



## Editorial

En ce début d'année, je me dois au nom de l'AFA de renouveler mes meilleurs vœux de succès à tous nos lecteurs. C'est également le temps des bonnes résolutions : et quelle meilleure manière, pour tous les sympathisants de l'AFA, de commencer cette nouvelle année en marquant leur attachement à l'institution par l'adhésion à l'Association ou le renouvellement de leur adhésion. Vous contribuerez ainsi à son rayonnement et à l'autonomie financière qui la caractérise.

L'année 2017 aura connu la consécration du renouveau générationnel de l'AFA par l'élection d'un nouveau Président, ce changement s'inscrivant dans l'évolution que le conseil d'administration avait connue au cours des dernières années en se féminisant et en s'internationalisant.

Ce renouveau serait incomplet s'il ne s'accompagnait d'une relecture du Règlement de l'AFA. L'arbitrage évolue. Il se modernise au gré des besoins de ses utilisateurs. L'AFA doit s'adapter pour continuer de répondre pleinement à ces besoins. Le changement de gouvernance de l'AFA en 2017 sera donc suivi en 2018 de la publication d'un Règlement modifié. Les nouvelles dispositions devraient essentiellement concerner l'urgence dans l'arbitrage et la médiation. Deux groupes de travail ont été constitués pour étudier les améliorations à apporter sur ces deux sujets. Leurs travaux ont complété les travaux des groupes constitués les années passées pour approfondir la réflexion sur les décisions du comité d'arbitrage et la consolidation d'arbitrages connexes. Toutes ces études conduites par les meilleurs spécialistes permettront de publier en 2018 un nouveau Règlement dans le souci de constante amélioration qui anime les membres du conseil d'administration de l'AFA.

Le dossier qui suit notre éditorial est consacré aux conclusions du groupe de travail sur l'urgence. Il propose des modifications et des ajouts au Règlement.

Il s'agira de distinguer entre procédure d'urgence et procédure accélérée. Si la célérité est essentielle, elle n'est pas une fin en soi. C'est dire qu'il est proposé une procédure accélérée mais qui n'aura pas à s'imposer aux parties en deçà d'un certain enjeu. Selon la procédure envisagée, des sentences au fond pourraient être rendues en deux mois et demi. L'urgence ne sera pas réduite aux mesures d'urgence, provisoires ou conservatoires, susceptibles d'être prises, mais aussi à l'éventuelle nécessité de pouvoir statuer dans l'urgence sur une demande au fond si les circonstances le justifient. Cela supposera de pouvoir accélérer le processus même de constitution du tribunal arbitral. Autant d'adaptations qui seront à apporter au Règlement pour permettre à l'arbitrage AFA de répondre aux exigences accrues

## SOMMAIRE

### ÉDITORIAL

### DOSSIER

#### L'urgence dans le futur règlement d'arbitrage de l'AFA

*Christophe DUGUÉ*  
Avocat

### ACTUALITÉS

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

### INFORMATIONS

- Cas pratique de l'AFA
- After work « Cross-examination »
- Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux
- N° 15 Revue togolaise de droit des affaires et de l'arbitrage

### JURISPRUDENCE



Join our group

d'efficacité dans le rendu de la justice que le service public judiciaire, malgré sa meilleure volonté, peine à satisfaire aujourd'hui. Autant de raisons pour convaincre nos sympathisants d'inclure des clauses AFA dans les contrats !

Marc HENRY  
Président de l'AFA

# L'URGENCE DANS LE FUTUR RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE L'AFA : PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE ET ARBITRAGE D'URGENCE

Christophe DUGUÉ - Avocat au barreau de Paris <sup>[1]</sup>



Le Règlement d'arbitrage de l'Association Française d'Arbitrage a été conçu comme un instrument efficace et novateur depuis l'origine. Dans le souci de le moderniser et de l'actualiser l'AFA a, depuis plusieurs années, confié à des groupes de réflexion successifs le soin d'examiner certains aspects de la pratique arbitrale et de proposer des modifications au Règlement.

Dans la lignée des groupes de réflexion antérieurs consacrés aux décisions du Comité d'arbitrage ainsi qu'à la consolidation d'arbitrages connexes, qui avaient suggéré des ajouts et modifications au Règlement d'arbitrage de l'AFA, a été constitué un groupe de réflexion sur la question de l'arbitrage d'urgence. <sup>[2]</sup>

L'objet de cet article est d'exposer succinctement les travaux de ce groupe et les principales conclusions auxquelles il est parvenu, ainsi que de présenter brièvement les principales modifications et ajouts au Règlement préparés à l'issue de ses travaux.

## Le groupe de réflexion de l'AFA sur « l'arbitrage d'urgence »

À l'initiative de son ancien Président, Me Bertrand Moreau, l'AFA a constitué au mois de janvier 2017 un groupe de réflexion sur « l'arbitrage d'urgence » qui a conduit ses travaux sous la direction de Me Andrea Pinna. <sup>[3]</sup>

Ce groupe de praticiens (avocats, arbitres, anciens magistrats, experts et universitaires) de l'arbitrage interne et international a été formé avec comme objectif « *d'apprécier l'expérience de l'AFA en matière d'arbitrage d'urgence en application de l'article 13, <sup>[4]</sup> de déterminer si cette disposition répond aux besoins de la pratique et, le cas échéant, de suggérer des modifications du Règlement d'arbitrage* ». <sup>[5]</sup>

Le groupe de réflexion a tenu six réunions (les 1er février, 9 mars, 25 avril, 30 mai, 26 juin et 18 septembre 2017), dont les trois dernières ont été principalement consacrées à l'examen d'un projet de modifications du Règlement d'arbitrage. <sup>[6]</sup>

Le Règlement de l'AFA est l'un des tous premiers à avoir consacré, dès 1978, un article aux « procédures d'urgence » dans l'arbitrage.

D'autres institutions d'arbitrage n'ont que très récemment traité de la question. À titre d'exemple, ce n'est en effet qu'en 2012 que la Chambre de Commerce Internationale a modifié son règlement pour instituer un arbitre d'urgence (actuellement, article 29 du règlement CCI).<sup>[7]</sup> Et ce n'est qu'en 2017, alors que les travaux du groupe de réflexion de l'AFA étaient en cours, qu'une procédure accélérée a été prévue par le règlement d'arbitrage de la CCI.<sup>[8]</sup> De son côté, le règlement du Singapore International Arbitration Centre (« SIAC ») comporte depuis le mois de juillet 2010 des dispositions relatives à une procédure accélérée (*Rule 5 - expedited procedure*) et un arbitre d'urgence (*schedule 1 - emergency arbitrator*), qui ont été révisées à l'occasion de son nouveau règlement entré en vigueur le 1er août 2016.<sup>[9]</sup>

## Le Règlement AFA est toujours novateur mais doit être modernisé

Si l'antériorité du Règlement AFA et son caractère novateur ne font guère de doute, le groupe de réflexion a conclu dès sa première réunion que, malgré sa modernité, le Règlement de l'AFA ne permet plus de prendre complètement en compte les besoins actuellement exprimés par les parties et leurs conseils.<sup>[10]</sup>

Le groupe de réflexion a considéré que la demande des parties de pouvoir traiter leur affaire en un temps réduit n'était qu'imparfaitement traitée par le Règlement dans sa rédaction actuelle. Le Règlement n'exclut pas cette faculté, puisque le tribunal arbitral saisi est investi du pouvoir d'organiser la procédure en tenant compte des desiderata des parties et en fonction des circonstances, mais il ne propose actuellement pas de procédure dédiée à un traitement accéléré de la procédure arbitrale, l'article 13 actuel pouvant être compris comme limitant un traitement particulièrement rapide aux seules hypothèses où des mesures d'urgences sont requises.

Les travaux du groupe se sont ainsi focalisés sur la possibilité d'offrir à la fois une procédure d'arbitrage conduite de façon accélérée pour certains litiges et, de manière plus générale, de permettre aux parties de pouvoir solliciter un traitement d'urgence requis par une situation particulière, par le tribunal arbitral déjà constitué, ou par un arbitre spécialement mis en place à cet effet.

## La distinction entre procédure d'urgence et procédure accélérée

L'une des principales questions débattue a porté sur la mission de l'arbitre d'urgence de l'actuel article 13 du Règlement AFA.

Cet article se limite-t-il à la possibilité pour l'arbitre d'urgence de prendre des mesures d'urgence ou permet-il de recourir également à une procédure accélérée ?

Le groupe de réflexion a conclu par l'affirmative, puisque la formulation de l'article 13- §1 b) du Règlement aux termes de laquelle le tribunal arbitral « *organise la procédure et statue en fonction de ce qu'il estime lui-même être l'urgence* » offre la possibilité aux parties de demander une procédure accélérée.

Cette possibilité est cependant loin de constituer un cas général, la disposition en question visant la seule hypothèse de mesures d'urgences, devant le tribunal déjà constitué ou lorsque le tribunal arbitral n'est pas constitué et que les mesures d'urgences sont susceptibles, de l'appréciation du Comité d'arbitrage, d'affecter le fond du litige, celui constitué sans délai.<sup>[11]</sup>

Il a ainsi été décidé de traiter en deux articles distincts du Règlement la question du recours par les parties à une procédure accélérée dotée de son régime propre et celle de l'arbitrage de l'urgence.<sup>[12]</sup>

## La distinction entre sentence et ordonnance

Un autre des questions suscitant de vifs débats a été celle de la forme de la décision par laquelle les mesures d'urgences sont décidées.

S'agit-il d'une ordonnance ou d'une sentence ? Doit-on limiter les pouvoirs de l'arbitre d'urgence à ne statuer que par ordonnance (mais alors s'agit-il bien d'un arbitre ?).

La rédaction actuelle de l'article 13- §1 c) du Règlement qui indique que le tribunal arbitral « *prend toute mesure immédiatement exécutoire qu'il estime appropriée* » milite pour la possibilité de rendre une sentence. Cependant, le membre de phrase qui suit « *et qui n'affecte pas le fond du litige* » semble plutôt viser une ordonnance.

Le groupe de réflexion a sur ce point examiné les solutions adoptées par d'autres règlements, ainsi que les avantages respectifs de la saisine d'un juge des référés ou d'un arbitre d'urgence et, enfin, les critères distinctifs (en droit français) de l'ordonnance et de la sentence.<sup>[13]</sup>

Sur cette question, le groupe de réflexion est parvenu à la conclusion qu'il était préférable de recourir à une formulation large permettant à l'arbitre saisi de statuer par voie d'ordonnance ou de sentence, selon ce qu'il estime être approprié. En effet, le Règlement AFA a vocation à s'appliquer dans des arbitrages internationaux avec un siège qui peut ne pas se trouver situé en France, de sorte qu'il serait inopportun d'imposer une solution transposant l'état du droit français de l'arbitrage sur cette question.

Les membres du groupe de travail ont ensuite consacré leurs travaux à l'examen des modifications qui pourraient être suggérées au Conseil d'administration de l'AFA afin d'introduire une nouvelle section dédiée à une procédure d'arbitrage accéléré, de reprendre la formulation des dispositions existantes relatives à l'urgence et, enfin, de procéder à divers ajustements afin de compléter et harmoniser la rédaction du Règlement.

Ayant décidé de traiter de façon autonome d'une procédure accélérée par rapport à celle découlant de l'application générale du Règlement, le groupe de réflexion a été conduit à distinguer trois cas, faisant chacun l'objet de dispositions regroupées au sein d'un article distinct.

## La procédure générale

Le nouvel article 14 du Règlement traite du cas le plus général où les parties ne souhaitent pas bénéficier d'une procédure conduite en un temps particulièrement réduit et souhaitent, en tout cas, disposer pour s'exprimer d'une phase écrite pouvant s'articuler en deux échanges de mémoires postérieurement à leurs écritures introductives et, également, d'une phase orale avec, le cas échéant, l'audition de témoins et d'experts, outre d'éventuels mémoires après audience.

L'ensemble de ces développements procéduraux ne nécessite pas d'être prévu par le Règlement ; ils font partie des questions discutées entre les parties et le tribunal arbitral à l'occasion de l'audience procédurale préliminaire et sont reflétés dans le calendrier procédural établi par le tribunal arbitral.

Cet article 14 se borne ainsi à reprendre, en les regroupant au sein d'un seul article, les dispositions existantes du Règlement relatives au procès-verbal de saisine du tribunal arbitral, au calendrier procédural, à la langue et aux règles de la procédure, ainsi qu'aux mesures d'instruction (qui étaient le seul l'objet de l'article 14 ancien).

Il n'y a pas ici de modification substantielle, le tribunal arbitral demeurant maître de conduire la procédure avec le nombre d'échange de mémoires et les audiences de plaidoiries et d'audition de témoins et d'experts, dans les délais du calendrier procédural fixé par le tribunal après en avoir discuté avec les parties. Il s'agit de l'hypothèse usuelle dans laquelle la procédure aboutit dans un délai qui peut être globalement estimé aller de 12 à 18 mois pour la plupart des arbitrages internationaux.

## La (nouvelle) procédure accélérée du Règlement

La procédure accélérée, qui est une disposition nouvelle, fait l'objet de l'article 15 du Règlement. Il s'agit d'une procédure autonome conduite selon les prévisions de cet article. Il a en effet été jugé opportun par le groupe de réflexion de proposer un corps de règles préétablies, permettant aux parties de connaître par avance le régime d'une procédure conduite en un temps réduit, par dérogation au « régime commun » de l'arbitrage selon la procédure générale de l'article 14 (ancien article 12).

Dans le souci de raccourcir la durée de la procédure à chacun de ses stades et, au passage pour limiter les coûts, les principes suivants ont guidé la rédaction : limiter le nombre d'écritures, ne pas tenir d'audiences et fixer des délais maximaux pour la constitution du tribunal arbitral comme pour la reddition de la sentence.

La procédure accélérée est ainsi encadrée à chacun de ses stades :

- Constitution rapide du tribunal arbitral : le tribunal arbitral est désigné par le Comité d'arbitrage, dans un délai maximal de 30 jours à compter de la demande d'arbitrage ;
- Le tribunal arbitral est par principe composé d'un arbitre unique (sauf si le recours à un tribunal arbitral comprenant plusieurs arbitres est prévu dans la convention d'arbitrage, ou si les parties en sont convenues avant le dépôt de la demande d'arbitrage) ;
- Un seul échange d'écritures : la demande d'arbitrage et la réponse à la demande d'arbitrage tenant lieu de premier mémoire, la phase écrite se limite à ce seul échange d'écritures, dans les délais fixés par le Règlement. La possibilité d'un second échange de mémoires (réplique/duplique) n'est envisagée que dans un nombre de cas limitativement énumérés et dans des délais encadrés ou, en toute hypothèse, si le tribunal l'estime nécessaire à l'accomplissement de sa mission ;
- Communication complète des pièces et attestations de témoins dès le stade de la demande d'arbitrage et de la réponse à la demande ;
- Dans l'hypothèse d'une éventuelle demande reconventionnelle, celle-ci doit impérativement être formée dans la réponse à la demande d'arbitrage et la partie demanderesse peut alors y répondre dans sa réplique (si un second échange d'écriture est prévu) ou dans un délai de 15 jours de la réponse à la demande ;
- Le tribunal arbitral statue sur documents ; une audience d'audition de témoins et experts et de plaidoiries peut cependant avoir lieu si le tribunal l'estime nécessaire à l'accomplissement de sa mission ou sur demande des parties, dans un nombre de cas limitativement énumérés ;
- Le tribunal arbitral dispose d'un bref délai de 45 jours pour rendre sa sentence (sauf prorogation accordée par le Comité d'arbitrage sur demande préalable et motivée du tribunal arbitral).

Il convient de relever, que la procédure accélérée de l'AFA n'est ouverte que si les parties en sont convenues et qu'elle n'est pas réservée aux « petits litiges ». Elle n'est pas imposée aux parties, ni rendue obligatoire en deçà d'un certain montant en litige, ce qui distingue sur ce point le Règlement de l'AFA de celui d'autres institutions.

Lorsqu'elles décident dans leur convention d'arbitrage (ou par accord ultérieur) de se soumettre aux dispositions de cet article, les parties connaissent par avance les étapes procédurales (y compris celles auxquelles elles ont par avance renoncé : second échange d'écritures, audiences).

Toute en préservant la souplesse de l'arbitrage, en permettant d'adapter la procédure aux circonstances et à la volonté des parties, et en préservant la maîtrise de la conduite de la procédure par le tribunal arbitral, une procédure accélérée conduite selon le nouveau règlement d'arbitrage de l'AFA peut s'inscrire dans un délai n'excédant pas **deux mois et demi** (75 jours) seulement, de la date de la demande d'arbitrage à celle du prononcé de la sentence.<sup>[14]</sup> Ce délai peut être porté à un maximum de quatre mois et demi (135 jours).<sup>[15]</sup>

## L'arbitrage de l'urgence dans le nouveau Règlement d'arbitrage de l'AFA

L'arbitrage de l'urgence de l'article 16 vient remplacer les procédures d'urgence de l'ancien article 13 du Règlement.

Le Règlement vise dorénavant « l'arbitrage de l'urgence », termes qui sont apparus mieux refléter la vocation de ces règles à régir des situations qui ne se limitent pas à de simples mesures d'urgence, comme la rédaction ancienne pouvait le laisser penser.

En effet, cet article vise la situation où le tribunal arbitral est déjà constitué et où, indépendamment de l'instruction de l'affaire sur le fond, il y a lieu de prendre sans délai des mesures provisoires ou conservatoires (du même type que celles que les parties pourraient demander à un juge de référé) dictées par des impératifs d'urgence, pour éviter par exemple la déperdition de preuves, ou encore, de décider au préalable une question sans plus attendre. Mais cet article vise également la situation où, compte tenu de mesures à prendre d'urgence, il est souhaitable de constituer sans délai le tribunal arbitral chargé du fond de l'affaire ou, le cas échéant, de désigner au plus vite un arbitre chargé de traiter l'urgence dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral qui tranchera le fond du litige.

La nouvelle rédaction conserve ainsi cette première distinction.

#### Premier cas, lorsque le tribunal arbitral est déjà constitué (article 16- §1)

Lorsque le tribunal arbitral est déjà constitué, il lui appartient de statuer sur les mesures sollicitées en fonction de sa propre appréciation de l'urgence et selon la procédure qu'il estime adaptée à la situation.

La nouvelle version a cependant été légèrement modifiée.

Dans la nouvelle rédaction, le cas visé ne se limite pas aux « *mesures d'urgence* » que peut requérir une partie (formule de l'ancien article 13), mais vise la demande faite au tribunal de statuer d'urgence : « *Dès sa constitution, toute partie peut requérir du Tribunal arbitral ou de l'Arbitre unique qu'il statue d'urgence sur sa demande* ».

Cette formulation recouvre ainsi également la situation de décisions de fond devant être prises sans attendre, et pas de simples mesures provisoires ou conservatoires.

#### Second cas, lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué (article 16- §2)

Dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, c'est le Comité d'arbitrage qui doit procéder aussitôt à sa constitution sans être tenu des délais fixés par ailleurs dans le Règlement.

Dans cette hypothèse, une seconde distinction intervient selon que les mesures sollicitées sont, ou ne sont pas, de nature à affecter le fond du litige.

Cette seconde distinction, qui figurait déjà dans l'ancienne version, a été conservée.

La répartition des rôles est claire : c'est au Comité d'arbitrage qu'il appartient d'apprécier *prima facie* si les mesures sollicitées sont de nature à affecter le fond de l'affaire, puis au tribunal arbitral saisi de se prononcer sur les mesures sollicitées selon sa propre appréciation de leur caractère d'urgence allégué.

En premier lieu, lorsque le Comité d'arbitrage estime que les mesures d'urgence sont susceptibles d'affecter le fond du litige, il constitue le tribunal sans être tenu des délais par ailleurs prévus dans le Règlement, et il appartient au tribunal arbitral de statuer selon ce qu'il estime lui-même être l'urgence. L'intervention du Comité d'arbitrage a permis d'accélérer la constitution du tribunal arbitral et les parties se retrouvent donc en pratique dans le premier cas, celui visé par l'article 16- §1.

En second lieu, lorsque le Comité d'arbitrage estime en revanche que les mesures d'urgence ne sont pas susceptibles d'affecter le fond du litige, il n'y a pas lieu d'accélérer la procédure de constitution du tribunal arbitral devant statuer sur le fond. En pareil cas, le Comité d'arbitrage désigne un arbitre unique (toujours sans être tenu par les délais par ailleurs prévus par le Règlement pour la constitution du tribunal arbitral) avec pour mission de se prononcer sur les mesures d'urgences sollicitées dans un bref délai (10 jours à compter de la clôture des débats).<sup>[16]</sup>

L'arbitre unique est libre de statuer sous forme d'ordonnance ou de sentence, selon ce qu'il estime être approprié.

Deux rédactions sont cependant proposées par le groupe de réflexion au Conseil d'administration sur ce point. L'une consiste à indiquer explicitement que l'arbitre unique se prononce par voie de sentence ou d'ordonnance, l'autre omet toute référence à la forme de la décision.

Selon l'auteur de ces lignes, la solution pratique devrait être identique quelle que soit l'option finalement retenue.

En effet, le Règlement prévoit la désignation d'un arbitre unique. En d'autres termes, il s'agit d'un arbitre et non d'un « tiers ».

S'il devait être cantonné à ne se prononcer que par voie d'ordonnance, la question se poserait de savoir (au moins en droit français) si la personne désignée comme arbitre de l'urgence est bien un arbitre.

De plus, celui-ci ayant pour mission de « *statuer* » sur les demandes d'urgence et de prendre, les parties entendues, « *toute mesure, immédiatement exécutoire, qu'il estime appropriée et qui n'affecte pas le fond du litige* » (soulignement ajouté) il conserve la faculté de se prononcer par voie de sentence s'il l'estime opportun (malgré la réserve concernant le fond du litige).

Un autre argument qui milite en faveur de la qualification d'arbitre (et donc de la faculté devant être ouverte de se prononcer par voie de sentence), est que le régime institué par l'article 15 nouveau prévoit la faculté pour l'arbitre unique d'assortir du paiement d'une astreinte les mesures qu'il ordonne (« *dans la mesure où cette faculté est offerte par la loi de procédure applicable* »).

L'hypothèse où une demande d'urgence est formée alors qu'aucune demande d'arbitrage n'a été déposée au Secrétariat de l'AFA, et qu'a fortiori le tribunal arbitral n'est pas encore constitué pour connaître du fond du litige, a donné lieu à un débat que le groupe de réflexion n'a pas tranché.

La question est la suivante : doit-on ou pas imposer au demandeur de mesures d'urgence de déposer une demande d'arbitrage sur le fond à bref délai<sup>[17]</sup> et, en toute hypothèse, avant la décision de l'arbitre d'urgence, à peine de caducité de la demande d'urgence ?

Plusieurs arguments militent en faveur du dépôt obligatoire d'une demande d'arbitrage dont notamment le souci d'éviter les demandes dénuées de sérieux, ou celles utilisées dans le but de court-circuiter le jeu normal de la clause en forçant une désignation rapide du tribunal arbitral. À l'inverse, il peut être avancé qu'une décision sur un aspect « urgent » peut permettre de vider le litige d'un élément substantiel et amener les parties à composer ou à envisager une médiation, faisant l'économie d'une procédure (avec comme corolaire un gain en terme de temps et de coûts). Ne pas déposer de demande d'arbitrage permet d'éviter de cristalliser le litige à un stade où les parties pourraient peut-être encore s'accorder.

Sur cette question également, une option demeure donc ouverte dans la rédaction du projet de rédaction issu des travaux du groupe de réflexion soumis à l'appréciation du Conseil d'administration.

Il convient enfin de signaler que l'article 16 est complété par des « dispositions communes » prévoyant, outre la faculté d'assortir les mesures du paiement d'une astreinte, celle de modifier ou compléter les mesures provisoires ordonnées, et l'engagement exprès des parties à exécuter spontanément et dans les délais prescrits les mesures décidées par l'arbitre d'urgence.

Comme dans l'ancienne version, le paiement de la provision pour frais de l'arbitrage ne conditionne pas la décision de l'arbitre de l'urgence, mais demeure le préalable à la mise à disposition des parties de la décision transmise par l'arbitre au Secrétariat.

## La refonte du Règlement : l'accent mis sur la célérité

Les réflexions du groupe de travail sur l'arbitrage d'urgence débouchant sur des propositions substantielles de modification du Règlement ont également été l'occasion de se pencher sur la formulation d'autres dispositions du Règlement.

Il a été ainsi proposé d'apporter diverses modifications mineures d'ordre purement rédactionnel afin d'harmoniser la formulation, ou parfois de la clarifier. Parmi les propositions de modifications purement rédactionnelles, visant à l'amélioration de la lisibilité et la praticité du Règlement, figurent la numérotation en continu des paragraphes, l'ajout de titres, permettant une recherche plus aisée dans une table des matières plus complète et détaillée.

De façon plus significative, il est également proposé une modification structurelle avec la réorganisation du Règlement en cinq sections, suivant l'ordre chronologique de la procédure, de la saisine de l'AFA à la sentence :

- dispositions générales relatives à l'arbitrage selon le Règlement de l'AFA (saisine de l'AFA, demande d'arbitrage et réponse, frais) ;
- cas de la pluralité de parties ;
- le tribunal arbitral ;
- l'instance arbitrale (procédure générale, procédure accélérée, arbitrage de l'urgence) ;
- la sentence.

Enfin, l'objet du groupe de réflexion portant finalement sur les mesures permettant de garantir aux parties un traitement rapide de leur affaire, il a été introduit une disposition d'application générale, contractualisant dans le Règlement l'obligation de loyauté et de célérité dans la conduite de la procédure.

Cet ajout étend ainsi à toutes les procédures conduites sous l'égide du Règlement, et quel que soit le droit procédural applicable, la disposition correspondante du droit français de l'arbitrage.<sup>[18]</sup> Cette disposition, applicable aux parties comme aux arbitres, vient s'ajouter et renforcer, en l'étendant aux parties, l'obligation générale de diligence pesant sur les arbitres tenus de statuer dans les délais prescrits pour l'accomplissement de leur mission.<sup>[19]</sup>

Cet ensemble de modifications, qui à l'heure où ces lignes sont écrites, restent à valider par le Conseil d'administration de l'AFA, sous la présidence de Me Marc Henry, permettra à l'AFA de demeurer parmi les institutions d'arbitrage les plus modernes, offrant aux parties un Règlement adapté à leurs préoccupations pour leurs arbitrages internes et internationaux.<sup>[20]</sup>

**Christophe Dugué**

*Avocat au barreau de Paris*

---

[1] L'auteur, membre du groupe de réflexion sur « l'arbitrage d'urgence », s'est chargé de la formulation des modifications au Règlement débattues au sein du groupe, puis de la rédaction du projet de Règlement modifié soumis pour approbation au Conseil d'administration de l'AFA.

[2] V. les comptes-rendus des travaux du groupe de réflexion sur la consolidation d'arbitrages connexes (septembre 2014 - juin 2015) sous la direction de Me Jérôme Ortscheidt et également ceux du groupe de réflexion sur les décisions du Comité d'arbitrage (octobre 2014 - avril 2015) sous la direction de M. le Professeur François-Xavier Train : <http://www.afa-arbitrage.com/activites/groupe-de-reflexion/>.

[3] V. <http://www.afa-arbitrage.com/activites/groupe-de-reflexion/>.

[4] L'article 13 du Règlement, intitulé « Procédures d'urgence », traite des mesures d'urgence qu'une partie peut requérir devant le tribunal arbitral déjà constitué, ou s'il ne l'est pas encore, du tribunal arbitral constitué sans délai par le Comité d'arbitrage en distinguant selon que les mesures d'urgence sont susceptibles ou pas d'affecter le fond du litige.

[5] V. sur le site de l'AFA la page consacrée au groupe de réflexion sur l'arbitrage d'urgence : <http://www.afa-arbitrage.com/activites/groupe-de-reflexion/>

V. également, la note du 31 janvier 2017 de Me Andrea Pinna sur le descriptif et les missions du groupe : [http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/11/Reflexion\\_AFA\\_L-arbitrage-d-urgence\\_Document\\_de\\_travail.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/11/Reflexion_AFA_L-arbitrage-d-urgence_Document_de_travail.pdf).

[6] V. Les comptes-rendus préparés par Mme Marine Juston pour les réunions des 1er février, 9 mars et 25 avril 2017 :

[http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/02/Compte\\_rendu\\_Reunion\\_du-1\\_fevrier\\_2017\\_Groupe\\_de\\_reflexion\\_L-arbitrage\\_d-urgence.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/02/Compte_rendu_Reunion_du-1_fevrier_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf)

[http://www.afa-](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/04/Compte_rendu_Reunion_du_9_mars_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf)

[arbitrage.com/afa/uploads/2017/04/Compte\\_rendu\\_Reunion\\_du\\_9\\_mars\\_2017\\_Groupe\\_de\\_reflexion\\_L-arbitrage\\_d-urgence.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/04/Compte_rendu_Reunion_du_9_mars_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf)



[http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/05/Compte\\_rendu\\_Reunion\\_du\\_25\\_avril\\_2017\\_Groupe\\_de\\_reflexion\\_L-arbitrage\\_d-urgence.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/05/Compte_rendu_Reunion_du_25_avril_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf).

[7] V. l'article de Jean-Pierre Harb « L'Arbitre d'Urgence sous le Règlement de la CCI (2012) » : [http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/03/j-p\\_harb\\_arbitrage\\_urgence\\_cci\\_afa.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/03/j-p_harb_arbitrage_urgence_cci_afa.pdf)).

[8] Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI, instituant l'application automatique d'une procédure d'arbitrage accélérée pour tous les litiges de moins de 2 millions d'USD est entré en vigueur le 1er mars 2017.

[9] V. pour le règlement d'arbitrage de la SIAC entré en vigueur en 2010 : <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/420-the-emergency-arbitrator-and-expedited-procedure-in-siac-a-new-direction-for-arbitration-in-asia>.

V. également, pour celui entré en vigueur le 1er août 2016 : <http://www.siac.org.sg/model-clauses/expedited-procedure-model-clause/113-resources/press-releases/press-release-2016>.

[10] V. la conclusion de Me Bertrand Moreau, Président de l'AFA, au cours de la première réunion : « *l'article 13 existant depuis 1980, les procédures arbitrales se sont modernisées et institutionnalisées, une réécriture complète ou partielle semble ainsi nécessaire* ». [http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/02/Compte\\_rendu\\_Reunion\\_du\\_1\\_fevrier\\_2017\\_Groupe\\_de\\_reflexion\\_L-arbitrage\\_d-urgence.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/02/Compte_rendu_Reunion_du_1_fevrier_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf).

[11] V. le compte-rendu de la seconde réunion, p.5. [http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/04/Compte\\_rendu\\_Reunion\\_du\\_9\\_mars\\_2017\\_Groupe\\_de\\_reflexion\\_L-arbitrage\\_d-urgence.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/04/Compte_rendu_Reunion_du_9_mars_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf).

[12] V. le compte-rendu de la troisième réunion, p.2 : « *La question s'est rapidement posée de savoir si un mécanisme unique pourrait traiter des deux problématiques (approche moniste) ou s'il conviendrait de prévoir deux mécanismes distincts à l'instar des récentes approches adoptées par d'autres centres d'arbitrage (approche dualiste). La majorité des membres du Groupe a considéré que l'approche dualiste est souhaitable. C'est cette approche qui a été retenue. Il sera donc proposé que le Règlement d'arbitrage contienne deux mécanismes pour traiter les situations d'urgence :*

- *Un arbitre d'urgence, pouvant être mobilisé très rapidement, ayant le pouvoir d'adopter des mesures provisoires et conservatoires par ordonnance de procédure ;*

- *Une procédure d'arbitrage accélérée, permettant de réduire les délais de l'instance arbitrale au fond, en fonction des besoins particuliers de chaque situation.*

*Il a donc été décidé de préparer une proposition de rédaction d'article du Règlement qui suit cette approche dualiste. »*

[http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/05/Compte\\_rendu\\_Reunion\\_du\\_25\\_avril\\_2017\\_Groupe\\_de\\_reflexion\\_L-arbitrage\\_d-urgence.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2017/05/Compte_rendu_Reunion_du_25_avril_2017_Groupe_de_reflexion_L-arbitrage_d-urgence.pdf).

[13] V. le compte-rendu de la seconde réunion, pp.2-5.

[14] Cas de la procédure accélérée la plus épurée (sans demande reconventionnelle, sans second échange d'écritures, sans audiences) :

➤ Jour J : Demande d'arbitrage

➤ Jour J+30 : Réponse à la demande d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral

➤ Jour J +30 + 45 : Sentence.

[15] Cas de la procédure accélérée la plus complexe avec demande reconventionnelle et deux échanges d'écritures. Les délais peuvent le cas échéant être augmentés de la durée correspondant à la tenue d'audiences et la remise d'éventuels mémoires après audience.

[16] La question s'est posée d'enfermer la clôture des débats dans un délai fixe mais la solution retenue a été de s'en remettre à la sagesse de l'arbitre unique spécialement désigné à cet effet par le Comité d'arbitrage, l'arbitre demeurant tenu par son obligation de diligence spécifiquement prévue par le Règlement.

[17] Le projet soumis au Conseil d'administration envisage le dépôt nécessaire auprès du Secrétariat d'une demande d'arbitrage dans un délai de 10 jours à compter de celui du dépôt de la demande d'urgence.

[18] V. Article 1464, 3ème alinéa du Code de procédure civile : « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* », article 10 nouveau du Règlement.

[19] V. Règlement, article 7- §2 : « *Tout arbitre s'engage à exécuter, conformément au Règlement d'arbitrage et avec diligence, la mission qu'il a acceptée* ».

[20] La vocation internationale de l'AFA est également reflétée par le fait que le Règlement de l'AFA est actuellement proposé en version française et anglaise.

Par ailleurs, dans le souci de parfaire son offre, l'AFA va compléter son Règlement d'arbitrage par une partie traitant de la médiation.

## ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

### > Colloque | Cour de cassation

Ces dernières années, en droit international des affaires, l'impérativité internationale s'est considérablement renforcée à travers l'influence grandissante des lois de police. La multiplication des textes qui s'y réfèrent (Règlement Rome I, Rome II...) donne lieu à des questions, sinon nouvelles, qui - en tout état de cause - peinent à trouver leurs réponses. C'est à ces questions que sera dédiée le **1er février 2018** le colloque « **L'impérativité en droit international des affaires : questions d'actualité** », qui confrontera les approches judiciaire et universitaire, française et étrangère, sur divers thèmes d'actualité.

[Lire la suite](#)

### > Atelier de pratique arbitrale

Le prochain atelier de pratique arbitrale organisé par le Comité Français de l'Arbitrage aura lieu le **1er février 2018 à Paris** sur le thème « **La constitution du tribunal arbitral** ».

[Lire la suite](#)

### > IXes Regards croisés

Les IXes journées franco-espagnoles Regards Croisés organisées conjointement par le Comité Français de l'Arbitrage et le Club Español del Arbitraje, se tiendront les **1er et 2 février 2017 à Paris** sur le thème « **La relation entre les juges et l'arbitrage** ».

[Lire la suite](#)

### > Conférence | Sté de législation comparée

La section « Iran et monde musulman d'Asie » de la Société de législation comparée organise le **5 février 2018 à Paris** une conférence sur le thème « **Droit de l'arbitrage international en Iran** ».

[Lire la suite](#)

### > Colloque Université Toulouse 1 Capitole

Organisée dans le cadre des Rencontres du droit privé du l'IDP de l'Université Toulouse 1 Capitole, le **9 février 2018**, la conférence « **Arbitrage commercial international - Pratique et procédure** » s'inspirera du livre « Compendium of International Commercial Arbitration forms » en présence de ses auteurs, Sigvard Jarvin et Corinne Nguyen, et l'accent sera mis sur les phases de la procédure d'arbitrage, y compris les incidents de procédure.

[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).

Les candidatures doivent être soumises au plus tard **le 9 mars 2018**.

[Lire la suite](#)

## > Paris Arbitration Week

Du **9 au 13 avril 2018**, se tiendra la seconde «Paris Arbitration Week», un évènement incontournable pour LA ville de l'arbitrage, Paris. La soirée d'ouverture, co-organisée par Paris Place d'Arbitrage, la Chambre de Commerce Internationale, le Comité Français d'Arbitrage et l'Association Française d'Arbitrage aura lieu le lundi 9 avril sur le thème « **Conseil économique, social et environnemental** ».

Tout au long de la semaine, différents évènements seront organisés.

[Lire la suite](#)

## > Conférence | Comité Français de l'Arbitrage

Dans le cadre de ses conférences trimestrielles, le Comité Français de l'Arbitrage organise le **11 avril 2018 à Paris**, une conférence sur le thème « **Dialogue des ordres juridiques : Ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques** ».

[Lire la suite](#)

## > 8ème Cérémonie de remise des prix de la Global Arbitration Review

La cérémonie de la Global Arbitration Review, se tiendra le **12 avril 2018 à Paris** dans le cadre de Paris Arbitration Week.

[Lire la suite](#)

# A L'INTERNATIONAL

## > Appel à contributions | Revue de l'ERSUMA

Le 23 novembre 2017 à Conakry (Guinée), le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté un Acte uniforme relatif à la médiation et révisé l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ainsi que le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA).

Dans le cadre de la vulgarisation de ces textes et de la promotion des modes alternatifs de règlement des différends dans l'espace OHADA et au-delà, le Centre de Recherche de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (CRERSUMA) lance un appel à contributions pour un numéro de la Revue de l'ERSUMA spécialement consacré aux modes alternatifs de règlement des différends.

Ce numéro spécial dénommé « **Numéro spécial Modes Alternatifs de règlement des différends dans l'espace OHADA** » attend toute contribution relative au droit ou à la pratique de l'arbitrage, de la médiation et des autres modes alternatifs et amiables de règlement des différends dans l'espace OHADA et en droit comparé. Les contributions peuvent intégrer l'une des quatre rubriques de la revue suivantes : études doctrinales, jurisprudence, législation et pratique professionnelle.

[Lire la suite](#)

## > SCAI Innovation Conference

Following the success of its 1st edition of its Innovation Conference in 2017, SCAI is organising the 2nd Innovation Conference focused on **Arbitrating the Future**. Participants will be encouraged to comment on the improvement ideas proposed by the panellists and to share their own ideas in view of the drafting of a joint paper. Organised with the support of the ASA, the Conference will take place on **1 February 2018** at the same location as the ASA Conference.

[Lire la suite](#)

## > ASA Annual Conference 2018

The theme of this year's conference, on **2 February 2018 in Zurich**, is «**The Use of Experts in International Arbitration - Conflicting Assumptions and Expectations**». The conference will explore various aspects relating to the presentation of expert evidence and specifically address the issue of conflicting assumptions and expectations that parties may have and how an arbitral tribunal could deal with them.

For the first time in 2018, Swiss Arbitration Association will hold a gala dinner the evening before the conference. The event will include a welcome drinks reception, three course meal with accompanying wine, followed by tea and coffee and the ASA Advocacy Prize Giving Ceremony.

[Lire la suite](#)

## > 3<sup>rd</sup> EFILA Annual Conference 2018

The 3rd EFILA Annual Conference will take place on **5 February 2018 in London** on «**Parallel States' Obligations in Investment Arbitration**».

[Lire la suite](#)

## > 21st Annual IBA Arbitration Day

The 21st IBA International Arbitration Day will take place on **25-26 February in Buenos Aires** : «**The Rule of Law created by international arbitrators - between pacta sunt servanda and bona fide**».

[Lire la suite](#)

## > Conference | University Loyola Andalucia

On 10 June 1958, a diplomatic conference convened by the United Nations in New York concluded the **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**. The so called New York Convention is one of the most successful treaties in the area of commercial law, currently adhered to by 157 States, including the major trading nations. It has served as a model for many subsequent international legislative texts on arbitration.

Jointly organised by UNCITRAL, Universidad Loyola Andalucia, Universidad Zaragoza and Club Español de Arbitraje, in **Seville from 5<sup>th</sup> and 6<sup>th</sup> April 2018**, this International Conference marks its **60th anniversary in 2018**, and this milestone offers an opportunity to review the experience with the Convention, to take stock of current issues in the field and to consider future challenges.

[Lire la suite](#)

## > XXIV<sup>th</sup> ICCA Congress

The 2018 CCA Congress will take place in **Sydney, Australia from 15-18 April 2018**. The congress will focus on the theme: «**Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration**».

[Lire la suite](#)

### > 4th Edition of the SOAS Arbitration

The 4th edition of the SOAS Arbitration in Africa conference will be hosted by the Kigali International Arbitration Centre (KIAC) **from 2nd-4th May 2018**.

The Kigali conference primarily aims to examine how African arbitration practitioners can better support the development of both domestic and international arbitration in their individual countries, regions and collectively across the continent and globally.

[Lire la suite](#)

## ACTUALITES DE LA MEDIATION

### > DU Médiation et règlement des conflits | Université de la Rochelle

Soucieuse de répondre aux attentes des professionnels du droit, notamment magistrats et avocats, la **Faculté de droit, de Science Politique et de Gestion de La Rochelle** s'est engagée résolument dans la création d'un DU Médiation et Règlement des conflits ouvert en formation continue.

Porté par une équipe pédagogique associant universitaires et médiateurs expérimentés, ce DU propose une formation pratique à la médiation, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle. Tout en enrichissant l'offre de formation de la Faculté, il contribue à la promotion de la médiation en tant que mode amiable de résolution des conflits.

[Lire la suite](#)

### > Atelier de co-vision | Association des Médiateurs Européens

L'Association des Médiateurs Européens propose à ses membres et aux avocats accompagnateurs en médiation des ateliers d'échanges de pratiques portant sur les modes alternatifs de règlement des litiges en général (médiation, procédure participative, droit collaboratif et méthodes traditionnelles de négociation amiable). Les thèmes abordés sont ceux choisis par les participants. Le prochain atelier aura lieu le **6 février 2018 à Paris**.

[Lire la suite](#)

## INFORMATIONS



### > 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](#)



## > After work Cross-Examination of witnesses Mise en pratique

Après avoir exposé les aspects théoriques de la cross-examination lors de sessions en 2016 et 2017, l'AFA propose cette année 2018 de mettre en pratique, sous la forme d'un jeu de rôle, les règles gouvernant la cross-examination.

Ainsi le 29 janvier dernier, Marie Danis, Caroline Duclercq, Pierre Duprey, avocats au barreau de Paris, et Peter Rosher, avocat aux barreaux d'Angleterre/Pays de Galles et de Paris, avec la participation de Juliette Fortin et Matthias Cazier-Darmois, experts (FTI Consulting), ont animé la première session au cours de laquelle les participants se sont appliqués à l'exercice du contre-interrogatoire.

Les dates des sessions suivantes vous seront communiquées très prochainement.

[Lire la suite](#)



## > 4èmes Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux

L'AFA était cette année encore partenaire des Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux qui ont eu lieu le 30 janvier dernier à Paris.

Marc Henry, son Président, est intervenu lors de la conférence plénière sur le thème « Les nouveaux territoires de l'arbitrage et leur impact sur la pratique ». Il a notamment échangé sur les nouvelles plateformes d'arbitrage en ligne et présenté le projet d'outil extranet proposé par l'AFA.

[Lire la suite](#)

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

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

Au sommaire du n° 15 : la fonction de mandataire judiciaire à travers la synthèse des travaux du séminaire sur le thème « Règlementation des mandataires judiciaires dans l'acte uniforme révisé de septembre 2015 relatif à l'organisation des procédures collectives », organisé par la revue, la pratique de la fusion et de l'acquisition à travers une contribution portant sur un de ses outils par excellence, destiné à la protection complémentaire des investisseurs, la Garantie d'Actif et de Passif (GAP). Son rôle est par exemple dans le cadre du droit des affaires OHADA, de pallier l'insuffisance de garanties légales traditionnelles dans le cadre de la cession d'actions.

[Lire la suite](#)

# JURISPRUDENCE

## Arrêt de la Cour de Cassation

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 septembre 2017 n° 16-18178**

### Compétence - compétence : affacturage

Des contrats de vente contenant une clause compromissoire ont fait l'objet de factures qui ont été cédées à une banque en vertu d'un contrat d'affacturage. Les factures étant demeurées impayées, la banque a assigné la société débitrice devant le tribunal de commerce non pas en paiement des factures, mais pour comportement déloyal et donc sur un fondement délictuel.

La société défenderesse a soulevé l'incompétence du tribunal de commerce en vertu de la clause compromissoire des contrats de vente et la banque a fait valoir qu'il ne s'agissait pas d'une action en paiement des factures, laquelle aurait été manifestement de la compétence du tribunal arbitral (CA Paris 3 octobre 2017 n° RG 16/22 720), mais d'une action de nature quasi délictuelle « en l'absence de lien » entre le contrat de vente et la convention d'affacturage.

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.

Cette décision est assurément d'espèce car le comportement déloyal du débiteur cédé n'est pas ordinaire, mais elle démontre bien :

- que le contrat d'affacturage transmet les clauses du contrat donnant lieu à la facture, ce qui, il est vrai, n'était guère douteux,
- mais aussi que la nature délictuelle de l'action ne permet pas d'échapper à la clause compromissoire du contrat qui en est l'occasion, comme cela a été déjà jugé de nombreuses fois, mais l'espèce est particulièrement claire sur ce point.

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 septembre 2017 n° 16-22326**

### Compétence - compétence

Cet arrêt est important car il est intervenu à propos d'un contrat de sous-traitance qui comportait une clause compromissoire propre, alors que le contrat d'entreprise entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal contenait une clause attributive de juridiction au tribunal de commerce.

La Cour d'appel de Nîmes avait considéré que, si le contrat de sous-traitance comportait une clause compromissoire, le contrat principal comportait quant à lui une clause de règlement des litiges par le tribunal de commerce et qu'en conséquence le litige opposant le sous-traitant au maître d'ouvrage de nature quasi-délictuelle, en l'espèce à l'occasion de la fourniture du cautionnement nécessaire, devait être tranché par le tribunal de commerce. Les décisions qui avaient été rendues en matière de sous-traitance concernaient jusqu'alors la contestation du sous-traitant qui n'avait pas signé la clause compromissoire du contrat principal, mais qui avait participé à son exécution (**Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 26 octobre 2011 n° 10-17708** RJ Com 2012. 17).

Sans dénier le lien incontestable entre les deux contrats et le fait que les contrats poursuivaient une unicité d'objectif, la Cour avait estimé que ces contrats n'étaient pas indivisibles et en conséquence avait refusé l'extension de la clause compromissoire et déclaré la clause d'arbitrage du contrat de sous-traitance manifestement inapplicable au contrat principal (sur l'extension de la clause compromissoire voir la note de François-Xavier Train aux Cahiers de l'arbitrage 2016. 118).

La Cour de cassation a simplement constaté que la Cour d'appel avait procédé à « un examen approfondi des relations contractuelles entre les parties » alors que l'inapplicabilité de la clause

compromissoire du contrat de sous-traitance n'était pas manifeste et de ce fait devait renvoyer au tribunal arbitral la connaissance de la question relative à sa compétence.

On peut se demander si la Cour d'appel de Nîmes ne s'est pas simplement montrée maladroite dans la rédaction de son arrêt en répondant de façon complète à l'argumentation des parties alors qu'il lui aurait suffi de constater que le litige ne concernait pas les relations entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant que n'unissait aucune clause compromissoire mais au contraire une clause attributive de juridiction autre, comme la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel d'avoir effectué cette simple constatation pour reconnaître la compétence de la juridiction judiciaire en présence de deux contrats contenant des clauses distinctes d'attribution de juridiction ([Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 mars 2015 n° 14-11571](#) RJ Com 2016. 223). Il est vrai que le contrat de sous-traitance est d'une nature particulière en ce qu'il vise la réalisation d'une opération économique unique, mais si l'on conçoit que le sous-traitant a normalement connaissance du contrat principal à l'exécution duquel il participe, il n'en est pas de même du maître de l'ouvrage relativement au contrat conclu entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal, sauf que des obligations d'ordre public pèsent sur lui notamment pour ce qui concerne la vérification de la fourniture d'un cautionnement par l'entrepreneur principal ce qui constituait l'objet du litige avec le sous-traitant.

#### ● [Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 octobre 2017 n° 16-24590](#)

##### **Compétence - compétence**

La compétence du Tribunal Arbitral du Sport (TAS), institution d'arbitrage international dont le siège est à Lausanne (Suisse), repose sur l'adhésion des sportifs au règlement des fédérations du sport concerné et en l'espèce à la Fédération Internationale de Ski, laquelle adhésion comporte une « *Déclaration* » des athlètes en relation avec leur inscription à la FIS et qui contient une clause compromissoire ; la déclaration est signée par le sportif.

Il était prétendu que l'adhésion de ce sportif était annuelle et que l'inscription à la Fédération était effectuée pour chacun d'eux par sa fédération nationale et annuellement. La Cour d'appel était saisie d'un recours contre la décision d'un tribunal de grande instance qui s'était déclaré compétent dans le litige survenu à la suite d'un accident qui s'était produit trois ans après l'inscription initiale. Elle a analysé les conventions dans le détail pour conclure à l'inapplicabilité de la clause compromissoire.

Sa décision est cassée, sans surprise, « pour avoir procédé à l'analyse approfondie non pas des conventions d'inscription aux compétitions organisées par la FIS ».

De fait l'analyse à laquelle s'était livrée la Cour d'appel était antinomique du caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause compromissoire (article 1448 al. 1 du Code de procédure civile applicable en matière internationale).

#### ● [Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 19 octobre 2017 n° 16-21813](#)

##### **Renonciation à la convention d'arbitrage : assignation en intervention forcée**

Cette décision confirme la jurisprudence en vertu de laquelle une assignation en intervention d'un tiers à une procédure pendante devant une juridiction judiciaire vaut, pour le demandeur en intervention, renonciation à la clause compromissoire qui le liait à l'appelé en intervention ([Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 10 avril 2014 n° 13-16116](#) RJ Com 2015. 22).

Cette jurisprudence est justifiée par le fait que l'assignation en intervention forcée comporte une défense au fond qui entraîne l'inapplicabilité de la clause compromissoire qui doit être soulevée *in limine litis* (article 74 du Code de procédure civile).

Cet arrêt est précieux en ce qu'il précise qu'il ne convient pas seulement de s'attacher au dispositif de l'assignation en intervention mais « à l'ensemble des termes de l'assignation ... pour vérifier si celle-ci comportait ou non une défense au fond ».



Ainsi le principe d'un appel en intervention n'est pas suffisant en soi comme on avait pu le craindre, encore faut-il que, dans les rapports entre l'appelé en intervention et la partie qui l'assigne, leurs relations fassent l'objet d'une défense au fond dans leur propre litige.

L'arrêt précise aussi que la réserve effectuée de ce que le demandeur à l'intervention se réservait de contester la compétence du tribunal judiciaire était sans incidence sur l'application de l'article 74 du Code de procédure civile.

Le débat est donc clair aujourd'hui, il appartient au praticien de veiller à ce que la rédaction de l'assignation en intervention ne puisse être interprétée comme une défense au fond, mais il est évident que l'intérêt d'appeler un tiers en intervention trouve alors difficilement sa justification. La réflexion est à mener en parallèle avec celle relative à l'opposabilité des décisions de justice et celle des sentences arbitrales (Sylvain Bollée *L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers* Rev. arb. 2015. 695).

### ● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 décembre 2017 n° 16-22131**

#### **Accès à la justice et impécuniosité**

L'impécuniosité a plusieurs fois été invoquée par l'une des parties, généralement la défenderesse, pour se soustraire à l'arbitrage (Pirelli Cass.1<sup>ère</sup> civ. 28 mars 2013, RJ Com 2014.13 ; Lola Fleurs CA Paris 26 février 2013, Rev. arb. 2014. 746, note François-Xavier Train). Ces tentatives n'ont jusqu'à présent pas obtenu le résultat recherché notamment parce que bien souvent l'impécuniosité n'était pas établie, mais ces décisions n'ont pas manqué d'attirer l'attention des centres d'arbitrage sur la problématique et la plupart du temps des solutions pratiques sont mises en place pour que la procédure d'arbitrage puisse suivre son cours sans contrainte.

En l'espèce c'est le demandeur, après il est vrai une procédure arbitrale chaotique et l'annulation d'une première sentence, qui, alléguait son incapacité à faire face aux nouvelles provisions fixées par l'institution d'arbitrage. L'institution d'arbitrage, faute de paiement, avait en conséquence ordonné au tribunal arbitral de suspendre ses activités puis indiqué que les demandes étaient considérées comme retirées.

La partie demanderesse a alors eu l'idée de saisir le juge d'appui pour obtenir qu'il ordonne la poursuite de la procédure d'arbitrage en vertu du principe d'accès à la justice.

On se souvient qu'ensuite de l'arrêt Nioc (1<sup>er</sup> février 2005 n° 01-13742), le décret du 13 janvier 2011 a introduit à l'article 1505.4° du Code de procédure civile une disposition retenant la compétence du juge d'appui, en matière internationale, lorsque « l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ».

Le juge d'appui, en l'espèce celui de Paris, à raison de la nature internationale de l'arbitrage, saisi par la partie d'une assignation dirigée contre l'institution d'arbitrage, a :

- dit que ses pouvoirs d'intervention étaient limités aux décisions qui auraient pour effet ou pour objet de priver les parties de leurs droits d'accès au juge ;
- constaté que l'invitation faite aux parties de payer des provisions séparées suivie de l'invitation faite au tribunal arbitral de suspendre ses travaux constituaient une telle mesure ;
- enjoint en conséquence à l'institution d'arbitrage de rétablir la demande et d'inviter le tribunal arbitral à statuer.

La Cour d'appel a infirmé cette ordonnance pour deux motifs conjugués en déclarant que la compétence du juge d'appui est limitée aux difficultés nées à l'occasion de la constitution du tribunal arbitral et qu'il n'est compétent qu'à titre supplétif de l'institution chargée de l'arbitre.

La limitation de ces pouvoirs aux difficultés nées à l'occasion de la constitution du tribunal arbitral résulte des textes des articles 1454, 1457, 1458 et 1473 qui n'ont trait qu'à cet éventualité et par ailleurs pour proroger le délai d'arbitrage.

Le caractère supplétif des pouvoirs du juge d'appui est constamment retenu par la jurisprudence qui lui interdit d'intervenir lorsqu'une institution d'arbitrage a été saisie, sauf si elle est défailante dans cette mission (Paris 16 novembre 2015, Rev. arb. 2016. 258). Mais dans ce cas il appartient à la partie de se pourvoir devant le juge judiciaire, relativement à l'exécution du contrat d'organisation de l'arbitrage, contrat qui trouve ainsi sa consécration après celle du contrat d'arbitre qui unit la partie à l'arbitre.

La Cour de cassation a totalement approuvé la décision de la Cour d'appel en sorte que toute intrusion du juge d'appui dans le fonctionnement du tribunal arbitral, ce qui avait pu être envisagé par certains, est proscrite comme constituant un excès de pouvoir de la part du juge d'appui dont la décision peut alors faire l'objet d'un recours.

Les partisans de l'arbitrage se féliciteront de cette affirmation non ambiguë et il appartient aux institutions d'arbitrage d'en tirer les conséquences.

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 décembre 2017 n° 16-12943**

### **Saisie-vente et clause compromissoire**

Les parties, un État et une banque, avaient transigé sur les conséquences d'une sentence arbitrale mettant ainsi un terme à leur litige. Puis, la transaction n'ayant pas été totalement exécutée, la banque sur le fondement de la sentence arbitrale avait pratiqué une saisie vente contre l'État portant sur un aéronef appartenant à une émanation prétendue de cet État.

La transaction contenait une clause de règlement des litiges prévoyant une tentative de conciliation préalable, puis, à défaut de résultat dans les 45 jours, la procédure de règlement des différends prévue par le règlement de la CCI et prévoyant la désignation d'un conciliateur indépendant disposant d'un délai de 20 jours pour parvenir à une conciliation. A défaut de conciliation le règlement d'arbitrage de la CCI devait s'appliquer. La présence d'un État justifiait la recherche par les parties d'une conciliation compte tenu des difficultés d'exécution prévisibles, et déjà rencontrées d'ailleurs entre les parties à l'occasion de la recherche d'exécution de la sentence ayant abouti à une transaction.

Le juge de l'exécution a ordonné la mainlevée de la saisie vente et la cour d'appel a confirmé sa décision en retenant :

- que la transaction intervenue avait l'autorité de la chose jugée, se substituant ainsi à la sentence arbitrale,
- qu'ainsi la banque ne pouvait plus poursuivre l'exécution de la sentence,
- que les parties devaient, en cas de difficultés dans l'exécution de la transaction, ce qui était le cas, suivre la procédure de conciliation puis de règlement des différends organisée par la transaction.

La Cour de cassation a approuvé en tous points la cour d'appel en son raisonnement alors qu'il était acquis que les parties avaient conféré à la transaction l'autorité de la chose jugée en sorte que la sentence ne pouvait servir de titre pour pratiquer la saisie. Seule une saisie conservatoire, autorisée par le juge sur le fondement de la créance résultant de la transaction aurait pu être pratiquée, sous réserve de remplir les conditions pour obtenir une telle autorisation et sous réserve des dispositions relatives à la saisie des aéronefs.

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 décembre 2017 n° 16-21425**

### **Activité professionnelle : article 2061 du Code civil**

L'adhésion par un salarié à un contrat d'assurance groupe invalidité et incapacité souscrit par la caisse d'activités sociales de l'employeur doit-elle être considérée comme conclue à raison d'une activité professionnelle ?

La réponse donnée par la Cour de cassation est négative alors qu'en l'espèce l'invalidité, résultant de l'accident survenu au salarié pendant ses vacances mais couverte par la police, n'était que partielle et qu'il a ensuite repris son travail.

Ce n'est pas sans motif que l'article 2061 du Code civil (ancien) retenait que la clause compromissoire était valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, mais non à l'occasion d'une telle activité. Le motif professionnel doit être établi et on peut se demander s'il doit être exclusif de tout autre, et en l'espèce si le fait que l'assurance couvre aussi les activités extra professionnelles n'est pas déterminant de la qualification, et si la solution serait identique dans l'hypothèse où l'adhésion est imposée au salarié ou si le contrat d'assurance groupe est souscrit par l'employeur lui-même.

La jurisprudence va assurément permettre d'enrichir la réflexion à partir de cas d'espèce et jusqu'à présent on avait seulement noté que des commerçants retraités, contractant à l'occasion du fond de commerce qu'ils cédaient, n'avaient pas été considérés comme agissant dans le cadre de leur activité professionnelle, puisqu'ils avaient cessé celle-ci (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 février 2012 n°11-12782, RJ Com 2012. 16).

Cet arrêt vise l'article 2061 du Code civil né de la réforme du 15 mai 2001 qui concernait la validité de la clause compromissoire, ce pourquoi la nullité de la clause avait été demandée. Aujourd'hui, du fait de la loi du 18 novembre 2016 ayant modifié l'article 2061 du Code civil, une telle demande ne se justifierait plus puisque la clause est devenue simplement inopposable lorsqu'elle n'est pas conclue dans le cadre d'une activité professionnelle.

La nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil permet de penser que le champ de l'opposabilité de la clause compromissoire est plus vaste désormais que ne l'était la validité de la clause, l'activité professionnelle ne devant plus être le motif déterminant mais seulement l'occasion de la souscription de la clause compromissoire. La jurisprudence ne manquera pas de fixer l'interprétation du nouvel article.

Par Bertrand MOREAU