



## Editorial

Le projet de consacrer dans la Lettre de l'AFA un dossier spécial sur les synergies possibles entre le droit de la famille et l'arbitrage avait été décidé à la suite de l'entrée en vigueur de la loi « J 21 » du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21ème siècle, qui comme on le sait consacre la validité de la clause compromissoire dans les litiges entre non-professionnels. Nous ignorions alors que la succession d'un chanteur à succès et les rivalités de celles et ceux qui se prétendent légataires ou héritiers allaient devenir le feuilleton préféré des français, dont les péripéties allaient nourrir la presse aussi bien que les journaux télévisés. Peu de temps auparavant, c'étaient les affres de la succession d'un grand compositeur français de musiques de films décédé aux États-Unis et dont un des fils, célèbre aussi, vit en France dont nous lisions les rebondissements dans la presse.

Quels meilleurs exemples que ces affaires pour convaincre de l'intérêt de recourir à l'arbitrage dans les litiges successoraux. Même si l'expression « laver son linge sale en famille » manque quelque peu de raffinement, elle n'en illustre pas moins une vérité : celle que la plupart des différends familiaux ne gagnent rien à être réglés devant les tribunaux et encore moins à nourrir les tabloids avec les arguments développés dans les instances publiques.

Dans l'arène judiciaire, le linge ne sortira jamais blanc tant les passions auront été exacerbées et les rancœurs tenaces. L'instance arbitrale offre au contraire un espace de règlement des litiges qui apparaît propice à un règlement plus serein des conflits familiaux. Certes, l'arbitre tranche à l'instar du magistrat. Une partie sera toujours gagnante quand une autre aura vu rejeter ses prétentions mais une décision de justice sera d'autant plus acceptable à défaut d'être pleinement acceptée qu'elle sera expliquée et qu'elle clôturera un processus diligent où l'écoute et la disponibilité pour ce faire auront été érigées en principes.

Autant d'impératifs que malgré toute leur meilleure volonté, les magistrats et l'institution judiciaire sont très souvent dans l'incapacité d'offrir alors qu'avec toute la diligence requise, les arbitres consacreront les heures nécessaires à la rédaction de sentences suffisamment motivées pour être compréhensibles par les justiciables, après avoir entendu longuement les parties et leurs conseils au cours d'audiences qui leur auront donné l'occasion d'exprimer pleinement et sans contraintes horaires leurs arguments et sensibilités. Et l'on sait combien l'écoute est une première voie vers l'apaisement des conflits. Or, la qualité de cette écoute sera d'autant plus profitable que la parole sera libre, ce qui suppose la pleine confidentialité que l'arbitrage est par essence en mesure de garantir.

## SOMMAIRE

### ÉDITORIAL

### DOSSIER

### DROIT DE LA FAMILLE

#### ARBITRAGE EN DROIT DE LA FAMILLE

*Anne-Marie LEROYER*

*Professeur*

#### J21 OU L'ARBITRAGE POUR TOUS ?

*Marianne ABGRALL*

*Avocat*

### ACTUALITÉS

- De l'ARBITRAGE

- A L'INTERNATIONAL

- De la MÉDIATION

### INFORMATIONS

- Dîner débat de l'AFA

- Cas pratique de l'AFA

- Partenariat AFA - CPCCAF

- N° 16 Revue togolaise de droit des affaires et de l'arbitrage

### JURISPRUDENCE



Join our group



Les contributions qui suivent, fort intéressantes, du Professeur Anne-Marie Leroyer et de l'avocate Mariane Abgrall, toutes deux spécialisées en droit de la famille, nous rappellent que malgré l'ouverture offerte par la loi J 21, des barrières existent encore. L'arbitrage ne peut en effet en principe porter sur des droits indisponibles. Pourtant, dès lors qu'un accord est possible entre des parties majeures et responsables, je ne vois pour ma part aucun obstacle à reconnaître le plus vaste champ de compétence à l'arbitrage en droit de la famille. Les monopoles réservés en ce domaine au service public judiciaire paraissent archaïques et nous ne pouvons que nous réjouir de les voir céder sous l'effet des avantages multiples du recours à l'arbitrage.

Marc HENRY

*Président de l'AFA*

## DROIT DE LA FAMILLE ET ARBITRAGE

En introduction aux États Généraux de l'Arbitrage, co-organisés le 29 juin prochain par le Conseil National des Barreaux et l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, nous avons choisi de consacrer notre dossier à l'arbitrage en matière de droit de la famille.

Madame le Professeur Anne-Marie Leroyer nous fait l'honneur de sa contribution en avant-première de son intervention à ce colloque.

Madame Marianne Abgrall nous apporte son point de vue en tant qu'avocate spécialisée dans cette matière.

## ARBITRAGE EN DROIT DE LA FAMILLE



Depuis plusieurs années, le droit de la famille cherche à prôner l'accord des parties et la résolution conventionnelle des litiges. En atteste la faveur aux accords entre époux dans le divorce, la fameuse passerelle vers le divorce par consentement mutuel, la déjudiciarisation de la procédure de changement de régime matrimonial puis du divorce, l'essor de la conciliation et de la médiation, tout autant que l'utilisation de la convention de procédure participative.

On pourrait donc légitimement se demander, face à cette multiplicité de procédures particulières, si l'arbitrage a véritablement sa place en droit de la famille<sup>[1]</sup>, ou bien s'il n'a pas au contraire une place à prendre. L'attention avait ainsi été attirée, il y a plus d'une vingtaine d'années, par Pierre Catala sur les avantages de la convention d'arbitrage en droit patrimonial de la famille et la loi J 21 remet la question à l'ordre du jour en admettant la licéité de la clause compromissoire dans les litiges entre non-professionnels<sup>[2]</sup>.

Il résulte en effet du nouvel article 2061 du Code civil, réformé par la loi du 18 novembre 2016, que « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». La disposition peut donc désormais être interprétée comme rendant opposable la clause compromissoire dans les contrats entre non-professionnels et donc assurément dans certains de ceux pouvant être conclus en matière familiale<sup>[3]</sup>.

A cet égard, les avantages que pourrait avoir l'arbitrage en matière familiale, à savoir la rapidité par rapport à la justice étatique et la confidentialité du processus, sont régulièrement mis en avant et

paraissent dépasser l'objection tenant au coût de l'arbitrage et à la crainte d'une éventuelle disparité des réponses apportées par les arbitres à des litiges qui seraient semblables.

Cela étant dit, pour voir l'arbitrage se développer en droit de la famille, il faut revenir sur la sempiternelle question de l'arbitrabilité des litiges en la matière et s'attacher à vérifier quelle place il pourrait prendre parmi les procédures existantes.

## I. L'arbitrabilité de la matière familiale

A l'origine se trouve le texte de l'article 2060, alinéa 1er, du Code civil selon lequel : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps... et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

Depuis longtemps, le texte est interprété comme signifiant non pas que les matières d'ordre public sont inarbitrables<sup>[4]</sup>, mais que l'arbitre doit respecter l'ordre public et en sanctionner sa violation dans sa sentence<sup>[5]</sup>.

Apparaît alors l'obstacle prévu à l'article 2059 du Code civil selon lequel il n'est possible de compromettre que sur des droits dont les personnes ont « la libre disposition ». Il est donc habituel de cerner les litiges arbitrables en travaillant sur la notion de libre disposition des droits par rapport à celle de droits indisponibles. Le lien entre l'indisponibilité et l'ordre public a été finement mis en lumière par Bruno Oppetit qui faisait ainsi de la libre disponibilité des droits le critère « nécessaire et suffisant » de l'arbitrabilité. Ainsi « la non-arbitrabilité se limite à l'interdiction légale de la libre disponibilité des droits des parties : le recours à l'arbitrage serait impossible seulement dans le cas où la règle d'ordre public supprimerait la disponibilité même du droit contractuel, mais non dans l'hypothèse où la règle d'ordre public emporterait uniquement des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice de cette disponibilité ». Reste que la mise en œuvre de ce critère n'est pas aisée.

Si un certain consensus règne sur le fait que les questions d'état et de capacité des personnes portent ainsi sur des droits indisponibles que sont l'établissement ou la contestation de la filiation, le prononcé du divorce ou de la séparation de corps, la titularité et l'exercice des droits relatifs à l'autorité parentale, l'embarras demeure en revanche lorsqu'il s'agit de délimiter exactement les notions de disponibilité et d'indisponibilité que parfois la doctrine réduit à une opposition patrimonial/extrapatrimonial.<sup>[6]</sup>

Il est vrai que cette opposition fournit un critère de l'arbitrabilité en droit de la famille. D'ailleurs, la jurisprudence ne s'y est pas trompée en admettant la validité d'un compromis portant sur le règlement des comptes d'une communauté<sup>[7]</sup>, ou encore sur un partage entre héritiers<sup>[8]</sup>.

Cela étant, il a aussi été bien démontré que si les droits extrapatrimoniaux sont en principe indisponibles, leur violation peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts, donc à un droit patrimonial susceptible de faire l'objet d'un compromis<sup>[9]</sup>.

De plus, certains droits patrimoniaux sont considérés comme indisponibles et ne peuvent par avance pas faire l'objet d'une renonciation. Il en est ainsi des créances alimentaires ou du droit à prestation compensatoire, dont le juge doit aussi fixer le montant et les modalités de versement, mais dont le montant et les modalités pourraient être déterminés à la suite de la signature d'un compromis.

Un auteur a pu ainsi distinguer l'indisponibilité des droits eux-mêmes et la disponibilité totale ou partielle des effets attachés à ces droits, comme le prononcé du divorce et le règlement de ses conséquences patrimoniale<sup>[10]</sup>.

Mais la grande nouveauté est que les droits frappés d'indisponibilité sont désormais en net recul en droit de la famille. Ainsi peut-on continuer à affirmer le principe d'indisponibilité de l'état d'époux, à l'heure où le divorce par consentement mutuel peut faire l'objet d'un acte d'avocat, justement depuis la même loi J21 ? De même, qu'en est-il vraiment de l'indisponibilité de l'autorité parentale, à l'heure où les conventions relatives à son exercice sont encouragées, même si c'est toujours sous couvert de l'homologation d'un juge ?

Reste que la prudence s'impose et que la meilleure manière d'appréhender l'arbitrabilité des droits en matière familiale est d'en livrer une approche casuistique. L'étude ici présentée ne permet pas de livrer une telle casuistique suffisamment précise, mais quelques exemples pourront convaincre.

S'agissant des régimes matrimoniaux, l'interrogation pourrait porter sur la validité d'une clause compromissoire insérée dans le contrat de mariage lui-même et visant à soumettre à l'arbitrage les difficultés relatives à la liquidation et au partage de la communauté ou de l'indivision, en cas de divorce. La validité d'une telle clause serait discutable au motif que les parties n'ont alors pas la libre disposition de leurs droits. Il serait en revanche possible d'envisager la signature d'un compromis pour la liquidation et le partage des biens des époux, à la condition que le juge n'en soit pas saisi. En notant bien que pour le compromis la Cour de cassation a précisé qu'il ne peut être signé sans le concours de l'autre époux lorsqu'il tend au partage de biens communs<sup>[11]</sup>. Sans doute pourrait-on être un peu plus souple sur la validité d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat de Pacs également dans le dessein de trancher les litiges relatifs à la liquidation des intérêts patrimoniaux des partenaires.

S'agissant des successions, la jurisprudence a déjà admis la possibilité de compromettre sur la liquidation et le partage. Mais un tel compromis suppose que la succession soit ouverte, car il faut craindre que le compromis conclu sur une succession non ouverte se heurte au principe de prohibition des pactes sur succession future. Bien évidemment l'arbitre devra respecter l'ordre public successoral et ne pourra statuer sur les questions relatives à la qualité d'héritier qui impliquerait la preuve de la filiation. Ainsi, dans l'affaire Vasarely, la Cour de cassation a pu annuler la sentence rendue dans des conditions propres à caractériser une fraude à l'arbitrage<sup>[12]</sup>.

Plus généralement, la clause compromissoire pourrait trouver place dans les conventions d'indivision afin de soumettre à l'arbitrage la liquidation et le partage de l'indivision, dès lors évidemment que les parties à la convention sont capables.

En matière internationale, le critère de l'arbitrabilité ne recouvre pas exactement celui de l'indisponibilité puisque les articles 2059 à 2061 du Code civil ne s'appliquent pas. Comme l'ordre public paraît en déclin et que l'emprise de la volonté individuelle se développe de façon remarquable, ainsi qu'en atteste la jurisprudence sur la réserve héréditaire, il ne serait pas impossible de voir s'ouvrir un vaste domaine pour l'arbitrage international en matière familiale.

## II. Place de l'arbitrage parmi les procédures existantes

Une première observation porte sur le fait que le droit de la famille s'est doté de procédures spécifiques, médiation, conciliation, convention de procédure participative, dont le développement a été largement prévu par la loi J 21 et que la pratique loue en général pour être relativement efficaces afin de rechercher l'accord dans le règlement des litiges. C'est dire que l'option en faveur de l'arbitrage devra composer avec ces autres techniques afin d'attester d'un intérêt propre.

Une seconde observation est relative au contentieux de la liquidation dont on a vu qu'il pourrait constituer le terreau de l'arbitrage en matière familiale. La difficulté sera d'articuler la saisine du juge et celle de l'arbitre chargé d'une liquidation. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a modifié l'article 267 du Code civil pour permettre expressément au juge du divorce de trancher dans certaines conditions les difficultés liquidatives. Alors de deux choses l'une : ou bien le juge du divorce est saisi de la liquidation, et il faut en conclure que l'arbitrage est exclu, ou bien le juge n'est saisi que du divorce et en principe, il convient aux parties d'assigner le juge en liquidation-partage, mais ils devraient aussi leur être possible de signer un compromis soumettant leur litige à l'arbitrage<sup>[13]</sup>.

Reste qu'il convient de se demander ce qu'il adviendrait d'un compromis d'arbitrage signé, après la naissance du litige, mais avant l'introduction de l'instance en divorce par assignation ou requête conjointe. Il faut rappeler en effet que la Cour de cassation considère comme nulles les conventions conclues avant l'introduction de l'instance et portant même partiellement sur la liquidation et le partage du régime matrimonial sur le fondement de l'article 265-2 du Code civil<sup>[14]</sup> ou sur leur droit futur à une prestation compensatoire<sup>[15]</sup>. On sait toutefois que les époux divorçant peuvent conclure une convention de procédure participative pour parvenir à un règlement amiable de leur différend, et il faut reconnaître que l'accord trouvé au terme de cette convention peut constituer le socle de la

convention de divorce par consentement mutuel signé par avocat. De même, on peut admettre, en particulier depuis la loi J 21, qu'une telle convention pourrait être signée entre le dépôt de la requête et l'introduction de l'instance et même au delà de la saisine du juge<sup>[16]</sup> dans un divorce contentieux afin d'élaborer un accord destiné à être homologué par le juge sur le fondement de l'article 268 du Code civil.

Dans ces conditions, l'intérêt d'un compromis d'arbitrage pour le partage apparaît encore plus clairement. Toutefois deux précautions doivent être prises. La première porte sur le moment de la signature du compromis, car il faut alors que les parties aient bien la libre disposition de leurs droits, ce qui ne peut être le cas strictement entendu que lorsque le juge prononce le divorce. L'écueil pourrait cependant bien se trouver dans une autre considération : celle de l'intérêt des enfants, mineurs ou majeurs incapables. A cet égard, comme en matière de partage amiable, il pourrait être admis que la signature du compromis nécessite l'accord du conseil de famille ou du juge des tutelles (art. 507 et 467 C. civ. ).

La réflexion est ici encore embryonnaire, mais il est tout à parier que le droit de la famille, déjà largement empreint de contractualisation saura s'ouvrir à l'arbitrage. Restera donc à l'arbitrage de lui donner les garanties d'une justice rapide, confidentielle et au coût raisonnable.

Anne-Marie Leroyer

Professeuse à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

---

[1] P. Catala, Arbitrage et patrimoine familial, *Rev. arb.* 1994, p. 279.

[2] Bl. Mallet-Bricout, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi justice du XXI<sup>e</sup> siècle », un nouveau souffle, *RTD civ.* 2017, 221 ; Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction, dans la loi justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *JCP* 2016, 1295.

[3] En ce sens not. Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlements des différends et la transaction dans la loi justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *JCP* 2016, 1295 ; L. Weiller, « L'arbitrage du XXI<sup>e</sup> siècle », *Procédures*, 2017, n° spécial, p. 30 et s.

[4] *Cass. com.*, 20 nov. 1950, *Tissot c/ Neff* : *Bull. civ.* III, n° 355 ; *D.* 1951, p. 170 ; *S.* 1951, p. 120, note Robert ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, p. 80.

[5] J.-B. Racine, « L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille », *Droit & Patrimoine*, 2017, p. 26.

[6] H. Fulchiron, « Disponibilité/indisponibilité : quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte », in H. Fulchiron, A. Panet, P. Wautelet, *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, n° 6 et s.

[7] *Cass. civ.*, 25 janv. 1963 : *JCP* 1964, II, 13472.

[8] *Cass.* 2<sup>e</sup> civ., 7 nov. 1974 : *Rev. arb.* 1975, p. 302, note E. Loquin ; 5 juin 1973, *Rev. arb.* 1974, p. 11, note E. Loquin.

[9] Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, spéc. n° 105.

[10] P. Level, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 214 et s.

[11] *Cass.* 1<sup>ère</sup> civ., 8 févr. 2000, n° 97-19920 ; *Defrenois* 2000, art. 37242, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 2001, p. 420, obs. B. Vareille.

[12] *Cass.* 1<sup>ère</sup> civ., 4 nov. 2015, n° 14-22630 ; *D. Actualités* 2015.2326, obs. X. Delpech ; *Procédures* 2016, n° 19, obs. L. Weiller ; *D.* 2015.2326, obs. P. Noual ; *JCP* 2015.1370 § 1<sup>er</sup>, obs. J. Ortscheidt ; *D.* 2015, pan. 2598, obs. Th. Clay.

[13] Sur cette question, v. spéc. V. Egéa, « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », *Droit & patrimoine* 2017, p. 36 et s.

[14] *Cass.* 1<sup>ère</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-23531 ; *Petites affiches* 2017, n° 256, p. 19, obs. P.-L. Niel ; *JCP* 2017, n° 49, obs. A. Tisserand-Martin ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 40, p. 20, obs. Th. Donville ; *Procédures* 2017, n° 271, note M. Douchy-Oudot ; *RJPF* 2017, n° 11, p. 26, obs. Th. Garé ; *AJ Fm.* 2017, 592, obs. J. Houssier ; *Dr. Fam.* 2017, comm. 245, S. Torricelli-Chrifi, et comm. 220, J.-R. Binet ; *Cass.* 1<sup>ère</sup> civ., 8 avr. 2009, n° 07-15945 ; *RTD civ.* 2009, 516, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam.* 2009, comm. 59, obs. B. Beignier ; *Civ.* 1<sup>er</sup> 19 janv. 1982, n° 80-17149..

[15] Civ. 1<sup>ère</sup> 8 juillet 2015, n° 14-17880 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 févr. 2004, n° 01-17094 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 mai 1991, n° 90-11008 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mars 1988, n° 86-16598.

[16] V. Egea, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, spéc. n° 285 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis 10<sup>e</sup> éd., 2017, spéc. n° 410.

## J21 OU L'ARBITRAGE POUR TOUS ?



Perçu comme l'apanage des groupes industriels, l'arbitrage était jusqu'alors exceptionnel, et surtout méconnu, en droit de la famille.

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle, dite J21, qui prône une justice *plus proche, plus simple et plus efficace*, a bousculé les codes et ouvert de nouveaux territoires à l'arbitrage.

Ainsi, la révolution du divorce par consentement mutuel sans juge<sup>[1]</sup>, si elle ne concerne pas *a priori* l'arbitrage, a pour effet de valoriser la liberté contractuelle en matière familiale et d'estomper les frontières classiques entre *disponibilité* et *indisponibilité* des droits.

Quant à l'article 2061 du code civil modernisé, dont la portée ne manquera pas d'être façonnée par la jurisprudence, il étend l'opposabilité de la clause compromissoire au particulier et *a fortiori* à la famille.

Ces avancées s'inscrivent dans un contexte de « *déjuridictionnalisation* »<sup>[2]</sup> massive, propice au développement des modes alternatifs de règlement des litiges.

Aux praticiens du droit de la famille de « *prendre la vague* » et d'adapter l'arbitrage aux spécificités d'une matière balisée par l'ordre public et les droits indisponibles, terreau de vives passions, afin de proposer aux justiciables un service novateur de justice privée.

### Les frontières de l'arbitrabilité

D'emblée, l'arbitrage en droit de la famille se heurte à l'article 2060 du code civil et doit exclure de son champ les questions d'état et de capacité des personnes, celles relatives au divorce et à la séparation de corps et les litiges intéressant l'ordre public.

L'ordre public n'est évidemment pas le principal obstacle car l'arbitre a le pouvoir d'appliquer la règle qui en relève et d'en sanctionner la violation.

L'article 2059 du code civil aux termes duquel « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* » pose également *a contrario* l'exception des droits indisponibles, légion en matière familiale.

D'aucuns considèrent trop incertaine la frontière entre droits disponibles et indisponibles<sup>[3]</sup>, préférant distinguer les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, parfois intimement liés.

Incontestablement, le droit patrimonial de la famille est un territoire fertile et dense à conquérir pour l'arbitrage.

L'évaluation de la prestation compensatoire, par exemple, cristallise souvent les désaccords entre époux. Les textes ne prévoient aucun mode de calcul, outre des critères issus des articles 270 et 271 du code civil, de sorte que la doctrine a développé de précieuses méthodes aux résultats très différents qu'il convient de pondérer à la lumière de la jurisprudence et des considérations factuelles. Or, le juge n'a pas le temps de se prêter à cet exercice technique. Telle pourrait être la mission de l'arbitre.

Les litiges successoraux se révèlent aussi propices à l'arbitrage, en dehors des éventuelles questions de filiation soumises au juge. Avec pertinence, Me Axel DEPONDT relève que : « *l'arbitrage a sur la justice d'État, l'avantage de pouvoir réaliser le partage. L'arbitre peut se voir consentir par le compromis le droit de départager les parties sur les attributions, ce que ne peut réaliser un partage judiciaire, et de fixer les soultes sans qu'il soit nécessaire de procéder à un tirage au sort ou d'en venir à la vente aux enchères* »<sup>[4]</sup>. Il conviendra de rester vigilant sur la convention d'arbitrage conclue avant le décès du *de cujus*, au risque d'y voir un pacte sur succession future, prohibé en France.

L'arbitrage pourra encore s'épanouir dans le cadre de contentieux portant sur la liquidation et le partage d'un régime matrimonial, une indivision, une rupture de PACS, etc.

Ces questions permettront de développer et de populariser l'arbitrage, avant de découvrir peut-être d'autres horizons dans l'avenir.

À cet égard, comment ne pas penser au divorce accepté<sup>[5]</sup> dont les enjeux ne seraient que patrimoniaux ? Dès lors que les époux signent un procès-verbal d'acceptation du principe de la rupture du mariage, pourquoi ne pourraient-ils pas en soumettre le règlement des effets à l'arbitre plutôt qu'au juge ? En effet, les époux peuvent désormais divorcer par consentement mutuel selon acte extrajudiciaire, de sorte que l'indisponibilité du divorce est relativisée.

## Une résolution sur mesure

Lorsque le client franchit la porte du cabinet de l'avocat, il expose sa demande de justice et ce faisant, se présente comme créancier du *juste* et consommateur de droit.

Il attend une réponse sur-mesure, lisible et rapide.

Or, les rouages complexes des procédures classiques, l'engorgement des juridictions, la saturation des rôles et *a fortiori* le temps judiciaire en décalage avec l'immédiateté du besoin obligent à modérer ses illusions.

L'arbitrage peut alors lui être présenté comme une alternative efficace au juge

L'efficacité relève d'abord de l'autorité de la chose jugée attachée à la sentence arbitrale, le recours en annulation étant limité à de stricts cas. En ce qu'il est une résolution judiciaire et non amiable du litige, l'arbitrage peut convaincre le justiciable exposé à un conflit trop vif ou hostile à la médiation familiale ou au droit collaboratif.

L'efficacité de l'arbitrage repose encore sur la faculté de fixer de brefs délais et de s'affranchir de la pesante mise en état dont le temps varie d'une juridiction à l'autre et d'un président de chambre à l'autre, ce qui rend la procédure plus dynamique.

Ainsi, le simple fait que « *les parties et les arbitres agissent avec célérité (...) dans la conduite de la procédure* »<sup>[6]</sup> ne peut que séduire le justiciable, car expresse et ô combien contemporaine est l'exigence de rapidité.

Que la sentence ne soit pas susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties<sup>[7]</sup>, est encore un argument percutant, à manier néanmoins avec délicatesse, tant que l'arbitrage ne sera pas pleinement entré dans les mœurs.

Quant à la question sensible du coût de l'arbitrage que l'on serait trop vite tenté d'opposer à la gratuité du service public de la justice, il est impératif de déconstruire les idées reçues, à l'instar de Louis Degos qui, dans son article consacré au « *Renouveau de l'arbitrage* » s'exclame : « *Non, ce n'est pas une justice de riches !* »<sup>[8]</sup>. Le service privé de la justice permet en effet, d'anticiper les frais de gestion et les honoraires, lesquels sont souvent proportionnels à la valeur du litige. L'adaptation des coûts au budget des particuliers sera à l'évidence l'une des clés de l'essor de l'arbitrage.

Enfin, l'anonymat n'est pas la moindre des vertus de l'arbitrage. Et Louis Degos de poursuivre : « *à l'heure de l'Open data de toutes les décisions de justice étatique, fussent-elles « pseudonymisées », certains préféreront préserver une vraie confidentialité, non pas pour cacher tel ou tel agissement*

*frauduleux ou répréhensible, mais pour préserver leurs droits, leur vie privée et intime, et pour éviter la double peine d'une publication numérisée qui tôt ou tard sera traitée par des algorithmes dont on ne sait pas grand chose »<sup>[9]</sup>. Le recours à l'arbitrage permet ainsi d'éviter la publicité des débats, sous réserve des dispositions de l'article 435 du code de procédure civile, dans des affaires sensibles ayant trait à la liquidation et au partage des régimes matrimoniaux, des indivisions entre partenaires ou concubins, etc.*

## Le choix de l'arbitre

Le choix de celui qui tranche est inédit pour les particuliers.

Alors, qui pour *arbitrer l'intime* ? Et dans quel cadre ?

L'article 12 du titre X de la loi révolutionnaire des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire - dont l'article 1<sup>er</sup> du titre I<sup>er</sup> louait l'efficacité de l'arbitrage comme étant « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens* »<sup>[10]</sup> - prévoyait que « *s'il s'élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles (...) les parties seront tenues de nommer des parents, amis ou voisins pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différend, et qui, après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée* ».

En lieu et place *des parents, amis ou voisins* des parties, dont l'intervention se heurterait tant au principe d'indépendance qu'au bon sens, la mission des arbitres sera exercée par une *personne physique jouissant du plein exercice de ses droits*<sup>[11]</sup> et de préférence par un technicien du droit, indépendant et impartial, doué d'expérience en matière familiale et maîtrisant les principes directeurs du procès.

On peut également imaginer un tribunal arbitral, composé classiquement de trois arbitres, avocats et notaires, dont la complémentarité serait un gage de confiance pour les parties quant à la compréhension de toutes les dimensions du litige.

Sous l'impulsion créatrice de Me Axel DEPONDT, des spécialistes du droit de la famille ont le projet de créer une chambre de l'arbitrage spécifique, dont l'objet serait de proposer aux parties et à leurs conseils des arbitres, un secrétariat, un service d'archivage des sentences et des formules de compromis<sup>[12]</sup>. On ne peut que saluer pareille initiative.

Promouvoir l'arbitrage en droit de la famille et son intégration concrète dans le paysage procédural, requiert de sensibiliser d'urgence les praticiens, avocats et notaires, en contact direct et privilégié avec les justiciables.

Le sujet sera débattu à l'occasion des prochains États Généraux de l'Arbitrage et du 49<sup>ème</sup> congrès du Mouvement Jeune Notariat, témoignage de sa vive actualité.

**Marianne Abgrall**

*Avocat au barreau de Paris*

---

[1] Hors les cas prévus par l'article 229-2 C.civ.

[2] J.-B. Racine, L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille, Droit et Patrimoine n° 275, déc. 2017, p.26.

[3] P. Murat, Arbitrage et évolution du droit français de la famille, Droit et Patrimoine n° 275, déc. 2017, p.31.

[4] A. Depondt, Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille, La semaine juridique, éd. gén., n° 15, 13 avril 2015.

[5] C.civ, art. 233.

[6] CPC, art. 1464 al. 3.

[7] CPC, art. 1489.

[8] L. Degos, Les cahiers de l'arbitrage, Nouveaux domaines, Nouvelles illustrations, « *Le renouveau de*

*l'arbitrage* », p.6 et 7.

[9] *Idem.*

[10] C. Jallamion, Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier, Ann. His. Révolution française, 2007, p.69.

[11] CPC, art. 1460.

[12] A. Depondt, art. préc.

## ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

### > 19<sup>ème</sup> édition du CIAM - Serge Lazareff

La semaine arbitrale de la 19<sup>ème</sup> édition du CIAM aura lieu du **15 au 18 mai 2018 à Montpellier**. Les audiences arbitrales fictives au cours desquelles les équipes en concours se retrouveront afin de s'affronter à l'occasion des plaidoiries, sont publiques.

[Lire la suite](#)

### > Conférence | SPLS/NYU LAW

Organisée par Sciences Po Law School (SPLS) et New York University School of Law (NYU LAW) le **23 mai 2018**, cette conférence aura pour thème «**Soft Law in International Adjudication**».

[Lire la suite](#)

### > Commission ouverte | Barreau de Paris

La Commission Afrique Ohada fête ses 20 ans et organise le **23 mai 2018 à Paris** une conférence sur le droit de l'arbitrage Ohada, « **Un ancrage international, de l'arbitrage commercial international à l'arbitrage d'investissement ; Le nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ; Le nouveau Règlement d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage** ».

[Lire la suite](#)

### > Conférence | Société de législation comparée

La section Arbitrage & ADR et la section OHADA de la Société de Législation Comparée organisent à Paris le **24 mai 2018** une conférence « **Premiers regards comparatistes** » sur la réforme de l'OHADA du 23 novembre 2017 en matière d'arbitrage et de médiation et l'adoption de trois nouveaux textes, deux actes uniformes pour l'arbitrage et la médiation et le règlement d'arbitrage révisé de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA).

[Lire la suite](#)

### > Colloque | Institut François Géný

L'IFG de l'Université de Lorraine organise à **Nancy le 25 mai 2018** un colloque sur le thème « **La rupture brutale des relations commerciales établies** » sous la direction de Caroline HOUIN-BRESSAND, Professeur, et Nicolas DAMAS, Maître de conférences, à l'Université de Lorraine.

[Lire la suite](#)

## > Conférence | Société de législation comparée

La section Droit de l'arbitrage de la Société de législation comparée et l'Association des juristes franco-britanniques organisent la conférence « **Vues comparées sur la composition des tribunaux arbitraux** » le **28 mai 2018** à Paris.

[Lire la suite](#)

## > Conférence | Comité Français de l'Arbitrage

Dans le cadre du cycle 2018 de ses Conférences trimestrielles, le Comité Français de l'Arbitrage organise sa seconde conférence sur le thème « **Post-scriptum critique sur les principes français de la procédure arbitrale** » le **21 juin 2018** à Paris avec M. Matthieu de BOISSÉSON, Avocat.

[Lire la suite](#)

## > États généraux de l'arbitrage | CNB - Université Paris 1

Le Conseil National des Barreaux, en partenariat avec l'Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, organise, le **29 juin 2018** à Paris, les États généraux de l'arbitrage sur le thème « **Patrimoine, famille et entreprise : l'arbitrage POUR TOUS** ».

[Lire la suite](#)

## > Arbitration Academy Session 2018

La huitième session de l'International Academy for Arbitration Law («Arbitration Academy») se déroulera du **2 juillet au 20 juillet 2018**.

La leçon inaugurale sera donnée par Juan Fernández-Armesto et la Goldman Lecture par le Professeur William W. Park. La session 2018 inclura un cours général donné par le Professeur Jan Paulsson et les cours spéciaux seront enseignés par les Professeurs Ingeborg Schwenzer, Mathias Audit, Olivier Caprasse, Fabien Gélinas and Makane Moïse Mbengue. Les ateliers de travail et séminaires seront assurés par le ICSID (Aurelia Antonietti), la CCI (Alexander Fessas), et la PCA (Brooks Daly). Un séminaire sur le Quantum sera délivré par FTI Consulting (James Nicholson & Juliette Fortin).

[Lire la suite](#)

# A L'INTERNATIONAL

## > CLA 2018 - Xth Latin American Arbitration Conference

The CLA X will be held in **Cusco - Peru**, from **May 31 to Friday June 1, 2018**, is organized by the Center for Law Studies, Economics and Politics - CEDEP with the Zambrano Association and the support of the American Association of Private International Law - ASADIP.

[Lire la suite](#)

## > 13th international conference of Club Español del arbitraje

The **13th CEA International Conference**, under the title «**Arbitration in a changing world**» will be held from **June 10th to June 12th** in Madrid.

[Lire la suite](#)

# ACTUALITES DE LA MEDIATION

## > Table ronde | Conseil National des Barreaux

A l'occasion de la signature de la convention de partenariat entre le Conseil National des Barreaux et la Clinique de médiation de l'Université de Montréal, le CNB organise le **22 mai 2018 à Paris** une table-ronde intitulée "La médiation à l'épreuve du projet de loi de programmation de la justice".

[Lire la suite](#)

## > Colloque | Université d'Aix Marseille

Le Centre de droit économique d'Aix Marseille Université et le Centre de recherche Léon Duguit de l'Université Paris Saclay organise à **Aix-en-Provence le 8 juin 2018** un colloque sur le thème « **L'accord amiable : et après ?** ». Ce colloque précisera les conditions à respecter pour que la mise en oeuvre d'un MARC aboutisse à une solution effective, le régime et l'effet des accords amiables dans les ordres interne et international.

[Lire la suite](#)

## > États Généraux de la médiation

Les « États Généraux de la Médiation » auront lieu le **vendredi 15 Juin 2018 à l'Assemblée Nationale**. Leur objectif est de réaliser un livre blanc à partir des résolutions traitant des thèmes qui seront présentés et votés à cette occasion. Ce livre blanc sera remis aux Pouvoirs Publics.

[Lire la suite](#)

## > Conférence débat | CAIP & ACPI

La Chambre Arbitrale Internationale de Paris et l'Association des Conseils en Propriété Industrielle organisent le **19 juin 2018**, une conférence-débat sur le thème : « **Innovation & Médiation : un duo d'avenir** ».

[Lire la suite](#)

## > Villes Assises internationales de la Médiation Judiciaire

Les Villes assises internationales de la médiation organisées par le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME-FRANCE) et la Conférence Internationale de la Médiation pour la Justice (CIMJ) se tiendront à **Bordeaux du 4 au 7 juillet 2018**.

[Lire la suite](#)

# INFORMATIONS



## > Dîner débat de l'AFA

Notre prochain dîner débat aura lieu le **30 mai 2018** à la **Maison du Barreau à Paris** sur le thème : « **Le contrôle des sentences par le juge étatique. Jusqu'où ira-t-il ?** ».

Incontestablement une tendance nouvelle existe à la Cour d'appel de Paris qui annule plus souvent qu'auparavant les sentences arbitrales internes et internationales.

Est-ce une bonne ou une mauvaise chose ? Ces annulations sont-elles conformes à la jurisprudence classique ou marquent-elles une tendance nouvelles du juge à entrer plus avant dans les sentences ? Ces questions se posent aussi bien lorsqu'il s'agit d'annulation pour infraction pénale type corruption ou blanchiment que lorsque l'ordre public classique sert de base à l'annulation. Bref, existe-t-il une nouvelle tendance et faut-il l'approuver ?

Ce sont les questions qui ont été posées au **Professeur Thomas Clay**, lequel viendra donner son point de vue lors de notre dîner-débat du 30 mai prochain.

[Lire la suite](#)



## > Cas pratique de l'AFA | Première session 2018

La prochaine session du Cas pratique de l'AFA aura lieu les **lundi 18 et mardi 19 juin 2018** à la **Maison du Barreau à Paris**. Sur ces deux journées, une 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.

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.

[Lire la suite](#)



## > Webinar | Colloque AFA - Kluwer

En collaboration avec Kluwer, l'AFA a organisé le 10 avril dernier dans le cadre de la Paris Arbitration Week une conférence sur le thème « **How to get the first arbitrator appointment to become an**

**Arbitrator** », animée par Marc Henry, Président de l'AFA, avec Christine Guerrier (pour la vision du juriste d'entreprise), Charles Kaplan (en sa qualité de président du Comité d'arbitrage de l'AFA), ainsi que Anne-Véronique Schlaepfer et Olivier Caprasse (pour la vision des arbitres).

Cette conférence est disponible en ligne.

[Lire la suite](#)

## > Partenariat AFA - CPCCAF

L'Association Française d'Arbitrage (AFA) et la **Conférence Permanente des Chambres Consulaires d'Afrique Francophone (CPCCAF)** viennent de conclure un partenariat. **L'AFA devient l'interlocuteur privilégié de la CPCCAF pour promouvoir l'arbitrage institutionnel en Afrique francophone subsaharienne.**

La CPCCAF contribue depuis sa création en 1973 au développement du secteur privé en Afrique et des relations entre les organisations consulaires qui la composent. Elle couvre un réseau de 31 pays francophones. L'AFA justifie de plus de 60 ans d'expérience en tant qu'institution d'arbitrage de premier plan et revendique une culture francophone ouverte à l'international, outre une totale indépendance et une incontestable renommée.

Résolue à promouvoir l'arbitrage afin de faciliter les échanges économiques entre les États africains comme entre ceux-ci et la France, la CPCCAF s'est rapprochée de l'AFA pour lui proposer de coopérer. Décidée à devenir un vecteur incontournable de promotion de l'arbitrage en Afrique francophone, l'AFA a accepté avec enthousiasme ce projet de coopération.

[Lire la suite](#)

## N° 16 Revue togolaise du droit des affaires et de l'arbitrage

**Le numéro 16 de la Revue Togolaise de Droit des Affaires et de l'Arbitrage, est disponible à Paris à notre siège (nous contacter pour information).**

Ce numéro 16 de la Revue s'ouvre avec un article portant sur le droit public des affaires ; également un article sur l'harmonisation des législations nationales au sein de l'UEMOA, notamment la mise en œuvre des directives communautaires du 09 décembre 2005.

La Revue poursuit sur le droit privé des affaires dont l'actualité oblige fortement à s'intéresser, entre autres, à la réforme récente du 23 novembre 2017 portant sur les instruments du droit de l'arbitrage, notamment l'Acte Uniforme portant Arbitrage (AUA) et le règlement arbitral de la CCJA. L'auteur voit dans cette réforme des motifs de satisfaction sur les points couverts mais aussi des motifs de déception qui méritent l'attention.

[Lire la suite](#)

## Appel à contributions pour la Revue n° 17

La Revue Togolaise du Droit des Affaires et de l'Arbitrage invite les contributeurs désireux de publier des articles, des commentaires de jurisprudence ou de textes de lois, des points de droit, etc., dans le cadre de la promotion du droit des affaires dans l'espace OHADA, du droit de l'arbitrage, des règlements de l'UEMOA, du code CIMA, du droit économique et du droit des investissements, à lui adresser leurs contributions.

Les thèmes sollicités pour ce numéro portent sur le droit des transports, droits maritimes, droit des procédures collectives, droit bancaire, droit des investissements, droit du partenariat public privé (PPP), etc.

# JURISPRUDENCE

## Arrêt de la Cour de Cassation

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 janvier 2018 n° 16-21391**

### Irrecevabilité et incompétence

Cet arrêt est l'une des nombreuses décisions qui ont été rendues à propos d'un hôtel de la chaîne Marriot et dont l'intérêt essentiel porte sur la difficulté que la pratique rencontre régulièrement sur la distinction entre l'incompétence du tribunal arbitral et l'irrecevabilité de la demande.

La distinction est importante car ce qui a trait à la compétence est susceptible de recours contre la sentence ou contre son exequatur, alors que l'irrecevabilité ne constitue pas l'un des moyens des articles 1492 ou 1520 du Code de procédure civile.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir confirmé l'incompétence du tribunal de commerce en constatant que le litige n'était que la mise en œuvre des factures, postérieures d'à peine quelques semaines aux contrats contenant la clause compromissoire, et qu'ainsi la demande de la banque « *était en lien avec (les) factures* » peu important la nature délictuelle de l'action introduite.

Sur cette question et notamment sur les suggestions de la pratique pour déterminer ce qui tient de la compétence et ce qui relève de l'irrecevabilité, il convient de se reporter à la note très complète de Lucie Mayer à la Revue de l'Arbitrage (2017 page 1204) commentant un arrêt de la Cour de Cassation du 1<sup>er</sup> juin 2017 et un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 avril 2017.

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 janvier 2018 n° 16-16511**

### Immunité d'exécution

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 a introduit dans le cadre des procédures civiles d'exécution des dispositions relatives aux mesures conservatoires et d'exécution des biens d'un État étranger utilisés ou destinés à être utilisés par l'État dans l'exercice de ses fonctions diplomatiques ou consulaires, ce qui vise particulièrement les comptes bancaires.

Cette loi, applicable aux mesures d'exécution entreprises postérieurement à son entrée en vigueur, exige une renonciation expresse et spéciale à l'immunité d'exécution par l'État concerné pour qu'il ne lui soit pas donné effet.

En l'espèce, le ministre des finances et du budget de la République du Congo avait renoncé, dans le cadre d'un engagement de 1993 à se prévaloir de son immunité d'exécution « sur tous les biens susceptibles d'en bénéficier qu'ils soient ou non affectés à l'accomplissement de missions diplomatiques ».

En exécution de deux sentences arbitrales rendues en 2000 et 2013, deux saisies attribution avaient été pratiquées en mai 2015 sur, semble-t-il, les comptes bancaires de l'ambassade de la République du Congo en France. Effectuées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 novembre 2016 ces mesures d'exécution ne lui étaient donc normalement pas soumises.

Alors que le juge d'exécution, puis la cour d'appel avaient rejeté les demandes de mainlevée de cette saisie attribution, la Cour de cassation a décidé l'application rétroactive de la loi du 9 novembre 2016 et s'en explique ainsi :

« Attendu que ces dispositions législatives subordonnent la validité de la renonciation par un état étranger à son immunité d'exécution à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale ; que certes, elles concernent les seules mesures d'exécution mise en œuvre après l'entrée en vigueur de la loi et, dès lors ne s'applique pas au présent litige ; que, toutefois, compte-tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant la souveraineté des états et à la préservation de leur représentation diplomatique, de traités de manière identique des situations similaires l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle ; »

Il en résulte que sont donc concernées par la loi du 9 novembre 2016 toutes les mesures d'exécution prise à l'encontre des biens d'un État tels que visés par cette loi et plus précisément les mesures conservatoires qui peuvent avoir été prises de nombreuses années avant l'obtention d'un titre exécutoire, ce qui est fréquent en matière d'arbitrage international. Il convenait de relever cette exception susceptible d'échapper à une analyse normale de l'application des lois. Il est vrai que, relevant du droit coutumier international, l'immunité d'exécution a connu des appréciations fluctuantes dans le temps ce pourquoi la Cour de Cassation déclare « *revenir* » à une ancienne jurisprudence (qui avait été abandonnée). On peut consulter à cet égard la note de Philippe Leboulanger à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 2001 (Rev. arb. 2001. 114).

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 février 2018 n° 16-22126**

### Retrait litigieux

Le retrait litigieux (le débiteur peut se libérer de sa dette en versant au cessionnaire de la créance le prix de la cession (art. 1699 Code civil)) est rarement invoqué, mais il n'est pas certain qu'il ne retrouve un certain attrait notamment en matière d'arbitrage où les cessions de créances ne sont pas rares en raison du coût de la procédure qui s'ajoute aux aléas du litige, l'intervention des tiers financeurs ne pouvant par ailleurs qu'en favoriser l'utilisation.

La question en l'espèce était de savoir si le retrait litigieux pouvait être invoqué devant la cour d'appel saisie d'un recours contre l'ordonnance d'exequatur rendue en matière internationale par application des articles 1520 et 1525 dont on sait que les cas d'ouverture sont strictement appréciés. La question se doublait du fait que le droit suisse, qui ne semble pas connaître le retrait litigieux, était applicable au fond du litige et non le droit français.

La cour d'appel avait rejeté la demande tendant à voir reconnaître le retrait litigieux en retenant que la mission de la cour saisie en application des articles 1520 et 1525 du Code de procédure civile est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes.

La Cour de cassation a cassé cette décision en retenant que le retrait litigieux « *affecte l'exécution de la sentence* » sans autre motivation. On peut penser que cette appréciation est fondée sur le fait qu'il s'agissait d'un appel de l'ordonnance d'exequatur qui concernait par conséquent directement l'exécution de la sentence en France, alors qu'il est reconnu que l'article 1699 du Code civil est de nature procédurale en sorte que le droit applicable au fond du litige n'était pas concerné.

Eu égard à la motivation retenue exclusivement relative à l'exécution de la sentence, on peut aussi penser que le retrait litigieux ne saurait être invoqué à l'appui d'un recours en annulation car, eu égard au silence de certaines législations en matière, il est bien improbable que le retrait litigieux soit considéré comme une disposition d'ordre public international.

● **Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 28 février 2018 n° 16-27823**

### Principe de l'estoppel

Cet arrêt est rendu au visa du principe de l'estoppel c'est-à-dire de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui adopté pour la première fois par la Cour de Cassation en 2005 (6 juillet 2005, Rev. arb. 2005. 993, note Philippe Pinsolle).

Il s'agit dans cette espèce d'un comportement procédural et pour comprendre la solution adoptée, les différentes instances de l'affaire doivent être citées :

- C a saisi le tribunal de commerce d'une demande à bref délai contre la société F,
- la radiation de cette instance est intervenue faute de diligences,
- C a saisi la CCI d'une demande d'arbitrage,
- cette demande a été considérée comme retirée pour non-paiement de la provision d'arbitrage par la société F,
- la société F a repris l'instance qui avait été radiée devant le tribunal de commerce,
- C a soulevé devant le tribunal de commerce son incompetence à raison de la clause compromissoire qui unissait les parties,
- le tribunal de commerce s'est déclaré compétent,
- la cour d'appel a accueilli le contredit contre cette décision et a donc reconnu l'incompétence du tribunal de commerce.

Cette dernière décision de la cour d'appel a été cassée à raison de la contradiction dans le comportement de C au détriment de la société F.

De fait on constate qu'après avoir saisi le tribunal de commerce, C, dans le cadre de cette même instance, a soulevé l'incompétence de la juridiction qu'elle avait saisie en invoquant la clause compromissoire qui unissait les parties, indépendamment du fait qu'elle ait saisi la CCI d'une demande d'arbitrage dont il n'est pas dit que la recevabilité ait été contestée.

Le moyen de cassation qui a été accueilli faisait valoir le principe de l'estoppel et non la renonciation à la clause compromissoire qui pouvait résulter de la saisine préalable du tribunal de commerce, alors que ce dernier motif est le plus souvent invoqué pour retenir la compétence de la juridiction judiciaire. Le résultat est le même et on se félicite de l'accueil ainsi fait en faveur du principe de l'estoppel ici nettement caractérisé au plan procédural.

#### ● CA Paris 3 octobre 2017 n° 16/23621

### **Contrats indissociables**

L'accès aux décisions de la Cour d'appel de Paris est malaisé mais la décision ici évoquée mérite de retenir l'attention.

Les contrats liant les sociétés de la grande distribution et leurs franchisés sont généralement multiples pour couvrir des relations complexes de franchise, d'approvisionnement, de location-gérance, de contrats informatiques...

Dans une construction juridique raisonnée, on pourrait s'attendre à ce que ces différents contrats soient soumis à une clause identique d'attribution de juridiction, or la pratique révèle que cette réflexion n'a pas été envisagée, ou ne semble pas l'avoir été, en sorte qu'il en résulte une situation d'une complexité extrême pour résoudre des litiges qui souvent concernent l'application de questions connexes et qui ne peuvent être soumis à la même juridiction, à raison du « saupoudrage » adopté.

Dans la présente espèce, les conventions avaient été déclarées « indissociables », mais contenaient des clauses d'attribution de juridictions différentes dont arbitrales. Par application de la volonté des parties, dont on se demande si elle était réellement éclairée, le litige devait être éclaté, bien que les conventions soient déclarées « indissociables ».

L'exigence de loyauté et d'égalité des parties devrait cependant permettre que la connexité ou l'indissociabilité des contrats soient prises en compte lorsqu'il s'agit d'une opération économique globale. Mais il ne faut pas attendre une solution des tribunaux, cette question relève uniquement de la gestion des rapports contractuels et donc des praticiens, juristes d'entreprises et conseils.

