

## Editorial

S'il est un domaine où l'arbitrage rencontre ses lettres de noblesse, c'est bien celui qui se déroule dans le domaine de la construction.

Pour traiter ce sujet de la 15<sup>ème</sup> lettre de l'AFA, quatre intervenants ont fait connaître leur point de vue : Monsieur François MULLER, Avocat associé ALTANA, qui évoque l'arbitrage dans les contrats de l'International Federation of Consultings Engineers («FIDIC»), Monsieur Simon NDIAYE, Avocat associé HMN Partners, qui souligne que l'arbitrage international est un mode privilégié de résolution des litiges en matière de travaux publics et Messieurs Laurent JAEGER et Yann SCHNELLER, Avocats associés ORRICK, qui traitent du problème plus spécifique de l'expertise technique dans l'arbitrage construction.

Pour ces quatre spécialistes de l'arbitrage et du droit de la construction, l'arbitrage est le mode naturel de règlement des conflits.

Selon Maître Simon NDIAYE, l'arbitrage international en matière de construction présente incontestablement un gain de temps substantiel comparé à la justice étatique, permet une meilleure appréhension des aspects techniques par le recours aux experts de parties et permet de préserver la confidentialité.

La difficulté relevée par lui survient lorsque l'arbitrage met en cause une personne publique car se posera le problème de l'arbitrabilité du litige selon qu'il se situe dans le contexte national ou international, bien que l'Arrêt INSERM rendu par le Tribunal des Conflits le 17 mai 2010, semble avoir admis l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux, du moins de manière implicite.

S'agissant de l'extension d'une clause d'arbitrage aux tiers afin d'éviter l'éclatement du contentieux, il fait référence au règlement de la CCI, qui a mis en place des possibilités d'arbitrages multipartites et de jonctions d'instances.

Le règlement de l'AFA ne contient pas de disposition spécifique relative à la pluralité de parties, car il laisse à celles-ci une liberté totale pour l'organisation de la procédure, mais il prévoit dans son article 5- §7, qu'il appartient au Comité d'arbitrage, en cas de pluralité de parties, de nommer tous les arbitres ou l'arbitre unique.

Maître JAEGER et Maître SCHNELLER, quant à eux, soulignent l'importance du recours à l'expert technique dans le domaine de la construction.

Il est certain que dans ce domaine très particulier, l'avis de l'expert est primordial, qu'il soit désigné par le tribunal arbitral ou par les parties, étant souligné que la désignation

## SOMMAIRE

### ÉDITORIAL

### DOSSIER

#### CONSTRUCTION ET ARBITRAGE

##### - Arbitration in the FIDIC contracts

Maître François Muller

##### - Arbitrage international en matière de travaux publics

Maître Simon NDIAYE

##### - Expertise technique dans l'arbitrage construction

Maître Laurent JAEGER

Maître Yann SCHNELLER

### ACTUALITÉS

#### - De l'ARBITRAGE

#### - A L'INTERNATIONAL

#### - De la MEDIATION

### INFORMATIONS

#### - Groupe LinkedIn AFA

#### - CNAT nouveau centre d'arbitrage

#### - Le Cas pratique de l'AFA

#### - Groupes de réflexion

#### - Accord de partenariat

#### - Les Rendez-vous de l'AFA

### JURISPRUDENCE

par le tribunal arbitral n'est, selon les auteurs, pas souhaitable car cela revient à déléguer une partie de la fonction de juger à l'expert.

Les auteurs privilégient le choix d'un expert par chaque partie, à qui incombe la charge de la preuve, afin de convaincre l'arbitre du bien fondé de leurs prétentions. Cette méthode, qui tend à se développer et s'avère très efficace, est inspirée de la méthode anglo-saxonne.

Les auteurs soulignent que, dans le domaine de la construction, le retard dans l'exécution des travaux présente une importance particulière et préconisent l'établissement d'un planning, dont ils abordent l'élaboration en définissant l'analyse d'un «chemin critique», qui permet ultérieurement de déterminer les causes du retard, dans des conditions compréhensibles des spécialistes du droit de la construction.

Les auteurs font également référence au règlement de la CCI, articles 25(3) et 25(4), pour l'administration de la preuve. Dans ce domaine aussi, le règlement de l'AFA laisse aux parties une très grande liberté pour définir les conditions dans lesquelles seront établis les modes de preuve.

Maître François MULLER donne de l'arbitrage dans le domaine de la construction une vision un peu différente, en abordant la question délicate de l'interaction entre les clauses «Dispute Adjudication Board» dites «DAB» et les clauses d'arbitrage international.

Les clauses DAB prévues par les contrats de la FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) semblent complexes en ce qu'elles prévoient plusieurs étapes.

Leur mise en œuvre permet d'obtenir des décisions qui lient les parties jusqu'au prononcé d'une nouvelle décision par l'autorité compétente pour juger le fond du litige, les difficultés pouvant survenir de la coexistence dans le même contrat de clauses DAB et de clauses d'arbitrage.

Selon l'auteur, les clauses présentent un obstacle à la mise en place d'une procédure d'arbitrage prévue par le contrat, surtout lorsque le mécanisme DAB préalable est obligatoire.

Une autre difficulté est relative à la portée des décisions prises en application des clauses DAB et de leur exécution, et à titre d'exemple, Monsieur MULLER cite deux décisions récentes rendues par la Cour Fédérale Suisse et la Cour Suprême de Singapour qui se sont prononcées sur la qualification des décisions adoptées en application des clauses DAB et le caractère obligatoire de ces clauses.

L'auteur termine son article en soulignant que les exemples et le système sophistiqué FIDIC illustrent les difficultés potentielles d'un système FIDIC, alors qu'il ne doit pas être un obstacle à l'efficacité de la clause.

Quel que soit le mode d'arbitrage envisagé, il apparaît bien qu'il représente le mode privilégié de règlement des litiges

dans le domaine de la construction qui est affaire de spécialistes, qui soulignent l'importance du choix de l'arbitrage dans ce domaine, qu'il s'agisse des délais, de l'administration de la preuve ou de l'évaluation du préjudice.

Si l'arbitrage en matière de travaux publics ou plus simplement de construction est affaire de spécialistes, la lecture de cette lettre les incitera à avoir recours à l'arbitrage pour régler leurs différends dans le domaine de la construction publique ou privée.

Ils doivent savoir aussi que le règlement de l'AFA est parfaitement adapté à la mise en place de procédures d'arbitrage dans le domaine du droit de la construction.

**Genevière AUGENDRE**  
*Président de l'AFA*

## DOSSIER

# CONSTRUCTION ET ARBITRAGE



### Arbitration in the Fidic contracts : some issues and recent answers

#### Overview and DAB mechanism

Contract forms issued by the International Federation of Consulting Engineers ("FIDIC") are among the most frequently used for major international construction projects. More broadly, their highly detailed dispute resolution clause, mainly characterized by the introduction of a Dispute Adjudication Board ("DAB") mechanism in the 1999 forms, inspires owners drafting their own contracts. It is thus interesting, after a short overview, to show some typical issues which may arise from the interaction between this mechanism and the arbitration clause itself when both are contained in the contract, and some recent answers brought by case law.

Below developments focus mainly on the FIDIC 1999 "Red Book", fitted for construction contracts for the contractor, although the set of other specific framework contracts issued since then - (i.e. the 1999 Yellow Book tailored for design and build operations and the 1999 Silver Book addressing EPC turnkey projects) share the same arbitration clause and most of the wider dispute resolution process (but include some variations in the DAB procedure).

The dispute resolution clause of the FIDIC forms (clause 20) implements a complex, multi-step escalation, from the notice of the dispute - which is mandatory and time barred (28 days after the Contractor "*became aware or should have become aware, of the event or circumstance*") - to the arbitration, through to the initial decision of the Engineer (representative of the Owner) and subsequent DAB phase.

The clause encloses an autonomous arbitration agreement (sub clause 20.6). But the provisions "*any dispute shall finally be settled by international arbitration*", are stipulated "*Unless settled amicably (...)*", and "*in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding (...)*". Thus

in principle the DAB phase is mandatory. But does it always preclude direct arbitration?

## Referring the dispute directly to arbitration

The philosophy behind a DAB's mechanism is to manage disputes in a way which both avoids a dispute interfering with the performance of the contract and allows the parties to settle it efficiently in terms of cost and delay. Combined with sub clause 20.1 *Time bar*, the implementation of a dispute board drives the dispute quickly aside the project. Then, after the board's adjudication, it is supposed to bring an answer prompt and reliable enough to settle most of the disputes arising in the course of a construction project. Consistently, the DAB step of the dispute resolution process is mandatory, and parties cannot in principle refer the dispute directly to arbitration.

These goals seem more likely to be achieved, and the tool to be efficient, if the Board is appointed at the outset of the construction project (during the "honeymoon" phase before any dispute has actually arisen). Even though *ad hoc* DAB exist, a *standing* Board, following the entire project, is generally seen as the most efficient, but most expensive option. According to a practitioner, if the Board is not appointed in time: "*In those projects where a dispute subsequently arises, the Contractor and Employer will then struggle to agree upon and establish their DB. It is perhaps arguable that the benefits of it are substantially reduced by not having those individuals available at the commencement of the project*[1]. Furthermore, the utility of a DAB may be challenged if it is implemented after the contract ends, whether as a result of the completion of the work or a termination.

Indeed, two provisions of the FIDIC Red Book indicate that a direct path to arbitration - although not being the principle - can work as an exception: implicitly in the arbitration clause itself (20.6) which reserves "*the DAB's decision (if any)*", and explicitly in sub clause 20.8: "*If a dispute arises (...) and there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise (...) the dispute may be referred directly to arbitration (...)*".

This issue was recently debated by the Swiss Supreme Court in ruling [4A\_124/2014] rendered 24 September 2014, where no *ad hoc* DAB was in place 18 months after the contractor had issued a notice of claim. Encountering difficulties in the appointment of the DAB, the Contractor decided to refer the dispute directly to arbitration under the ICC rules. In its ruling on the challenge raised by the owner, the Swiss District Court upheld the decision despite the mandatory nature of the DAB procedure as set forth by FIDIC sub clause 20.2. The Court estimated that, as the contractual relationship was terminated in the case at hand, the implementation of a DAB: "*may no longer have been absolutely necessary in view of the economy of the system because it was unlikely that it would avoid the initiation of the arbitral procedure reserved by Sub-Clause 20.6 of the General Conditions*".

The Court found that the DAB was - in this particular case - "*more similar to an arbitral tribunal of first instance rather than an actual DAB*". Thus, the Court approved the Contractor's choice to refer the dispute directly to arbitration, using the direct path to arbitration provided by clause 20.8.

This case shows both a comprehension of the DAB mechanism, which in theory should not be turned into first degree arbitration, and some consistent flexibility on the admissibility of claims directly submitted to arbitration.

Provided now that the DAB was "*in place*" and regularly issued a decision. Final or not, due to a notice of dissatisfaction issued within 28 days after reception by one party, this leads to another issue: enforcement.

## Enforceability of the DAB decision

Under the 1999 FIDIC conditions, any decision rendered by a DAB is binding between the parties, and by virtue of sub-clause 20.4 - the parties: "*shall promptly give effect to it [...]*". This rule is particularly important to ensure the efficiency of the mechanism. Yet, to the extent the decision is not yet final and binding, an arbitral tribunal: "*shall have full power to open up, review and revise any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Engineer, and any decision of the DAB, relevant*

to the dispute” (20.6).

Therefore, the situation is different depending on if a party is seeking enforcement of a DAB decision which is final and binding or solely binding. In the latter a costly and lengthy full arbitration procedure could spoil the benefit of a positive adjudication for the winning party.

This issue was ruled by the Singapore High Court in the much commented “Persero case” in two decisions rendered in 2010 and 2011[2]. In a construction contract incorporating the 1999 FIDIC Red Book, a DAB ordered the Owner - PGN - to pay to the Contractor - CRW - \$17,298,834.57.

PGN issued a NOD regarding the DAB’s decision, which at the time was binding but not final. Given PGN’s failure to promptly pay this amount, two disputes were referred to an ICC appointed tribunal regarding: (i) the merits of the DAB’s decision, and (ii) PGN’s failure to comply with the DAB decision.

A final award was rendered in 2009 in favor of CRW, concluding that as the DAB decision was binding, PGN should immediately enforce it (ii), without any need to open up, review or revise the decision (i).

The Singapore High Court, approved by the Singapore Court of Appeal, decided to set aside the award on the following grounds: (1) In not recognizing it had power to open up, review or revise the DAB’s decision the arbitral tribunal had not complied with its mandate ; (2) The arbitral tribunal lacked jurisdiction to hear the second dispute, *i.e.*, PGN’s failure to comply, as it was not referred to the DAB in the first place.

These rulings were criticized as they compelled the claimant to seek a global review of the merits of the DAB’s decision in a long and technical arbitral process probably requiring one or more expertise. Indeed, the ruling, even if apparently drifting away from the spirit of a DAB mechanism, has some strong logic.

A solution may be sought in an interim or partial award from the Arbitral Tribunal, but international arbitration interim or partial awards are not necessarily enforceable in any legal systems, and the distinction between the two may itself raise additional legal issues.

To bypass this difficulty, some Counsels have applied the following strategy: referring the respondent’s failure to comply with the DAB’s previous decision to the DAB before submitting only this second dispute to the arbitral tribunal. In this case, the arbitral tribunal can only recognize whether or not the failure to comply with a DAB’s decision results in a breach of contract, a claim which is unlikely to be rejected[3].

Although the maneuver may not be failsafe, and it will of course take time to escalate a separate dispute up to the arbitration level (NB: potentially no less than 210 days), it seems highly advisable to proceed accordingly.

These limited examples and the sophisticated FIDIC system illustrate the potential difficulties in articulating a useful but complex ADR mechanism with an arbitration clause, and the need to ensure that the former is not be turned into an obstacle to the efficiency of the later.

François MULLER  
Avocat Associé, Altana

[1] Nicholas Gould - Establishing Dispute Boards; Selecting, Nominating and Appointing Board Members - SCL Paper, December 2006, p.135.

[2] *PT Perushaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation [2010] SGHC 202*; And the Court of Appeal decision: *CRW Joint operation v. PT Perushaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33*.

[3] See David Brown - L’exécution de décisions de Dispute Boards pourvues de force obligatoire - Décideurs Stratégie Finance Droit - 17 février 2012.





## L'arbitrage international : un mode privilégié de résolution des litiges en matière de travaux publics

plusieurs années.

Les grands projets infrastructurels de construction, au-delà de leur impact économique et politique, sont source de difficultés techniques et juridiques importantes notamment en raison de leur durée s'étalant souvent sur

Ces difficultés, inhérentes à tout projet de construction international, se trouvent accrues lors de grands projets infrastructurels lorsque l'ouvrage à réaliser relève du domaine des travaux publics.

Ceux-ci peuvent se définir comme des travaux immobiliers exécutés pour le compte d'une personne publique, dans un but d'intérêt général, quelles que soient les personnes qui définissent, dirigent ou réalisent les travaux<sup>[1]</sup>. Le contentieux qui en découle est donc relatif aux difficultés qui peuvent « s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et [une] Administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés »<sup>[2]</sup>.

Dans un contexte international, l'arbitrage offre une alternative crédible au règlement judiciaire des litiges liés à la réalisation de tels projets. Les récentes opérations internationales de construction impliquant des acteurs publics (Coupe du monde au Brésil en 2014, Jeux Olympiques de Rio de Janeiro en 2016, expansion du Canal de Panama au Mexique) prévoient d'ailleurs un recours à l'arbitrage<sup>[3]</sup>. La dernière conférence de la CCI en partenariat avec le FIDIC sur le thème « *International Construction Contracts & Dispute Resolution* » qui s'est tenue à Bogota les 24 et 25 mars 2015 témoigne de cet engouement pour l'arbitrage dans ce secteur.

Sur le plan contractuel, les parties ont souvent recours à des formulaires standard en matière de clause d'arbitrage ou des règlements d'arbitrage, adaptés au domaine de la construction et élaborés notamment par la FIDIC [voir article F. Muller], le Fonds Européen de Développement (FED) ou encore par l'Institution of Civil Engineers.

Le succès de l'arbitrage dans le règlement des différends internationaux en matière de travaux publics s'explique par ses avantages inhérents.

L'arbitrage international offre en effet un gain de temps substantiel comparé à la justice étatique. Sous réserve que les parties et le centre d'arbitrage y soient vigilants, une sentence arbitrale peut être rendue dans un délai compris entre 1 et 2 ans à compter de sa saisine, alors qu'un contentieux initié devant les juridictions étatiques ne pourra être résolu qu'après plusieurs années<sup>[4]</sup>, généralement 3 à 6 ans.

Le contentieux étatique nécessitera, le plus souvent, une mesure d'expertise judiciaire qui, une fois ordonnée, pourra faire l'objet d'extensions personnelles à d'autres parties et/ou matérielles à d'autres désordres, et dont la validité pourra être contestée par les parties ultérieurement. Une fois l'expertise judiciaire terminée, les parties devront alors initier une procédure au fond, sanctionnée par un jugement, qui, sauf cas exceptionnel, sera frappé d'appel puis, parfois, d'un pourvoi en cassation.

L'arbitrage international permet également une meilleure appréhension des aspects techniques, souvent complexes. Alors qu'un magistrat aura souvent tendance à se rapporter aux conclusions de l'expert judiciaire, il en va différemment en matière d'arbitrage où le débat technique a toute sa place et où des techniciens peuvent intervenir en qualité de coarbitres, d'experts désignés par le tribunal arbitral, ou de témoins/sachants venant au soutien d'une partie en tant que spécialistes des questions litigieuses.

Enfin, l'arbitrage international permet aux parties de bénéficier d'une confidentialité appréciable dans le règlement de leur différend, leur épargnant ainsi une publicité potentiellement nuisible.

En dépit des avantages indéniables de la justice arbitrale, certaines caractéristiques des litiges en matière de travaux publics peuvent être source de difficultés. De manière chronologique seront envisagées les difficultés liées à l'arbitrabilité du litige (I), à certaines caractéristiques de l'instance arbitrale en matière de travaux publics (II) et celles résultant de l'exécution de la sentence (III).

## I. L'arbitrabilité des litiges internationaux en matière de travaux publics

La présence d'une personne publique constitue une difficulté quant à l'arbitrabilité du litige selon qu'il se situe dans un contexte interne ou international.

Le contrat administratif de droit interne est soumis au principe d'inarbitrabilité érigé par l'article 2060 du Code civil qui prévoit qu'« *on ne peut compromettre sur les [...] contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* », même s'il existe certaines exceptions législatives[5].

En matière internationale, le contrat ayant pour objet la construction d'un ouvrage public reste de nature administrative[6] et ce, même s'il met en jeu les intérêts du commerce international. Il en va ainsi du contrat conclu entre une personne publique et un partenaire étranger[7].

Un régime de l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux semble se dessiner depuis l'arrêt *INSERM* rendu par le Tribunal des Conflits le 17 mai 2010[8] où l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux semble avoir été admise, du moins de manière implicite.

Le Conseil d'État semble s'être récemment rallié à cette solution dans un arrêt *SMAC* du 19 avril 2013[9], dans le cadre d'un litige opposant le Syndicat Mixte des Aéroports de Charente, personne publique, et deux sociétés privées du groupe Ryanair. Ainsi, lorsque la sentence arbitrale touche au « *noyau dur* » du droit administratif (concession, marché public, partenariat et délégation de service public), les recours contre la sentence et l'exequatur de celle-ci relèvent de la compétence exclusive du juge administratif[10].

La difficulté tenant à l'arbitrabilité des litiges relatifs aux travaux publics en matière internationale semble aujourd'hui résolue même si des questions demeurent quant à l'étendue du contrôle du juge administratif sur les sentences rendues.

## II. Certaines caractéristiques de l'instance arbitrale relative aux travaux publics

### 1. La multiplicité des acteurs de l'opération de construction

L'opération internationale en matière de travaux publics fait intervenir une multiplicité d'acteurs.

L'enchevêtrement contractuel ne se résume plus à la seule relation bilatérale Maître de l'ouvrage/Entrepreneur, ou tripartite Maître de l'ouvrage/Maître d'œuvre/Entrepreneur :

- Le Maître de l'ouvrage peut recourir à un Maître de l'ouvrage délégué,
- La maîtrise d'œuvre peut être assurée par la personne publique seule ou être déléguée à un mandataire, personne publique ou privée[11]. Cette fonction peut elle-même être scindée entre une maîtrise d'œuvre de conception et une maîtrise d'œuvre d'exécution,
- L'Entrepreneur peut recouvrir une forme juridique plus ou moins complexe (joint-venture, groupement, consortium)[12]. Celui-ci va collaborer avec des architectes, des sous-traitants, fournisseurs, bureaux d'études, qui sont autant d'intervenants supplémentaires à l'opération[13],
- La division du marché en lots et la présence éventuelle de tranches conditionnelles ont également pour effet d'augmenter le nombre d'acteurs,
- Les contrats de financement et les assureurs impliqués dans un programme international d'assurance sont des échelons additionnels participant à la complexité juridique de l'opération de construction.

La multiplicité des instruments contractuels accroît la probabilité d'être confronté à des clauses hétérogènes de règlement des litiges (clause attributive de juridiction/clause compromissoire, ces dernières pouvant viser des institutions différentes). Dans cette hypothèse, des désordres similaires, ayant la même cause technique, peuvent faire l'objet de différentes instances arbitrales ou étatiques, avec un risque de contrariété de décisions entre la/les sentence(s) rendues et/ou le(s) jugement(s) des juridictions étatiques.

La question de l'extension des clauses d'arbitrage aux tiers est donc de première importance afin d'éviter, autant que faire se peut, l'éclatement du contentieux.

Pour pallier cette difficulté, les institutions d'arbitrage, à l'instar de la CCI, ont mis en place des possibilités d'arbitrage multipartites (article 7 Règlement CCI) et de jonction d'instances (article 10 Règlement CCI), possible sous certaines conditions[14]. L'AFA conduit d'ailleurs des travaux en ce sens dans le cadre d'un Groupe de réflexion.

## 2. L'appréhension des difficultés techniques

L'arbitrage offre aux parties une réelle opportunité de voir les difficultés techniques de leur dossier mieux appréhendées lors de la conduite des débats techniques devant le tribunal arbitral.

Sans doute, plus que dans d'autres secteurs, le choix des arbitres appelés à connaître d'un litige portant sur des travaux publics est crucial. Les parties disposent du droit de stipuler dans la clause compromissoire que les coarbitres seront ingénieurs et le président du tribunal arbitral un juriste. Il est ainsi de pratique courante, notamment au Royaume-Uni, de désigner au sein du tribunal arbitral un membre ayant une compétence technique avérée, alors que les deux autres seront des juristes confirmés[15].

Lors de la conduite des débats techniques, les parties, par le biais de leurs conseils, jouent un rôle significatif dans la détermination des thèmes à traiter, du nombre de témoins et des modalités de présentation des témoignages.

## 3. La prise en compte de spécificités juridiques et l'évaluation du préjudice

L'évaluation du préjudice découlant de l'exécution des travaux publics fait appel à des notions spécifiques de droit administratif qui méritent d'être traitées avec une attention particulière par les conseils des parties et les arbitres.

Ainsi le tribunal arbitral peut être amené à statuer sur des réclamations fondées sur :

- Des sujétions imprévues ayant pour conséquence l'augmentation du prix du marché. Il en va ainsi de l'état du sol ou d'évènements climatiques bouleversant l'exécution du contrat[16],
- Des surcoûts liées à des retards ou à des modifications unilatérales du maître de l'ouvrage (plans de l'ouvrage, lieu d'implantation, modalités d'exécution des travaux)[17],
- La révision des prix unitaires,
- Les pertes d'exploitation,
- Les garanties et/ou cautionnements fournis par l'entreprise.

## III. Les possibles difficultés d'exécution de la sentence arbitrale

Des difficultés liées à l'arbitrage en matière de travaux publics peuvent apparaître à l'issue de l'instance arbitrale. En effet, la participation d'un acteur public est de nature à créer des contraintes pour l'exécution de la sentence.

Le Règlement du FED, régissant les litiges entre les investisseurs européens et les États ACP (Afrique Caraïbes Pacifique), anticipe cette difficulté en prévoyant que « *tout État ACP et tout État membre*

reconnaît toute sentence rendue en application du Règlement [FED] comme obligatoire et en assure l'exécution sur son territoire, comme s'il s'agissait du jugement définitif de ses propres juridictions » (art. 33.3 Règlement FED). La partie sollicitant la reconnaissance et l'exécution de la sentence doit uniquement « présenter une copie certifiée conforme de la sentence à l'autorité que cet État a désignée à cet effet. La formule exécutoire est apposée sur la copie présentée, sans autre contrôle que celui de l'authenticité de cette copie » (article 34.1).

Cependant, dans de nombreux cas, la difficulté relative à la reconnaissance et l'exécution de la sentence n'est envisagée qu'*a posteriori*, une fois la sentence rendue. Cette prise en compte tardive peut être source de difficulté, notamment lorsque la personne publique a été condamnée au titre de la sentence et que ses juridictions se montrent « peu enclines » à la reconnaître et à lui conférer la force exécutoire.

Dans cette hypothèse, il est alors tentant pour le contractant de droit privé de chercher l'exécution sur des biens de l'État situés en dehors du territoire de ce dernier. Cependant, la Cour de cassation a entendu freiner cette pratique en affirmant, dans trois décisions du 28 mars 2013, que « si les États peuvent renoncer, par contrat écrit, à leur immunité d'exécution sur des biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques, il ne peut y être renoncé que de manière expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie »<sup>[18]</sup>.

Cette position, protectrice des États, venait ainsi consacrer des décisions des 9 mars et 28 septembre 2011 exigeant que la renonciation à l'immunité d'exécution soit « certaine, expresse et non équivoque »<sup>[19]</sup> et ayant affirmé que « selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des États étrangers bénéficient [...] d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale »<sup>[20]</sup>.

En l'absence de mécanisme général de renonciation à l'immunité d'exécution, il faudra alors que les parties soient vigilantes à ce que soient mentionnés les biens sur lesquels une telle renonciation est consentie.

Enfin, une sentence arbitrale constituant un « investissement »<sup>[21]</sup>, si celle-ci venait à ne pas pouvoir être exécutée du fait de l'État, alors le cocontractant de droit privé pourrait faire valoir la violation de ses attentes légitimes en qualité d'investisseur devant le CIRDI, ou tout autre centre permettant de trancher un différend lié aux investissements.

**Simon NDIAYE**  
*Avocat Associé, HMN & Partners*

[1] CE, 10 juin 1921, *Cne de Monségur c/ Épx Latanne et Brousse*, Lebon 573 ; DP 1922. 3. 26, concl. Corneille. Peuvent être également qualifiés de travaux publics, les travaux réalisés par une personne publique, pour le compte d'une personne privée, dans le cadre d'une mission de service public (T. confl., 23 nov. 2009, req. n° 3727).

[2] Article 4 L. 28 pluviôse an VIII.

[3] Arbitration and conflict resolution in large-scale infrastructure projects in Latin America, Panama City, 23-24 August 2012, *Cahiers de l'arbitrage*, 1<sup>er</sup> oct. 2012, n° 4, P.1037.

[4] C. Samson et F. Albert, L'arbitrage dans le domaine de la construction ; une solution attractive malgré la spécificité des litiges, *Construction Urbanisme*, n° 10, oct. 2003, chron. 9, estimant qu'une Cour d'appel ne statuera qu'après un délai de 3 à 4 ans.

[5] L'article 311-6 du Code de justice administrative recense les exceptions à ce principe, dont l'arbitrage en matière de travaux publics prévu par l'article 132 du Code des marchés publics selon lequel l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fourniture, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile. Il faut ajouter à la liste de l'article 311-6 une exception récemment admise dans les contrats de partenariats en vertu de l'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat, permettant d'y insérer une clause compromissoire.

[6] N. Boulous, *Contentieux des travaux publics*, Dalloz, sept. 2014, 44.

[7] B. Audit, Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux, *Rev. arb.*,

2010, p. 253-273.

[8] Trib. conflits, 17 mai 2010, *Inserm, Rev. arb.*, 2010.275 ; id., p. 253, étude B. Audit, venant mettre un terme à la divergence jurisprudentielle entre le Conseil d'État, n'admettant le recours à l'arbitrage par les personnes publiques qu'en présence d'un traité international (voir l'avis du Conseil d'État du 6 mars 1986 dans l'affaire *Eurodisney*), et la Cour de cassation, admettant cette possibilité en présence d'un contrat mettant en jeu les intérêts du commerce international (Cass., 1ère civ. 2 mai 1966, *Galakis, D.* 1966. 575, note J. Robert, *Rev. crit. DIP*, 1967.553, note J. Goldman).

[9] CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> sous-sections réunies, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente (Smac)*, *Rev. arb.*, 2013.761, note M. Laazouzi.

[10] *Ibidem*, et CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 10 septembre 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente (Smac)*, *Rev. arb.*, 2014.158, note M. Laazouzi.

[11] S. Braconnier, *Ibid*, 412.110.

[12] S. Braconnier, *Ibid*, 412.250.

[13] N. Boulous, *Ibid*, 44.

[14] Gary. B. Born, *International Commercial Arbitration, Kluwer Law International*, 2014, §18.02-C-2 ; Jenkins, *Ibid*, §7.03.A. En dépit d'une utilité indéniable, ces mécanismes demeurent néanmoins fragiles. En effet leur mise en œuvre est conditionnée par l'absence de contrariété entre les clauses de règlement des différends (siège et langue de l'arbitrage, droit applicable au fond, institutions différentes).

[15] Jenkins, *International Construction Arbitration Law*, Kluwert Law International, 2013, §7.02.B.

[16] Stéphane Braconnier, Michel Degoffe, *Marchés publics de travaux : exécution financière*, Dalloz, 2013, 417.1520.

[17] *Ibidem*, 417.1990.

[18] Cass. 1ère civ, n° 10-25.938, n° 11-10.450, n° 11-13.323, Bull civ n° 62, 63 et 64, *Rev. crit DIP* 2013 p. 671 note H. Muir Watt ; *D.* 2013, p. 1728, note D. Martel ; *RTD. civ.* 2013. 437, obs. R. Perrot.

[19] Cass Civ. 1ère, 9 mars 2011, n° 09-14.743, Bull. civ. I, n° 49, *D.* 2011. 890, obs. I. Gallmeister ; *Rev. crit. DIP* 2011 p. 385, avis P. Chevalier ; *JDI* 2011 p. 19, note P. Delebecque et S. Adeline.

[20] Civ. 1ère, 28 sept. 2011, n° 09-72.057, Bull. civ. I, n° 153, *D.* 2011 p. 2412 ; *Rev. crit. DIP* 2012 p. 124, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2012 p. 668, note G. Cuniberti.

[21] *Sentence White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, 30 novembre 2011.



## L'expertise technique dans l'arbitrage construction

L'expertise technique dans l'arbitrage construction est largement inspirée de la pratique anglo-saxonne. Cette influence se retrouve tant dans le mode de désignation de l'expert technique (1), que dans les techniques d'analyse des causes de retard (2).

### 1. La désignation de l'expert

Il existe deux grands systèmes de désignation des experts dans l'arbitrage international : la désignation par le tribunal arbitral et la désignation par les parties. Ces deux systèmes sont consacrés par les Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international<sup>[1]</sup> ainsi que par la plupart des règlements arbitraux<sup>[2]</sup>.

#### 1.1. L'expert désigné par le tribunal arbitral

Dans ce système, le tribunal désigne un expert qui a pour mission de l'éclairer sur les problématiques techniques. L'expert est alors rémunéré sur les frais de l'arbitrage. Il reçoit ses instructions du tribunal qui détermine l'étendue et les modalités de sa mission. Il rend un rapport dont les conclusions sont généralement suivies par le tribunal.

Ce système est directement issu de la tradition de droit civil dans lequel le juge joue un rôle actif dans la recherche de la vérité. L'expert aide le juge à prendre sa décision.

Dans ce système, l'expert est indépendant des parties. Son rapport reflète ce que l'expert considère comme étant la vérité. En outre, ce système concentre l'expertise technique aux seules questions que le tribunal arbitral juge utiles.

La plus grande critique de ce système est que le tribunal arbitral délègue une partie de la fonction de juger à l'expert. En effet, le tribunal n'a d'autre choix que de s'en remettre aux conclusions de l'expert. Or, comme le relèvent les auteurs d'un ouvrage de référence : l'expert désigné par le tribunal peut être parfaitement neutre mais il peut également avoir parfaitement tort[3].

## 1.2. L'expert désigné par une partie

Dans ce système, chaque partie désigne son propre expert. L'expert travaille avec la partie qui l'a désigné pour présenter les problématiques techniques au tribunal. Il présente ses conclusions sous forme d'un rapport. L'expert adverse procède de la même manière. Pendant la phase écrite de la procédure, les experts s'affrontent donc par rapports interposés.

Ce système est directement issu de la tradition de *common law*. Il repose sur l'idée qu'il appartient aux parties de rapporter la preuve de leurs allégations et de convaincre le juge du bien-fondé de leurs prétentions. Le juge joue un rôle moins actif dans la recherche de la vérité. Son rôle se limite à trancher le litige, ce qui le contraint à l'impartialité.

Ce système recèle, toutefois, des inconvénients. L'expert désigné par une partie et payé par cette dernière, aura tendance à présenter les problèmes techniques sous l'angle le plus favorable à son client[4]. Il en résulte presque toujours une bataille d'experts dans laquelle celui qui l'emporte n'est pas nécessairement celui qui dit la vérité mais celui qui est le plus convaincant[5].

En pratique, il s'agit pourtant du système le plus utilisé dans l'arbitrage international. La raison principale de ce succès est que les parties gardent le contrôle d'une partie importante du litige. Elles choisissent leur expert et déterminent le contenu de son expertise. Elles réduisent donc, *a priori*, l'aléa judiciaire sur les questions techniques.

La méthode anglo-saxonne de désignation de l'expert a apporté avec elle dans l'arbitrage construction, les techniques de *common law* d'analyse des problèmes techniques. L'une des problématiques les plus récurrentes des arbitrages construction est celle des retards. On examinera ci-dessous, comment les experts procèdent à leur analyse.

## 2. L'analyse des causes de retard

La pratique de *common law* de l'expert désigné par les parties est à l'origine du développement de méthodes sophistiquées d'analyse des causes de retard. Les développements qui suivent en exposent les principes de base.

### 2.1. L'importance du planning

Les projets de construction sont généralement réalisés à partir d'un planning des travaux qui montre comment l'entrepreneur prévoit de réaliser les travaux dans le délai d'achèvement. Ce planning est généralement annexé au contrat principal. On parle du « planning de base », du « planning de référence » ou du « planning tel-que-prévu ».

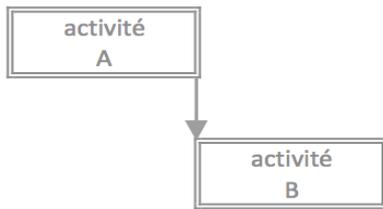
Le planning de base est normalement mis à jour à intervalles réguliers au cours de la construction, le plus souvent mensuellement. Le planning de fin de projet est appelé « planning tel-que-construit ».

Ces mises à jour permettent de voir comment le chantier est effectivement réalisé et notamment, quelles tâches prennent du retard par rapport au planning de base.

### 2.2. L'élaboration du planning

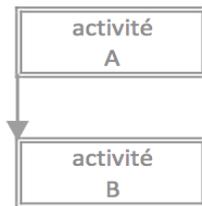
Pour qu'un planning permette de déterminer les causes de retard, il doit montrer la séquence des travaux et les liens entre les tâches. Les liens entre les tâches constituent la logique du planning. Ils déterminent l'ordre de réalisation des travaux. Les liens les plus courants entre tâches sont les suivants.

*Fin - début :*



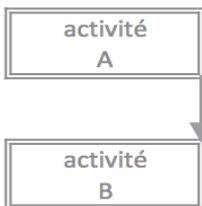
L'activité B ne peut pas commencer tant que l'activité A n'est pas terminée.

*Début - début :*



L'activité B ne peut pas commencer tant que l'activité A n'a pas commencé.

*Fin - fin :*



L'activité B ne peut pas terminer tant que l'activité A n'est pas terminée.

Lorsque l'entrepreneur réalise le planning de base, il procède en 4 étapes. Il détermine les tâches nécessaires à la réalisation du projet, il établit l'ordre de réalisation des tâches ainsi que les liens logiques entre tâches, il affecte une durée à chaque tâche, il introduit enfin ces informations dans le planning qui calcule le chemin critique.

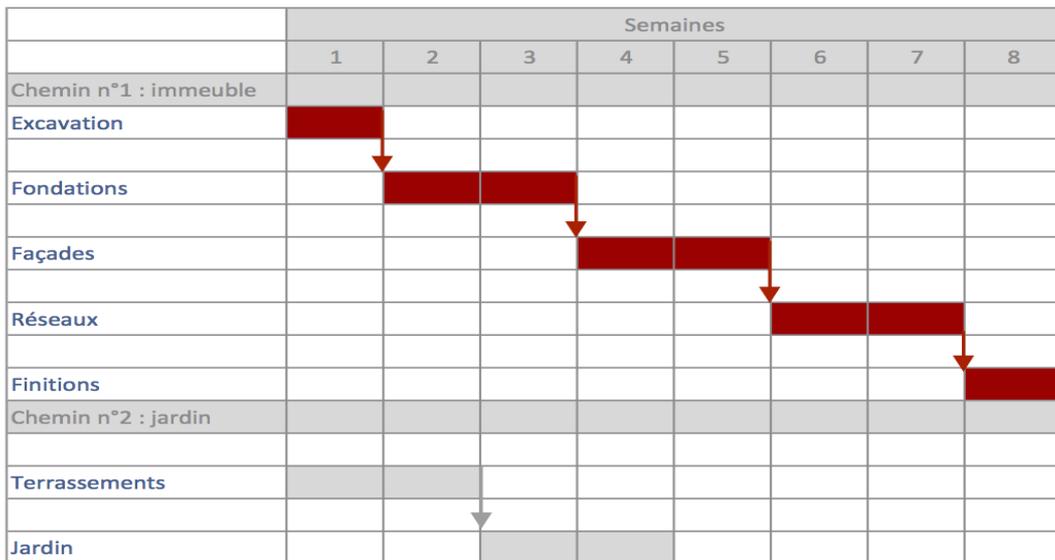
### 2.3. L'analyse du chemin critique

Les retards peuvent affecter simultanément plusieurs tâches. Dans certains cas, il peut être très difficile de déterminer, au sein des différentes causes de retard, celle qui a véritablement affecté le délai d'achèvement.

La réalisation d'un planning selon la méthode du chemin critique facilite la détermination des causes de retard. Elle permet en effet d'identifier, parmi les différents événements perturbateurs, ceux qui ont véritablement repoussé la date de fin des travaux.

La logique du planning ainsi que le temps affecté à la réalisation des tâches permet de déterminer le chemin critique du projet. Le chemin critique est le chemin le plus long entre le début et la fin des travaux. Le retard qui affecte une tâche qui se situe sur le chemin critique retarde donc automatiquement la date d'achèvement du projet.

Le planning simplifié ci-dessous illustre la logique d'un planning pour la construction d'un immeuble et d'un jardin mitoyen dans un délai de huit semaines :



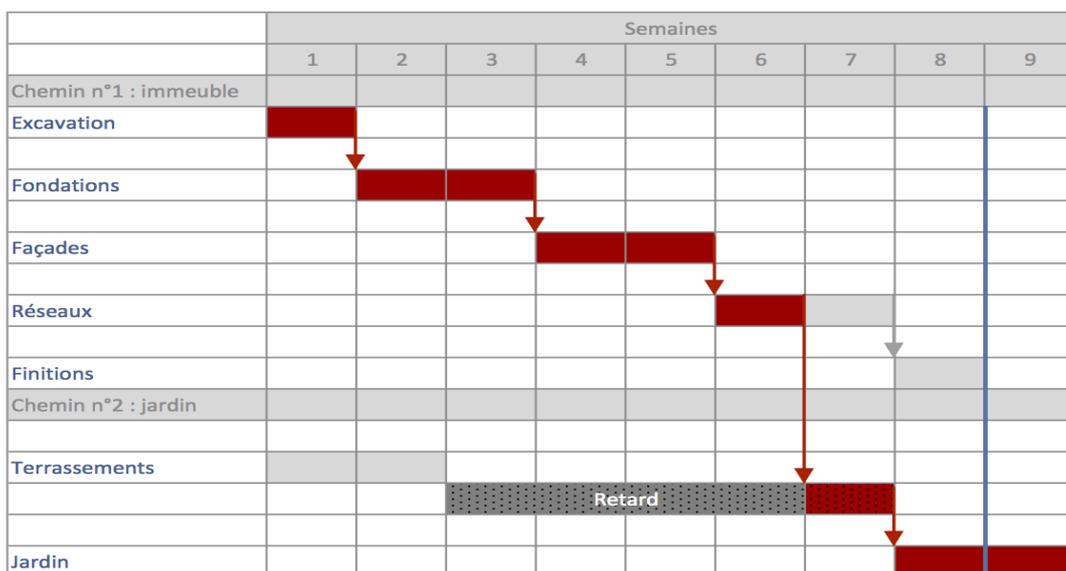
Date contractuelle de fin de travaux

Dans cet exemple, le chemin critique passe par le chemin n°1 qui est la construction de l'immeuble. Les tâches critiques sont l'excavation, les fondations, les façades, les réseaux et les finitions. La logique entre les tâches est représentée par des flèches. La réalisation des fondations ne peut pas commencer avant que l'excavation ne soit terminée. Les façades ne peuvent pas être réalisées avant que les fondations ne soient achevées, etc.

Un délai de réalisation est également affecté à chaque tâche. L'excavation et les finitions doivent durer une semaine. Les fondations, les façades et les réseaux doivent durer deux semaines. Un jour de retard sur l'une de ces tâches se traduit en un jour de retard du projet. L'entrepreneur peut toutefois limiter l'impact d'un retard en prenant des mesures d'accélération. Il peut également réorganiser la séquence des travaux en commençant par exemple les façades là où les fondations ont été terminées.

En revanche, dans cet exemple, le chemin n°2 pour la réalisation du jardin n'est pas critique. En effet, le délai de réalisation du jardin, qui est plus court que le délai de réalisation de l'immeuble, comporte une marge confortable. Cette marge est égale à la différence entre le délai de réalisation de l'immeuble et celui du jardin. Dans notre exemple, elle est de 4 semaines. Les activités qui figurent sur le chemin n°2 ne sont donc pas critiques. Elles peuvent être retardées de 4 semaines sans conséquence sur le délai d'achèvement.

Toutefois, le chemin n°2 pourrait devenir critique si la réalisation des terrassements subissait un retard de 5 semaines en raison, par exemple, d'un problème de qualité des sols. Le chemin critique basculerait alors sur le chemin n°2 à partir de la 5<sup>ème</sup> semaine de retard :



Date contractuelle de fin de travaux

Cet exemple montre comment la réalisation d'un planning selon la méthode du chemin critique permet de déterminer les causes de retard. En l'espèce, on voit que le retard de 5 semaines dans la réalisation des terrassements a retardé le projet d'une semaine.

Dans les projets de construction d'ampleur, l'analyse des causes de retard peut s'avérer particulièrement complexe. Le choix d'un expert de premier plan dans l'analyse des causes de retard est primordial. Il est également important que l'expert ait une bonne expérience de l'arbitrage international car il devra se soumettre à l'épreuve difficile de l'interrogatoire des avocats de la partie adverse. Ce savoir-faire, pourra s'avérer déterminant dans le résultat de l'arbitrage.

Laurent Jaeger  
Avocat Associé, Orrick

Yann Schneller  
Avocat à la Cour, Orrick

[1] Articles 5 et 6 des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international.

[2] Voir notamment les articles 25(3) et 25(4) du Règlement d'arbitrage de la CCI, les articles 20 et 21 du Règlement d'arbitrage de la LCIA et les articles 27(2) et 29 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

[3] W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, 1990, p. 404: *"Even if they intend to appoint a neutral expert, ICC arbitrators are not well-advised to reject the presentation of expert testimony by the parties. In particular, parties from common-law countries view with great misgiving a procedure whereby the arbitrators receive all their technical briefing from someone who, perhaps by unfortunate accident, may turn out to be incompetent: such an "expert" could not easily be challenged because, while perfectly mistaken, he is also perfectly neutral in the sense that his erroneous conclusions were not intended to benefit either side"*.

[4] Voir par exemple, Klaus Sachs & Nils Schmidt-Ahrendts, Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, p. 143: *"As long as an expert is appointed and paid by a particular party, there will always be an incentive for him to sympathize with that party's position. There will often be a reluctance to cooperate with the expert appointed by the opposing party. And counsel will always try to control the evidence submitted by their expert and to prevent him from making statements which might turn out to be unfavourable to the client"*.

[5] Giovanni De Berti, Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?, *ARBITRATION YEARBOOK 2011*, 53: *"Indeed, one of the criticisms of this system is that the result is a battle of experts of doubtful neutrality, or even of declared partiality, the prize going to the more articulate and convincing one, not necessarily to the one telling the truth, the whole truth and nothing but the truth"*.

## ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

### > Wake up (With) Arbitration !

Le prochain petit déjeuner «Wake up (With) Arbitration !» aura lieu le jeudi 9 avril 2015 et aura pour thème " Le secrétaire du tribunal arbitral : un 4ème arbitre ? " avec Madame Marie-Laure BIZEAU et Monsieur Jean-Yves GARAUD.

[Lire la suite](#)

### > Atelier de pratique arbitrale - Comité Français de l'Arbitrage

Le prochain Atelier de pratique arbitrale organisé par le Comité Français de l'Arbitrage aura lieu le jeudi **16 avril 2015** de 17 heures 30 à 20 heures au Palais de Justice à Paris sur le thème " **L'obligation de révélation : aspects pratiques pour les arbitres et les parties** ".

Cet atelier s'inscrit dans un cycle consacré au déroulement de la procédure arbitrale mené par le Groupe de travail " Arbitrage interne " et présidé par MM. Henri-Jacques NOUGEIN et Jacques PELLERIN.

Participation libre sous réserve d'inscription auprès du Comité Français de l'Arbitrage - [secretariat@cfa-arbitrage.com](mailto:secretariat@cfa-arbitrage.com)

[Lire la suite](#)

### > **Arbitrators Studio 6 - PVYAP**

Paris Very Young Arbitration Practitioners recevra Madame Brigitte STERN, Professeur émérite de droit international à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, pour la 6ème édition de l'*Arbitrators Studio* le 23 avril 2015. L'*Arbitrators Studio* est l'occasion de rencontres privilégiées entre arbitres renommés et jeunes praticiens.

[Lire la suite](#)

### > **Dîner des membres de l'AFA**

Le prochain dîner débat des membres adhérents de l'AFA aura lieu le lundi **11 mai 2015** à la Maison du Barreau à Paris. Il sera animé par Monsieur Christian DUVE, Avocat associé, Freshfields Bruckhaus Deringer et Directeur de l'Association des Avocats allemands sur le thème : TRAITÉ DE LIBRE ÉCHANGE ENTRE L'EUROPE ET LES ÉTATS-UNIS "TTIP - one arbitration regime or litigation diversity? What is the German preference?" Les débats se dérouleront en français et en anglais.

[Lire la suite](#)

### > **Communication du Comité Français de l'Arbitrage**

" **De l'arbitre pro-actif à l'arbitre collaboratif** ", tel sera le sujet de la communication du Comité Français de l'Arbitrage qui aura lieu, avec Madame Catherine KESSEDJIAN, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, le **18 juin 2015** au Palais de Justice à Paris.

[Lire la suite](#)

### > **Conférence de l'Association Française d'Arbitrage**



La prochaine manifestation de l'AFA aura lieu le lundi **28 septembre 2015** à l'Hôtel des Arts et Métiers à Paris.

Monsieur le Professeur Charles JARROSSON tiendra à 18 heures la **conférence qui célébrera le quarantième anniversaire de l'AFA** sur le thème " **Le statut juridique de l'arbitrage administré** " .

Elle sera précédée de l'Assemblée générale de l'AFA et suivie d'un cocktail dans les Salons de l'Hôtel des Arts et Métiers.

Sur invitation - Inscription auprès de l'AFA - [contact@afa-arbitrage.com](mailto:contact@afa-arbitrage.com)

## A L'INTERNATIONAL

### > Conférence sur l'exécution des sentences arbitrales en Afrique - UIA

Le 25 avril 2015 à Dakar seront abordées au cours de cette conférence, organisée par l'Union Internationale des Avocats, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et en collaboration avec l'Ordre des Avocats du Sénégal, l'exécution des sentences rendues et exécutées en Afrique ainsi que l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Afrique.

[Lire la suite](#)

### > *The fourth DIS Baltic Arbitration Days*

Au cours des 4 et 5 juin 2015 à Riga en Lettonie, des experts internationaux présenteront les procédures d'arbitrage accélérées et l'arbitrage dans la propriété intellectuelle. Organisée par le *Baltic Regional Group of German Institution of Arbitration (DIS)*, cette conférence est l'occasion de connaître les pratiques arbitrales en Europe centrale et Europe de l'Est, Allemagne, Scandinavie, pays baltes et autres juridictions.

[Lire la suite](#)

### > *VII Conferencia Latinoamericana de Arbitraje 2015*

Cette année, la Conférence Latino-américaine sur l'Arbitrage (LCA), organisée par le Centre d'Études de Droit, d'Économie et de Politique (CEDEP), aura lieu, sous la direction scientifique de Messieurs Diego P. Fernández ARROYO, João BOSCO LEE et José A. MORENO RODRIGUEZ, les 18 et 19 juin 2015 à Curitiba au Brésil. La LCA rassemble de nombreux praticiens de l'arbitrage international d'Amérique du Sud.

[Lire la suite](#)

### > Conférence *Costs in International Arbitration*

Cette conférence, organisée et présentée par le Comité sur l'arbitrage de l'*International Bar Association* aura lieu le 19 juin 2015 à Munich sur le thème des coûts de l'arbitrage international.

[Lire la suite](#)

## ACTUALITES DE LA MEDIATION

### > Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt

La loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt crée un médiateur des relations commerciales agricoles et prévoit pour certains litiges une procédure de médiation préalable à toute saisine du juge (art. L. 631-27 du Code rural et de la pêche).

[Lire la suite](#)

### > 10ème fête de la médiation - IFOMENE

L'Institut de Formation à la Médiation et à la Négociation organise le 11 avril 2015 sa fête annuelle de la médiation sur le thème "Pratiques de médiation et de communication : à la rencontre de soi et de l'autre".

[Lire la suite](#)

### > Séminaire sur la médiation et les ADR - Union International des Avocats

L'Union Internationale des Avocats organise un séminaire sur la médiation à Ankara les 8 et 9 mai 2015 avec l'Ordre des avocats d'Ankara sur le thème "*Mediation and ADR: How to Change the Lawyer's Mindset*". Le programme, interactif, débutera par une "*mock mediation*" suivie d'un débat.

[Lire la suite](#)

### > Célébration des 20 ans de la loi sur la médiation judiciaire

Chantal ARENS, Première Présidente de la Cour d'appel de Paris a décidé de promouvoir la médiation dans cette cour en créant une unité de médiation avec pour objectif un développement harmonieux et significatif de ce mode amiable de résolution des différends.

Un colloque pour célébrer les 20 ans de la loi sur la médiation judiciaire se tiendra le 19 mai 2015 dans la première Chambre de la Cour.

### > 21ème forum mondial des Centres de médiation - UIA

Le *World Forum of Mediation Centers*, organisé par l'Union Internationale des Avocats, aura lieu du 4 au 6 juin 2015 à Amsterdam. Il est l'occasion aux praticiens de parfaire leur pratique de la médiation commerciale internationale.

[Lire la suite](#)

## INFORMATIONS

### REJOIGNEZ-NOUS SUR LINKEDLN !

Enfin, nous y sommes !

Le groupe linkedln de l'Association Française d'Arbitrage est ouvert à ses membres ainsi qu'à toutes personnes s'intéressant à la pratique et la promotion de l'arbitrage international.

Il sera un support d'informations et d'échanges autour de l'arbitrage.

Nous vous invitons à y ouvrir dès à présent toute discussion sur cette matière.

## CENTRE NATIONAL D'ARBITRAGE DU TRAVAIL



### CENTRE NATIONAL D'ARBITRAGE DU TRAVAIL

Le premier centre d'arbitrage du travail en France est créé par Hubert Flichy, aux côtés d'Henri-José Legrand et de Thomas Clay.

Madame Geneviève Augendre en devient Présidente honoraire.

Ce centre doit permettre le règlement rapide et confidentiel des litiges individuels et collectifs opposant entreprises, salariés et dirigeants.

Cette initiative menée par deux avocats, l'un conseil habituel des employeurs, l'autre des salariés et de leurs représentants, et par un spécialiste reconnu de l'arbitrage a été accueillie favorablement.

Plus de 250 avocats ont ainsi déjà fait connaître leur intérêt pour le CNAT.

La presse s'en est également largement fait l'écho.

Le coût de la procédure devant le CNAT restera raisonnable : un barème spécifique est établi et la charge des frais et honoraires pèsera principalement sur l'entreprise.

Le CNAT n'a pas vocation à concurrencer les juridictions d'État mais à les compléter. Il offrira aux parties une voie alternative pour régler leur litige.

Le centre est hébergé par l'Association Française d'Arbitrage à Paris (8 avenue Bertie Albrecht 75008 - [contact@cnat.paris](mailto:contact@cnat.paris)).



## LE CAS PRATIQUE DE L'AFA

L'AFA organise une **nouvelle session de formation approfondie à l'arbitrage**, les **13 et 14 avril 2015** à la Maison du Barreau à Paris. Deux journées au cours desquelles la simulation d'un arbitrage international est organisée afin de découvrir tous les outils essentiels pour le mener à bien.

Limitée à 15 participants - avocats, experts, juristes, chefs d'entreprise, magistrats, professeurs ou toute autre profession : arbitres, conseils ou parties à l'arbitrage - Cette session est validée 16 heures au titre de la formation continue.

[Lire la suite](#)



## LES GROUPES DE REFLEXION DE L'AFA

Les travaux des deux groupes de réflexion, ouverts aux membres adhérents de l'AFA, se poursuivent et peuvent être consultés sur notre site.

Le premier a pour sujet d'étude la **Consolidation d'arbitrages connexes**, piloté par Maître Jérôme ORTSCHIEDT, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation avec la collaboration de Mademoiselle Eloïse GLUCKSMANN, Chargée d'enseignement à l'Université Panthéon Sorbonne.

Le second, dirigé par Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN avec la collaboration de Monsieur Pierre FENG, Avocat au Barreau de Paris, traite des **Décisions du Comité d'arbitrage**.

Il est prévu que selon le rythme déterminé des réunions, un travail de synthèse soit réalisé pour l'été 2015.

[Lire la suite](#)

## ACCORD DE PARTENARIAT

L'Association Française d'Arbitrage est heureuse de soutenir l'initiative de Caroline DUCLERCQ, Avocat Cabinet Altana et Carine JALLAMION, Professeur à l'Université de Montpellier, qui ont lancé, depuis le 20 janvier 2015, la toute première formation en ligne consacrée à l'Arbitrage Interne et International, formation sanctionnée par un Diplôme Universitaire : le MOOC (*Massive Open Online Course*) Droit de l'Arbitrage.

C'est pourquoi l'AFA a passé un partenariat avec elles.

En créant ce diplôme, elles ont souhaité proposer aux étudiants et aux professionnels une formation complémentaire consacrée au Droit de l'arbitrage.

Leur force a été d'être les premières à proposer cette formation en ligne : elle est très complète (140 heures), propose de la théorie et de la pratique, est dispensée par 45 intervenants de grande renommée avec 20% des cours en anglais.

Pour leur première promotion, elles ont sélectionné 80 étudiants sur les 450 candidatures reçues, la moitié environ étant des professionnels et des étrangers.

C'est une formation qui permet de rayonner au-delà des seuls étudiants et de nos frontières.

Ce MOOC est sanctionné par un diplôme universitaire niveau bac + 5 délivré par l'Université de Montpellier.

La première promotion rend hommage à un des plus grands noms de l'arbitrage, Serge LAZAREFF, avec qui Caroline DUCLERCQ a travaillé pendant 10 ans.

Vous trouverez toutes les informations utiles sur le site : <http://du-arbitrage.org/>

## LES RENDEZ-VOUS DE L'AFA

Dans le cadre de ses Rendez-vous, l'AFA participe aux enseignements de l'IEMA, *École Internationale des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges*, créée par le Barreau de Paris et l'EFB, qui propose aux avocats en exercice, dans le cadre de leur formation continue, de suivre un enseignement qualifiant de 130 heures couvrant l'ensemble des modes de règlement des litiges : arbitrage, médiation, conciliation, droit collaboratif et procédure participative.

[Lire la suite](#)

Par les Rendez-vous de l'AFA, notre association se déplace et répond aux questions que se posent les entreprises, les juristes, les avocats sur l'arbitrage.

## JURISPRUDENCE

### ● Cass.Chambre Mixte 12 décembre 2014 n° 13-19684

Avant de considérer les arrêts rendus par la Cour de Cassation pendant le premier trimestre de l'année 2015, il convient de citer cet arrêt rendu dans le domaine de la conciliation préalable obligatoire, car sa solution est transposable à l'arbitrage.

On sait que les clauses de conciliation et de médiation préalables à une demande, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, ont pour effet de la rendre irrecevable à condition que la clause soit suffisamment contraignante et précise.

En l'espèce la partie demanderesse n'avait pas satisfait à une clause de conciliation et s'était vue opposer l'irrecevabilité de sa demande (Cass. Ch. mixte 14 février 2003 n° 00-19423). Elle a imaginé sur

le fondement de l'article 126 du Code de procédure civile de régulariser la situation, ce qui est normalement possible jusqu'à ce que le juge statue.

Mais, logiquement, la Cour de cassation a ainsi statué : « *La situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance.* »

● **Cass. 1ère Civ. 14 janvier 2015, n° 13-23806**

Succession, entre les mêmes parties, de deux contrats dont l'un seulement contenait une convention d'arbitrage. Application du principe compétence-compétence à une demande qui concernait potentiellement les deux contrats.

● **Cass. 1ère Civ. 14 janvier 2015, n° 13-20350**

L'exequatur est accordé à la sentence originale en langue étrangère et non à sa traduction.

● **Cass. 1ère civ. 28 janvier 2015, n° 13-24626**

Le transfert de la totalité du capital d'une société a pour conséquence la transmission automatique de la convention d'arbitrage contenue dans le contrat dont ce transfert est issu.

● **Cass. 1ère Civ. 18 mars 2015, n° 14-11571**

Contrat de distribution : la clause compromissoire contenue dans le contrat d'enseigne ne s'applique pas au litige né de la valorisation des parts de capital d'une société dont le règlement intérieur comporte une clause d'attribution de juridiction.

● **Cass. 1ère Civ. 18 mars 2015, n° 13-22391**

La langue de l'arbitrage étant le français, le tribunal arbitral ne peut fonder sa sentence sur des traductions partielles, effectuées par ses soins, de documents en allemand, traductions non soumises à un débat contradictoire.

Ces décisions constituent les plus notables pour le praticien, mais il en est d'autres qui cependant ne présentent qu'un intérêt plus limité s'agissant de cas d'espèce.

Par contre, et par exception s'agissant d'une décision de la Cour d'appel de Paris rendue le 17 février 2015, il paraît difficile de ne pas évoquer l'affaire Tapie compte tenu de son retentissement fâcheux.

Il ne s'agit pas de traiter de l'aspect spécifique de ce dossier qui alimente la chronique au gré des convictions, mais de souligner certains aspects que les faits tels qu'ils sont relatés en détail par l'arrêt permettent de cerner.

Il s'agissait d'un arbitrage sur compromis dont on sait en pratique qu'il intervient souvent comme en l'espèce lorsque les parties se sont épuisées devant les juridictions judiciaires sans parvenir à prévoir une solution dans un délai raisonnable. Or l'arbitrage offre normalement la possibilité de maîtriser le temps et l'absence d'appel y contribue sans aucun doute.

Il n'est pas d'usage dans un compromis de recourir à l'arbitrage institutionnel car les parties y ont fait le plus souvent choix des arbitres en sorte que le besoin d'une institution ne s'impose pas puisque son rôle est primordial en la matière pour la mise en place du tribunal arbitral.

Néanmoins à l'occasion de cette mise en place, l'institution demande à chaque arbitre désigné d'effectuer une déclaration d'indépendance. Ainsi l'AFA demande aux arbitres, conformément à son règlement (article 4- §1) de révéler « *toutes circonstances qui pourraient être de nature, aux yeux des parties, à affecter son indépendance* ». A cette occasion il est précisé que doivent être pris en considération tous les liens pouvant exister avec les parties, mais aussi avec leurs conseils et les autres arbitres. Il n'est pas possible d'échapper à cette révélation.

Dans l'arbitrage ad hoc la révélation est aussi de rigueur, mais elle est spontanée et ne donne pas lieu par conséquent à une affirmation écrite par l'arbitre et signée de sa main de son indépendance ou des faits susceptibles de l'affecter ou non. Il y a là une différence fondamentale avec l'arbitrage institutionnel qui exige cette déclaration personnelle, le silence ne suffit pas.

Or en l'espèce il se déduit des termes de l'arrêt qu'aucune révélation n'avait été faite avant le prononcé de la sentence du 7 juillet 2008 et que des déclarations tronquées sont seulement intervenues ensuite sans pouvoir raisonnablement déboucher sur une récusation pour la suite de la procédure arbitrale.

Il y a une marge entre le silence et le mensonge écrit, d'où la sécurité que procure l'intervention d'une institution.

Une seconde observation mérite d'être faite en faveur de l'arbitrage institutionnel dans le cadre duquel le règlement prévoit parfois, comme à l'AFA, la relecture de la sentence avant son prononcé. On peut penser en l'espèce que l'allocation d'une indemnité de ce montant pour préjudice moral (qui n'excède pas et de loin le million pour la perte d'une personne chère) aurait suscité de la part du comité de relecture une interpellation des arbitres, certes libres de maintenir leur appréciation, mais du moins interpellés ce qui n'aurait pas manqué de réveiller leur vigilance.

L'institution est ainsi un gage de sécurité pour l'arbitrage et le législateur l'a bien compris en lui déléguant par priorité les missions confiées au juge d'appui. La jurisprudence aussi en permet le constat tant les annulations de sentence, toujours exceptionnelles se concentrent sur les arbitrages ad hoc.

La Cour a eu aussi à se prononcer sur le caractère interne ou international de l'arbitrage, qualification qui échappe aux parties, et il l'a fait par une interprétation que l'on peut estimer restrictive de l'article 1504 du Code de procédure civile selon lequel « *Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international* », en considérant que le litige n'était pas susceptible d'avoir pour conséquence des flux financiers ou transferts de valeurs au travers des frontières. Cette appréciation ne tient pas compte de l'objet du litige, l'exécution d'un mandat de cessions d'actions d'une société allemande. Cela suscitera à n'en pas douter une discussion scientifique intéressante.

*Par Monsieur Bertrand MOREAU  
Président du Comité d'arbitrage de l'AFA*