abord à la Cour d'appel de Paris, l'arbitre, saisi d'une demande en paiement de surestaries, avait ordonné la suspension de l'instance arbitrale en raison de la plainte avec constitution de partie civile pour corruption déposée par le défendeur pour faits de corruption d'un salarié du défendeur par le demandeur.

Différentes circonstances ont compliqué la procédure arbitrale qui a débouché finalement sur une sentence qui n'a pas traité de la demande de nullité du contrat pour fraude et a condamné le défendeur. Cette sentence rendue à Londres a été revêtue de l'exequatur à Paris, décision qui a fait l'objet d'un appel alors que postérieurement le demandeur a été reconnu coupable de corruption par le tribunal correctionnel de Paris, décision devenue définitive.

Par une formule très concise mais très complète la Cour d'appel de Paris a ainsi formulé l'état de la jurisprudence en France :

« Considérant que lorsqu'il est prétendu qu'une sentence rendue à l'étranger donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient à la cour, saisie sur le fondement des dispositions précitées du code de procédure civile^[1], de l'appel de l'ordonnance d'exequatur, de rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international ; qu'elle n'est liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisi par les parties. »

La Cour d'appel a retenu d'une part l'autorité de la chose jugée du jugement correctionnel établissant l'illicéité du contrat de vente, mais d'autre part n'a pas manqué de vérifier que la corruption avait eu pour conséquence la conclusion du contrat.

Elle a donc infirmé l'ordonnance d'exequatur estimant que la reconnaissance ou l'exécution d'une telle sentence en France violerait de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international.

La Cour de Cassation l'en a approuvé et a rejeté le pourvoi d'abord fondé sur le fait qu'il appartenait à la partie qui s'estimait victime de corruption survenue avant ou au cours de l'instance arbitrale de soulever le fait devant l'arbitre (article 1466 du code de procédure civile applicable en matière internationale). Elle a rappelé en effet que l'étendue du contrôle quant au respect de l'ordre public international ne peut être conditionnée au comportement d'une partie.

Elle a aussi approuvé la Cour d'appel, qui pour refuser l'exequatur, a retenu que le pacte délictueux était à l'origine de la condamnation prononcée par l'arbitre.

Ces décisions qui font le point sur la position française en matière de corruption ne peuvent que satisfaire, mais, ainsi que souligné, encore faut-il que la corruption et son incidence soient suffisamment établies pour emporter la conviction de l'arbitre ou du juge du contrôle de la sentence.

[1] Articles 1525 et 1520 5°

Arrêts de la Cour d'appel de Paris

● CA Paris 4 juillet 2017, RG 16/15247

« Considérant que la sentence est une décision de l'arbitre tranchant de manière définitive, en tout ou partie, une question litigieuse relative au fond, à la compétence ou un moyen de procédure qui conduit à mettre fin à l'instance. »

Cette définition, reprise de décisions antérieures y compris de la Cour de cassation, n'est pas susceptible par conséquent de s'appliquer aux décisions relatives aux mesures conservatoires ou provisoires que cependant le tribunal arbitral est habilité à prendre au besoin sous peine d'astreinte (article 1468 code de procédure civile).

Une semblable décision du tribunal arbitral ne pourra donc donner lieu à une exécution forcée puisque l'exequatur ne peut être conféré qu'à une sentence arbitrale. L'arbitre dispose donc seulement de l'astreinte, sans oublier cependant que chaque partie peut mesurer les conséquences d'une non-exécution de la décision ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire sur la sentence finale.

Cette simple réflexion suffit généralement à assurer le respect de la mesure ordonnée.

Il n'en demeure pas moins une anomalie et certains pays étrangers (Hollande, Espagne, États Unis...) ne rencontrent pas cette difficulté qui nuit à l'efficacité de l'arbitrage car elle oblige, pour pouvoir obtenir un titre exécutoire, à recourir au juge judiciaire avant que le tribunal arbitral ne soit constitué, alors que la saisine du juge judiciaire après la constitution du tribunal arbitral n'est pas évidente. Il

serait souhaitable que le décret du 13 janvier 2011 soit amendé sur ce point lors de sa prochaine révision.

● **CA Paris 19 septembre 2017, RG 16/19968**

Un jugement du Tribunal de commerce de Rennes a accueilli une exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une clause compromissoire dans le contrat qui liait les parties.

Devant la cour, le demandeur au contredit a fait valoir que la clause compromissoire prévoyait la compétence de la juridiction étatique pour les seules « *mesures conservatoires et urgentes... de quelque nature que ce soit* ».

La cour a retenu qu'une telle clause, fondée sur l'objet de la demande, ne saurait s'entendre comme autorisant la saisine de la juridiction étatique sur le motif général de l'urgence alléguée. La cour a donc analysé la demande et a estimé que celle-ci ne pouvait s'analyser comme une mesure urgente propre à fonder la compétence du tribunal de commerce et a donc confirmé la compétence du tribunal arbitral.

L'originalité de cette affaire tient à la rédaction de la clause compromissoire autorisant la saisine de la juridiction étatique en cas d'urgence, alors que l'article 1449 du code de procédure civile autorise dans ce cas la saisine du seul juge des référés et pour obtenir seulement une mesure d'instruction ou en cas d'urgence une mesure conservatoire ou provisoire.

En l'espèce le caractère provisoire ou conservatoire de la mesure sollicitée n'était pas allégué, au contraire la demande touchait au fond du litige, ce pourquoi c'est le juge du fond qui en était saisi, ce qui a conduit la Cour à apprécier l'urgence en fonction du litige concerné.

Les parties sont certes libres d'assortir les clauses compromissoires de modalités d'application ou de limites mais, si une interprétation est nécessaire, c'est assurément courir le risque d'une difficulté de mise en œuvre et donc de causer une perte de temps alors que l'urgence est alléguée (en l'espèce 18 mois).

Par **Bertrand MOREAU**