

---

# LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE 2017

NOUVEAUX DOMAINES,  
NOUVELLES UTILISATIONS

---

3<sup>e</sup>  
ÉDITION

GUIDE PRATIQUE

ACTES TYPES



---

# SOMMAIRE

---

<b>LE MOT DU PRÉSIDENT</b> .....	p.02
<b>LE RENOUVEAU DE L'ARBITRAGE</b> par Louis Degos.....	p.05
<b>LE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX ET L'ARBITRAGE</b> par Alain Hollande.....	p.09
<b>L'ARBITRAGE, UNE PROCÉDURE ADAPTÉE AU CONTENTIEUX INTERNE</b> par Eléonore Caroit.....	p.13
<b>LA NOUVELLE CONVENTION D'ARBITRAGE</b> par Malo Depincé.....	p.23
<b>LA CIRCULATION DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE</b> par Maximin de Fontmichel et Maria Beatriz Burghetto.....	p.27
<b>L'ARBITRE, JUGE NATUREL DU PROFESSIONNEL LIBÉRAL</b> par Pierre Lafont.....	p.33
<b>L'ARBITRAGE DES CONFLITS DU TRAVAIL</b> par Thomas Clay.....	p.37
<b>L'ARBITRAGE ET LES PETITS LITIGES</b> par Jean-Robin Costargent et Julie Spinelli.....	p.57
<b>LE TRIBUNAL ARBITRAL</b> par Clément Fouchard et Jean du Parc.....	p.67
<b>L'INSTRUCTION DU LITIGE EN MATIÈRE D'ARBITRAGE</b> par Irène Léger et Louis Degos.....	p.75
<b>LES VOIES DE RECOURS EN DROIT INTERNE</b> par Noel Melin.....	p.83
<b>PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE SUR L'ARBITRAGE -</b> <b>1<sup>ER</sup> SEMESTRE 2014 / 1<sup>ER</sup> SEMESTRE 2017</b> par Bruno Cressard.....	p.89
<b>ANNEXES</b> .....	p.107
Charte éthique de l'arbitrage.....	p.108
Actes types d'arbitrage interne.....	p.110
Clause compromissoire interne type.....	p.110
Compromis d'arbitrage interne type.....	p.111
Contrat d'arbitre type.....	p.114
Acte de mission type.....	p.117
Déclaration d'acceptation et d'indépendance type.....	p.122
Curriculum vitae d'arbitre type.....	p.123
Ordonnance de procédure type.....	p.125

## Astuce interactivité :

Pour revenir au sommaire, cliquez sur ce symbole en pied de page 

## LE MOT DU PRÉSIDENT



### L'arbitrage interne, un autre territoire à conquérir pour les avocats

**P**our répondre à la crise de l'institution judiciaire dénoncée par tous les acteurs de la Justice dont les avocats, l'État a fait le choix de recentrer les juges sur leur mission première, celle de trancher les litiges en application de la règle de droit. En même temps, pour répondre au défi que représente la judiciarisation croissante de notre société, il s'est donné pour mission de favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges.

C'était précisément l'objet de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle qui a certes déjudiciarisé certains contentieux ou allégé le contrôle du juge pour d'autres procédures, mais qui a aussi modifié, parfois de manière substantielle, le régime juridique de certains modes alternatifs de règlement des différends pour en favoriser le développement.

Sont principalement concernés :

- la médiation qui est étendue à la matière administrative tandis que pour la médiation judiciaire, des listes de médiateurs seront établies au niveau du ressort de la Cour d'appel (art. 22-1, L. n° 95125 du 8 février 1995) ;
- la transaction dont le régime a été modernisé (art. 2044 Cciv) ;
- la conciliation dont la tentative est rendue obligatoire avant toute saisine du tribunal d'instance ;
- la procédure participative par avocats désormais ouverte aux parties en cas de saisine d'un juge et qui peut aussi avoir pour objet la mise en état du litige depuis le décret « J21 » n° 2017-892 du 6 mai 2017.

Sans oublier l'arbitrage, codifié aux articles 1442 à 1527 du code de procédure civile !

La loi « J21 » du 18 novembre 2016 va plus loin en réformant l'article 2061 du Code civil relatif à la clause compromissoire notamment pour permettre son développement au-delà des relations entre professionnels.

La France a, historiquement, une position favorable aux modes de résolution alternatifs des litiges et plus particulièrement à l'arbitrage international. Paris est une place d'arbitrage majeure, dotée d'institutions performantes et fiables ainsi que de spécialistes et experts renommés.

Si, grâce au soutien du Conseil national des barreaux et des Ordres, nos confrères se sont largement investis dans la voie de la médiation ou plus récemment dans la procédure participative, l'arbitrage peine encore à se développer au plan national.

---

Les avocats sont pourtant au cœur de l'arbitrage :

- comme prescripteurs lorsqu'ils rédigent les contrats dans lesquels ils peuvent naturellement, avec l'accord des parties, introduire une clause compromissoire ;
- comme conseils pendant la procédure qu'ils gèrent pour leurs clients ;
- ou comme arbitres en tant qu'experts de la résolution des conflits.

Rappelons que le droit de l'arbitrage fait partie des mentions de spécialisation dont la liste est fixée par l'arrêté du 28 décembre 2011.

Cette nouvelle édition des Cahiers de l'arbitrage doit nous faire prendre conscience que l'arbitrage, loin des idées préconçues et des préjugés, est un territoire à conquérir et qu'y recourir n'est pas réservé aux contentieux internationaux ou aux litiges à fort enjeu financier.

De surcroît, aucun professionnel de l'arbitrage n'est en mesure de rivaliser avec les garanties offertes par le recours à un avocat : respect d'une déontologie exigeante sous le contrôle des ordres, respect du secret professionnel et des règles du conflit d'intérêts qui préservent les intérêts du client, obligation de transparence et d'information s'agissant du montant de ses honoraires avec l'obligation d'établir une convention d'honoraires écrite.

Le contexte actuel propice au développement des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) est une occasion unique pour les avocats de développer en droit interne l'arbitrage qui, face à une justice en crise, répond parfaitement aux attentes des clients, entreprises comme personnes physiques, y compris pour des litiges à moindre enjeu financier.

L'arbitrage représente aussi l'opportunité de développer une autre image de l'avocat auprès du public, en mettant en lumière l'importance son rôle de conseil et de stratège dans le cadre d'une justice négociée.

L'arbitrage se développe et les avocats doivent donc être présents !

Avec l'arrivée du numérique et les dernières réformes opérées par le législateur, nul doute que la procédure d'arbitrage est appelée, dans les années à venir, à prendre une part importante sur le marché du règlement amiable des litiges.

Conçue pour promouvoir l'arbitrage interne, cette troisième édition des Cahiers de l'arbitrage, élaborée sous la direction scientifique de Louis Degos, avocat spécialiste de droit de l'arbitrage et président de la Commission prospective du Conseil national des barreaux, sans oublier la contribution d'Alain Hollande, ancien vice-président, donnera aux avocats tous les outils pour leur permettre de s'approprier cette procédure dans leur pratique quotidienne et inciter leurs clients à y avoir recours en raison de ses nombreux avantages.

Comme le Conseil national des barreaux vous y invitait lors des premiers Etats généraux de l'arbitrage du 30 juin 2016, « faites l'arbitrage ! ».

**Pascal EYDOUX**

Président du Conseil national des barreaux



---

# LE RENOUVEAU DE L'ARBITRAGE

Par Louis Degos



## LE RENOUVEAU DE L'ARBITRAGE



Par Louis Degos,

**Spécialiste de droit de l'arbitrage**

**Président de la Commission Prospective et Innovation**

**Membre du Conseil National des Barreaux**

**Ancien membre du Conseil de l'Ordre**

Non l'arbitrage n'est pas réservé à la matière internationale ! Non il n'est pas non plus dédié aux seuls gros litiges politico-économiques ! Non ce n'est pas une « justice de riches » !

L'arbitrage procède à la fois de la justice que nous, avocats, connaissons bien et des modes alternatifs de règlement des différends que nous pratiquons de plus en plus. D'emblée, ces deux caractéristiques de l'arbitrage ne peuvent le condamner à un usage rare et spécifique : il nous appartient de nous en emparer et de le modeler pour répondre aux besoins de nos clients et de nos dossiers.

Les *Legaltechs* qui fleurissent tous les jours l'ont bien compris. Voyez les offres de résolution en ligne des litiges qui sont maintenant à la portée du consommateur ! Tous ces sites, toutes ces techniques, sont bâtis sur l'institution juridique de l'arbitrage, bien souvent sans même passer par l'étape de la médiation qui nécessite une rencontre « en présentiel ». Les parties suivent, derrière leur écran, une procédure formatée et tarifée qui les conduit à constituer un dossier, lequel sera examiné par un arbitre qui, derrière son écran aussi, rendra une décision ayant tous les attributs de la sentence arbitrale...

Entre cet arbitrage « préfabriqué » et le tout sur-mesure, il y a une vraie place pour un arbitrage interne répondant aux enjeux de la modernité et de la flexibilité que recherchent les justiciables.

A l'heure où la loi impose l'Open data de toutes les décisions de justice étatique, fussent-elle « 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 automatiquement par des algorithmes dont on ne sait pas grand-chose.

Et dans ce monde technologique où les échanges sont dématérialisés, où les paiements se font sur des serveurs vocaux ou par sms, les litiges sont de plus en plus complexes et techniques... Là encore le service privé de la justice permettra de choisir un ou des arbitres dont les compétences et les connaissances serviront précisément à la compréhension et à la résolution du litige.

L'arbitrage, c'est au surplus une justice responsable car elle se fonde sur un contrat. Certes l'acte juridictionnel de l'arbitre, à l'instar du juge judiciaire, n'engage pas sa responsabilité et les voies de recours contre la décision ne se confondent pas avec des mises en cause de celui ou de celle qui a tranché. Mais pour tous les actes « détachables » qui participent de la bonne exécution de sa mission contractuelle, l'arbitre met en jeu sa responsabilité civile « professionnelle » qu'il aura pris soin de faire assurer. En application d'un contrat à titre onéreux, l'arbitre est payé, mais il rend compte : voilà qui plaît aux « consommateurs » de droit d'aujourd'hui qui veulent avant tout du service, c'est-à-dire des réponses, du dialogue, de la considération, du temps...

---

Cette nouvelle édition revue et actualisée des Cahiers de l'arbitrage a été conçue pour être très pratique : à la fois une boîte à outils avec des actes types et à la fois un guide ou vade-mecum destiné à montrer comment se servir utilement de l'arbitrage.

Car l'usage de l'arbitrage s'est trouvé récemment facilité et ouvert dans de nombreux domaines : des litiges à petits enjeux au monde du travail et au droit social qu'on croyait « réfractaire » à l'arbitrage comme l'écrit le professeur Thomas Clay dans une contribution qui fera date.

Car notre droit positif requiert aussi de plus en plus de moyens que le service public de la justice n'a pas, sauf à le doter d'un budget qui, malgré des effets d'annonce, ne vient jamais : qu'il suffise de penser à l'instruction civile que nécessitent l'imprévision, le déséquilibre significatif et la révision du prix dans notre nouveau droit des contrats...

Tous ces sujets, et bien d'autres, sont traités dans ces Cahiers pour permettre aux praticiens d'apprécier les avantages que procure l'arbitrage et de s'en servir.

Condamné donc à se développer, l'arbitrage, bien qu'il ne soit pas toujours classé parmi les modes dits alternatifs, offre en réalité la seule alternative à la justice étatique, précisément parce que ce n'est pas un mode amiable mais un mode juridictionnel. Il n'y a que deux personnes qui peuvent trancher un litige en disant le droit, le juge ou l'arbitre. Pour conclure, qu'il soit donc permis à l'auteur de ces quelques lignes de former le vœux que l'avocat, professionnel du droit et acteur de la Justice, prenne la place prééminente qui lui revient dans l'exercice de la justice arbitrale.



---

# **LE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX ET L'ARBITRAGE**

Par Alain Hollande



# LE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX ET L'ARBITRAGE



## Par Alain Hollande

**Ancien Vice-président du Conseil national des barreaux (CNB)  
Responsable du Groupe arbitrage**

Il y a dix ans le Bureau du Conseil national des barreaux, alors présidé par le bâtonnier Paul-Albert IWEINS, a considéré qu'il était nécessaire de créer un groupe de travail pour réfléchir aux moyens de promouvoir l'arbitrage au sein de la Profession.

Ce groupe, placé sous la présidence d'Alain HOLLANDE et co-animé par le professeur de droit Thomas CLAY, a été constitué d'avocats et d'universitaires spécialisés dans le domaine du droit de l'arbitrage, dont Louis DEGOS, Pierre DUPREY, Georges DECOCCQ, Maximin de FONTMICHEL et plusieurs autres personnalités.

### **La première démarche a été de faire un état des lieux qui a permis de constater :**

- que l'arbitrage international se développait de manière très sensible, que PARIS était une place recherchée pour les arbitrages internationaux (notamment du fait de la présence du siège de la Cour Internationale d'Arbitrage (ICC) depuis 1923,
- que les avocats étaient majoritaires sur ce marché mais essentiellement à travers les cabinets anglo-saxons installés à PARIS qui traitent les arbitrages internationaux souvent avec des équipes importantes de plusieurs dizaines d'avocats,
- que les arbitrages internationaux portent généralement sur des affaires importantes pour régler des affaires entre grandes entreprises ou avec des Etats,
- que l'arbitrage interne entre entreprises françaises était très peu pratiqué et peu connu avec une image plutôt négative,
- que les avocats français qui ne pratiquent pas dans le domaine international étaient a priori hostiles à l'arbitrage, considérant que c'était une procédure lourde et coûteuse, que le marché était réservé à des groupes fermés et que ce type de procédure ne concernait que des cabinets installés à PARIS qui traitaient des contentieux portant sur des montants élevés et que ça ne pouvait pas concerner leurs clients. Les enquêtes menées auprès des avocats ont fait apparaître que ce rejet de l'arbitrage était essentiellement dû au fait qu'ils ignoraient totalement cette procédure qu'ils n'avaient pas eu l'occasion de découvrir ni pendant leurs études, ni durant leur stage et qu'ils en avaient souvent une image floue et caricaturale et que parfois leur rejet était dû à une expérience mal vécue.
- que les chefs d'entreprises de moins de 250 salariés ignoraient la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends et que très peu avaient eu l'occasion de le pratiquer. Qu'en revanche, après explications sur cette procédure, ils y seraient plutôt favorables à condition d'en bien connaître le coût (étude IPSOS 2013 sur les MARC dans les P.M.E. commandée par l'Observatoire du CNB),

- 
- que les chambres d'arbitrage s'occupant de conflits en droit interne avaient très peu d'arbitrages hormis les centres spécialisés dans le cadre d'un métier ou d'un domaine technique,

Fort de ces constats, le Groupe s'est fixé des objectifs sur 9 ans (3 mandatures) :

- enquête sur les réformes à apporter à la réglementation de l'arbitrage,
- audition des acteurs économiques, chambres arbitrales spécialisées, Conférence des Bâtonniers, Barreau de Paris pour connaître leurs attentes et recueillir leurs suggestions,
- enquête auprès des écoles d'avocats pour examiner comment introduire la formation à l'arbitrage, tant en formation permanente que continue.

Un des premiers dossiers sur lequel le Groupe s'est penché a été celui de la réforme des règles de l'arbitrage dont on parlait depuis une dizaine d'années sans avancer, malgré les nombreuses commissions réunies à cet effet et rapports établis.

Les travaux du Groupe ont permis d'élaborer et de finaliser un projet qui a été soutenu par le Barreau de Paris et la Conférence des Bâtonniers et présenté à la Chancellerie en avril 2010 par Thierry WICKERS, alors Président du Conseil national des barreaux.

Les suggestions faites et la rédaction proposée ont presque toutes été reprises dans le texte final du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

Le Groupe a mis au point un module de formation à l'arbitrage à l'intention des avocats, mis à la disposition des écoles d'avocats et des centres de formation.

Le Groupe a rédigé des modèles de clauses compromissoires, de compromis, d'actes de mission, de contrat d'arbitre, pour aider les avocats rédacteurs de contrats, arbitres ou conseils des parties dans un arbitrage.

Il a été établi un règlement- type d'arbitrage destiné aux barreaux souhaitant créer un centre d'arbitrage régional avec l'idée qu'il serait souhaitable d'uniformiser les pratiques, y compris entre les centres existants, pour rassurer les opérateurs.

Le Groupe, grâce à ses réflexions, a obtenu lors de la réforme des spécialisations que soit créée la spécialité *Droit de l'arbitrage*.

Il a été créé les cahiers de l'arbitrage dont la parution est prévue triennalement lors des Conventions nationales et dont le troisième numéro sort à l'occasion de la Convention de Bordeaux.

Les membres de l'équipe fondatrice ont fourni un travail énorme en participant assidûment à toutes les réunions, en établissant des rapports, en participant à des conférences sur l'arbitrage et en assurant des ateliers sur l'arbitrage lors des conventions nationales.

En 2014, il a été décidé de renouveler partiellement l'équipe en incitant une nouvelle génération et notamment des femmes spécialisées en arbitrage à rejoindre ce Groupe, sachant que les « anciens » restaient informés des travaux, seraient considérés comme conseils du Groupe et mobilisables en cas de besoin.

Ainsi que prévu les nouveaux membres, avocats et enseignants, ont eu de nouvelles idées et proposé de lancer de nouveaux chantiers.

Une plaquette sur les avantages de l'arbitrage a été éditée.

Il a été lancé en juin 2016 les premiers Etats Généraux de l'arbitrage sur le thème « Faites de l'arbitrage ».

Le Groupe a mis au point un atelier de formation en mettant au point un outil pédagogique assez innovant qui consiste en un film qui scénarise les phases d'une procédure arbitrale démontrant que l'arbitrage peut s'appliquer à des litiges de faible importance, dans des délais courts, avec un coût réduit et surtout qu'il est à la portée de tout avocat d'être conseil des parties ou arbitre.

Force est de constater que l'état des lieux fait il y a 10 ans n'a pas beaucoup changé, que l'arbitrage international a continué à progresser, que l'arbitrage interne a peu évolué, que la majorité des avocats continue à être réfractaire à l'arbitrage par méconnaissance de cette procédure et parti pris, que les écoles d'avocats n'ont pas encore imposé cette matière dans le cadre des enseignements et qu'il y a donc beaucoup à faire si l'on veut que ce marché de l'arbitrage interne qui se développera inévitablement devienne l'apanage de la profession, comme il l'est actuellement pour la représentation devant les tribunaux de Commerce.

Il reste beaucoup à faire au niveau de l'enseignement et de la formation continue.

Nous devons travailler sur l'arbitrage des petits litiges, l'arbitrage en ligne, la réduction des coûts...

Nous aurons à promouvoir la création de centres d'arbitrages régionaux et les assister.

Il faudra communiquer non seulement vers les avocats mais aussi vers les juristes d'entreprises, les Chambres de commerce et les syndicats professionnels, améliorer l'image de l'arbitrage et faire comprendre que ce mode de règlement des litiges est souvent plus adapté que la résolution judiciaire.

Quel programme pour les trois ans à venir !

---

# **L'ARBITRAGE, UNE PROCÉDURE ADAPTÉE AU CONTENTIEUX INTERNE**

Par Eléonore Caroit



# L'ARBITRAGE, UNE PROCÉDURE ADAPTÉE AU CONTENTIEUX INTERNE

Par **Eléonore Caroit**

**Avocat aux barreaux de Paris et de New York**

« Faites de l'arbitrage ! », tel était l'appel lancé par le Conseil national des barreaux à la profession lors des premiers « Etats généraux du droit de l'arbitrage » qui se sont tenus le 30 juin 2016 à Paris. L'organisation de cette conférence, qui aurait pu s'intituler « Osez l'arbitrage », ou encore « N'ayez pas peur de l'arbitrage », est partie d'un constat : de nombreux avocats hésitent encore à recourir à cette procédure, notamment en matière de contentieux interne.

En effet, si l'arbitrage international poursuit son essor en France, et notamment à Paris, où l'on célèbre au printemps 2017 la première « Paris Arbitration Week », il n'est pas possible d'en dire autant de l'arbitrage interne.

Presque sept ans après la publication du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, ce mode de règlement des différends demeure méconnu. Dans l'imaginaire collectif, l'arbitre possède un sifflet et distribue des cartons rouges. Même quand la procédure d'arbitrage est connue, elle continue de faire l'objet d'idées reçues et d'appréhensions. L'arbitrage est très souvent perçu, à tort, comme étant trop cher, trop compliqué, ou encore trop aléatoire. Par ailleurs, quelques malheureuses « affaires » très médiatisées, ont entamé la confiance des praticiens et des parties pour la matière.

L'une des principales idées reçues sur l'arbitrage est que cette forme de justice privée serait réservée aux contentieux dont les montants en jeu seraient les plus importants. L'arbitrage paraît inaccessible dans la mesure où les arbitres chargés de trancher le litige, et, sauf dans les arbitrages ad hoc, les institutions d'arbitrage, doivent être rémunérés. La question de l'accès à l'arbitrage fait d'ailleurs l'objet de nombreux débats et publications, et en particulier d'un colloque organisé en mai 2016 par le Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) intitulé « L'Arbitrage et la partie faible ».

Or l'arbitrage peut parfaitement s'adapter aux plus petits litiges, y compris dans des domaines aussi spécifiques que le droit du travail. Des modes de financement existent, qui permettent aux parties les plus faibles de recourir à l'arbitrage. Le développement au cours de ces dernières années, de plateformes en ligne qui proposent l'arbitrage pour résoudre des contentieux à faible valeur litigieuse, démontre à quel point l'arbitrage peut répondre à tous les besoins de nos clients en matière contentieuse.

## 1. L'arbitrage : un contentieux « sur-mesure »

L'arbitrage est en effet un mode de résolution des conflits qui se caractérise par sa souplesse et sa flexibilité. En consentant à l'arbitrage, les parties se donnent la possibilité de définir une procédure « sur-mesure », adaptée à leur dispute. Elles sont ainsi libres de choisir les règles procédurales qui correspondent le mieux à leur situation particulière, dans le respect des principes directeurs du procès.

---

Les parties peuvent par exemple fixer des délais très courts pour le déroulement de la procédure. Elles peuvent décider du nombre et du contenu des écritures qui seront échangées, des modes d'administration de la preuve, de la tenue ou non d'audiences. Tous ces choix procéduraux ont une incidence réelle sur la durée, et donc sur le coût total de l'arbitrage.

L'arbitrage permet aux avocats de faire preuve de créativité pour trouver des solutions originales adaptées aux intérêts en jeu. L'influence de l'arbitrage international sur l'arbitrage interne facilite une « importation » de règles de procédure issues d'autres systèmes juridiques avec pour conséquence une diversification de la procédure en matière d'arbitrage.

## 2. Des arbitres aux compétences techniques

---

L'un des principaux avantages de l'arbitrage est qu'il permet aux parties de nommer les arbitres de leur choix (sous réserve des dispositions de l'article 1450 du CPC). Les parties peuvent donc désigner des arbitres possédant les compétences nécessaires pour trancher efficacement leur litige. Les arbitres peuvent être choisis pour leur expertise technique, leur connaissance d'un certain secteur d'activité, ou encore leurs connaissances juridiques et leur expérience en matière d'arbitrage. Les profils des membres d'un même tribunal arbitral sont d'ailleurs parfois complémentaires. La nomination des arbitres est perçue comme un gage de sécurité juridique. En choisissant un spécialiste, nos clients ont parfois le sentiment que les enjeux techniques de leur litige seront examinés et compris.

L'arbitrage offre ainsi de nombreuses opportunités pour notre profession, car l'avocat peut intervenir en tant que conseil de son client, mais également en qualité d'arbitre ou encore d'expert nommé par les parties.

## 3. Une procédure rapide

---

La flexibilité offerte par la procédure arbitrale est aussi un gage de célérité. Comme indiqué précédemment, les parties peuvent s'affranchir de nombreuses étapes de la procédure. Elles peuvent même opter, si le litige le justifie, pour une procédure simplifiée ou accélérée. Cela est d'ailleurs expressément prévu dans les règlements de nombreuses institutions d'arbitrage.

Par ailleurs, quel que soit le montant en jeu, les arbitres tout comme les parties sont soumis à une obligation de célérité (art. 1464 al. 3).

Enfin, l'absence d'appel (sauf volonté contraire des parties conformément à l'article 1489 du CPC) permet un gain de temps considérable par rapport au contentieux « classique » devant les juridictions étatiques.

## 4. Des coûts maîtrisés et anticipés

---

L'arbitrage est une procédure payante, entièrement financée par les parties au litige. Elle est donc en théorie plus onéreuse que les procédures initiées devant le juge étatique.

Or dans les faits – et contrairement aux idées reçues – l'arbitrage est souvent moins cher que le contentieux judiciaire. En effet, les parties à un arbitrage peuvent maîtriser les coûts en optant pour une procédure efficace et rapide.

En quelques mois une décision définitive peut être rendue par un tribunal arbitral. Alors que le délai moyen d'une procédure d'arbitrage est de moins d'un an, celui des procédures judiciaires peut s'étendre sur plusieurs années du fait de l'encombrement des juridictions et des délais d'appel. La principale source de dépense des parties à un contentieux étant la rémunération de leurs avocats, il est évident qu'un arbitrage rapide coûtera moins cher aux parties qu'un contentieux s'étalant sur plusieurs années. L'absence d'appel en arbitrage a donc un impact considérable sur les coûts de la procédure, en réduisant le montant total des honoraires et des frais des avocats.

Par ailleurs, le coût de l'arbitrage est prévisible : les frais de gestion des centres d'arbitrage sont souvent limités et fixés par des grilles tarifaires connues des parties. De plus, ces frais de gestion ainsi que les honoraires des arbitres sont généralement proportionnels à la valeur du litige.

Enfin, les coûts de l'arbitrage sont en principe avancés par toutes les parties au litige. En cas de demandes abusives ou visant à entraver la procédure à l'aide de manœuvres dilatoires (la rendant par ailleurs plus coûteuse), le tribunal arbitral peut pénaliser la partie à l'origine de ces demandes.

## 5. Une procédure qui peut être confidentielle

Finalement, l'un des avantages historiques de l'arbitrage est la confidentialité dont bénéficient les parties.

Les parties sont libres d'opter pour une procédure confidentielle, ce qui leur permet de préserver, le cas échéant, de bonnes relations commerciales. Dès lors l'objet du litige, les écritures des parties et les actes de procédure, les documents communiqués, les éventuels témoignages et rapports d'experts, les décisions intermédiaires et les ordonnances de procédure ne peuvent être divulgués. Ceci permet aussi de préserver la réputation des parties, et facilite le règlement de différends portant sur des sujets sensibles dans des secteurs concurrentiels.

La confidentialité n'a pas de caractère obligatoire. Les parties peuvent définir et varier le degré de confidentialité adapté à leurs attentes et à la nature du litige.



Si certaines idées reçues semblent encore freiner le développement de l'arbitrage en matière de contentieux interne, l'on peut espérer que cette situation évolue rapidement.

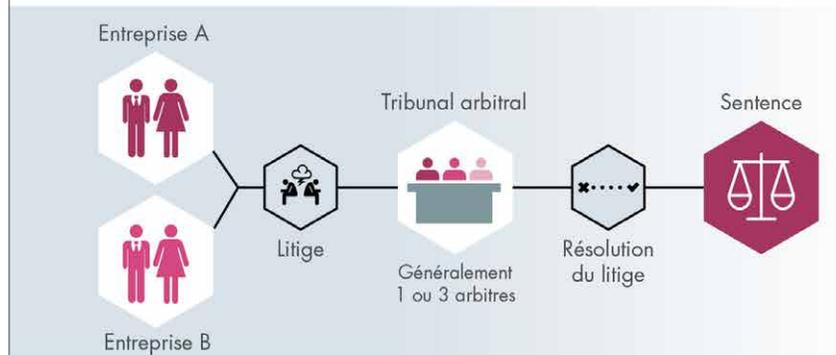
Depuis une dizaine d'année, des cours et masters spécialisés en arbitrage se développent dans nombre de facultés françaises. De nombreux confrères obtiennent chaque année la spécialisation « arbitrage » proposée par le Conseil national des barreaux. Des universités organisent des concours d'arbitrage en français et envoient des délégations d'étudiants, de mieux en mieux préparés, aux concours organisés au niveau international. Tout ceci démontre l'intérêt croissant que portent les jeunes confrères pour ce mode de règlement des différends.

Il est donc nécessaire de repenser l'arbitrage, de créer de nouvelles opportunités pour cette procédure qui se caractérise par sa très grande flexibilité. Osons exporter l'arbitrage hors de Paris, place consacrée. Osons aussi l'arbitrage pour les petits litiges, ainsi que pour les litiges « franco-français ». En d'autres termes, démocratisons l'arbitrage ! Il en va de sa légitimité.

# L'ARBITRAGE :

## UNE PROCÉDURE SOUPLE ET EFFICACE POUR RÉSOLVRE LES LITIGES

L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des différends qui consiste à soumettre le règlement d'un litige à un ou plusieurs arbitres que les parties investissent de la mission de juger en droit ou en amiable composition. Le tribunal arbitral rend une décision, appelée sentence, qui s'impose aux parties et met fin au litige. La sentence arbitrale est l'équivalente d'un jugement.



Le recours à l'arbitrage est prévu par une convention d'arbitrage avant ou après la naissance d'un litige.

### L'AVOCAT EST AU CŒUR DE L'ARBITRAGE :

- ▶ Comme prescripteur en tant que rédacteur d'actes
- ▶ Comme conseil en tant que plaideur et gestionnaire de la procédure d'arbitrage
- ▶ Comme arbitre en tant qu'expert de la résolution des conflits



# LA GESTION DU TEMPS

L'arbitrage permet de réduire la durée globale de règlement du litige, comparé au contentieux étatique :

- ▶ Une durée prévisible et fixée en amont par les parties et les arbitres
- ▶ Une procédure en principe sans appel, sauf convention contraire en arbitrage interne
- ▶ Un recours en annulation limité à des cas stricts prévus par la loi
- ▶ Une exécution des sentences facilitée

L'arbitre et/ou l'institution d'arbitrage ont la faculté de limiter les éventuelles manœuvres dilatoires des parties et le référé reste possible avant l'arbitrage

## CERTAINS CRITÈRES DANS LE CHOIX DU TRIBUNAL ARBITRAL PEUVENT PERMETTRE UNE RÉOLUTION PLUS RAPIDE DU LITIGE



La disponibilité des arbitres connue en amont qui permet de fixer à l'avance le calendrier



Le niveau d'expertise du tribunal arbitral sur l'objet de la procédure et les questions juridiques



Le niveau d'expertise du tribunal arbitral sur les questions techniques et le secteur économique



# LA MAÎTRISE DES COÛTS

La maîtrise des coûts de l'arbitrage est étroitement liée à la flexibilité de l'arbitrage et aux modalités choisies. En faisant des choix procéduraux adaptés à leur différend, qui évitent les aléas d'un contentieux judiciaire, les parties peuvent en limiter les coûts.

## LA FIXATION DES HONORAIRES DES AVOCATS SUIT LES MÊMES RÈGLES QU'EN MATIÈRE JUDICIAIRE

Les frais de gestion  
des institutions  
d'arbitrage  
et les honoraires  
des arbitres  
sont prévisibles  
et budgétés

La fixation  
des honoraires  
des avocats suit  
les mêmes règles  
qu'en matière  
judiciaire.

L'expertise du tribunal  
et les voies de recours  
limitées permettent  
de réduire le montant  
total des coûts  
de procédure



Les coûts réels  
de l'arbitrage sont  
mis à la charge  
de la partie  
qui succombe



# LA FLEXIBILITE

L'arbitrage est une procédure sur-mesure. Les parties constituent un tribunal indépendant et adapté à leur litige, qui conduit la procédure avec impartialité et diligence, et conviennent des modalités procédurales dans le respect des principes d'ordre public, notamment des droits de la défense.

## LES PARTIES SONT NOTAMMENT LIBRES DE :



Fixer  
le calendrier



Choisir le nombre  
d'arbitres  
et les nommer



Choisir le droit  
ou l'amiable  
composition ainsi  
que les règles  
de gestion de la  
preuve



Décider du poids  
de l'écrit et de  
l'oral (gérer le  
nombre d'échanges  
écrits, leur volume,  
ou la durée des  
audiences)

La faculté qu'ont les parties de contrôler la procédure augmente leur **confiance** en la justice et favorise **l'exécution volontaire** des décisions rendues par les tribunaux arbitraux.





# LA CONFIDENTIALITÉ

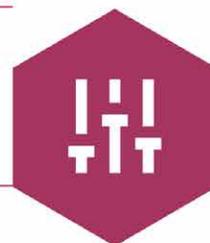
La confidentialité est l'un des avantages principaux de l'arbitrage.

Le caractère confidentiel de la procédure et de l'existence même d'un litige favorise la résolution de différends portant sur des sujets sensibles dans des secteurs très concurrentiels.



La confidentialité de l'arbitrage est garantie par la loi en arbitrage interne sans pour autant empêcher l'exécution de la sentence.

Les parties sont libres de définir le degré de confidentialité et les personnes qui y sont tenues.



L'arbitrage n'est pas une procédure opaque, elle peut être contrôlée par le juge judiciaire.



---

# LA NOUVELLE CONVENTION D'ARBITRAGE

Par Malo Depincé



# LA NOUVELLE CONVENTION D'ARBITRAGE

Par Malo Depincé

Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier  
Avocat

Ce titre (« *la nouvelle convention* d'arbitrage ») pourrait laisser entendre à une convention unique, un acte type imposé à tous et dont on ne saurait s'écarter. Il est bien évident pourtant que les conventions d'arbitrages sont diverses, par principe adaptées aux litiges que leur mise en œuvre est censée régler. Les conventions d'arbitrages sont en réalité multiples et variées, à la fois parce qu'elles doivent s'adapter aux exigences et aux contraintes des parties et parce qu'il convient également de distinguer la clause compromissoire du compromis d'arbitrage selon une différenciation classique. Il existe en revanche un « modèle » de la convention d'arbitrage, un cadre commun qui satisfait aux exigences légales pour le contentieux de droit privé. C'est ce modèle<sup>1</sup> qui aujourd'hui se trouve « renouvelé » par la loi *Justice du XXI<sup>e</sup> siècle*<sup>2</sup> dans un sens favorable à la promotion de l'arbitrage interne. C'est ce renouvelé que nous étudierons dans cette courte présentation, pour en envisager à la fois les conditions posées (1) et les opportunités qu'il offre (2).

## 1. De nouvelles conditions

Soucieux de respecter une présentation chronologique (dans le cheminement du litige) et si possible pédagogique, pour évoquer les deux types de conventions d'arbitrage on commencera par la clause compromissoire avant d'envisager le compromis d'arbitrage.

La clause compromissoire est « *la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats* »<sup>3</sup>. Qu'apporte la réforme de 2016 sur ce point ? Un important assouplissement des conditions de la reconnaissance de ces conventions. Car si les droits indisponibles demeurent hors le champ du recours à l'arbitrage, la condition de fond essentielle de la reconnaissance de la convention est désormais ainsi formulée à l'article 2061 du Code civil en son second alinéa « *Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelles, la clause ne peut lui être opposée* ». La clause n'est plus dès lors réservée aux seuls contrats conclus entre professionnels comme auparavant. De sorte qu'avec la réforme la clause compromissoire est non seulement par principe admise, mais encore quand bien même aurait-elle été acceptée à la conclusion de la relation contractuelle par une personne agissant hors le cadre de son activité professionnelle, elle demeure valide : elle est seulement inopposable à la partie non professionnelle. Il faut y voir une évolution législative considérable quant à la considération du recours à l'arbitrage. Celui-ci n'est plus un danger absolu, qui nécessitait par conséquent une interdiction de principe [justifiant que la partie faible était protégée par la seule sanction de la nullité]. La partie faible dispose désormais d'un choix : même si elle n'a pas contracté dans le cadre d'une activité professionnelle, il lui appartient dorénavant

1. Pour des modèles de clauses et des explications plus détaillées, voir en annexe les modèles repris du précédent cahier de l'arbitrage du CNB toujours à la disposition des avocats sur le Site Internet de l'institution.

2. Loi du 18 novembre 2016.

3. Code de procédure civile, article 1442.

---

de choisir entre le recours à l'arbitrage et la préférence pour le recours au juge étatique. Ce choix s'opère à la survenance du litige, ce qui peut lui permettre d'exercer son droit d'option en meilleure connaissance de cause. Les implications de cette évolution sont importantes s'agissant du champ du recours à l'arbitrage. On pense, en droit interne, à un développement du contentieux pour le droit du travail bien entendu<sup>4</sup> mais également du droit de la consommation. Bien au-delà, on peut encore envisager le recours à l'arbitrage dans un strict rapport entre non-professionnels (par exemple, pour une vente entre particuliers sur Internet<sup>5</sup>), ou pour tous les actes de la vie civile (en droit patrimonial de la famille, dans les contrats de baux ou d'assurance etc.), sous la condition bien évidemment que la (les) partie(s) protégée(s) l'aient accepté. Cette condition d'acceptation (qui en matière contractuelle semble sinon une redondance avec les dispositions du droit des contrats, sinon une évidence) affirme en réalité le droit des parties de recourir à l'arbitrage, c'est la liberté contractuelle qui est ici confortée (sous réserve de l'option protectrice laissée au non-professionnel).

Le compromis d'arbitrage vise lui l'hypothèse d'un conflit déjà né, dont les contours sont d'ores-et-déjà connus des parties, pour lequel ces dernières conviennent (pour celui-ci) de recourir à une procédure arbitrale<sup>6</sup>. Sans doute moins fréquent que la clause compromissoire, avec la réforme précitée il risque de l'être encore moins si le recours à la clause compromissoire se développe comme y incitent les nouvelles dispositions législatives. Le compromis est soumis aux mêmes conditions que la clause compromissoire mais requiert en outre et en toute logique que les parties définissent dans celui-ci « l'objet du litige »<sup>7</sup> (ce qui permet d'ailleurs de le distinguer d'une clause compromissoire qui vise elle tout litige).

On ajoutera pour conclure sur ce premier point, s'agissant de condition de forme « ad probationem » que le compromis comme la clause compromissoire doivent être stipulés par écrit, fut-ce comme le prévoit le Code civil, un écrit électronique.

## 2. Pour de nouvelles opportunités

---

Une telle évolution se veut un outil d'encouragement au recours à l'arbitrage : laissant aux parties faibles une option (chacune ayant la possibilité d'accepter d'y recourir ou non), elle se refuse à toute prohibition de principe (la nullité) qui *de facto* interdisait le recours à l'arbitrage. La liberté contractuelle ne peut en effet être entendue que comme un moyen de s'assurer des privilèges sur son cocontractant. Elle est aussi une liberté de lui accorder des droits. Dans la rédaction d'une clause compromissoire (notamment dans les modèles proposés), il est tout à fait envisageable de mettre en place des procédures arbitrales paradoxalement plus protectrices de la partie faible (notamment pour lui donner confiance et l'inciter à contracter) que la procédure étatique (dont l'une des missions régaliennes est également de protéger)<sup>8</sup>. Ainsi par exemple, le recours à l'arbitrage peut protéger le faible en limitant les coûts ou en garantissant une procédure plus rapide dans

---

4. Comme cela a pu se réaliser dans le cadre du contentieux international du droit du travail.

5. En vertu par exemple d'un modèle de convention présentée par le site aux parties et qui contiendrait une clause compromissoire.

6. Code de procédure civile, article 1442 alinéa 3.

7. Code de procédure civile, article 1445.

8. On rappellera en ce qui concerne le contentieux de la consommation les dispositions de l'article R. 212-10 du Code de la consommation qui qualifient la clause compromissoire dans un contrat relevant d'une relation entre un consommateur ou un non-professionnel d'une part et un professionnel d'autre part de « clause abusive ». Si une lecture trop rapide pourrait laisser croire à une prohibition des clauses compromissoires dans les contrats de consommation par la réglementation des clauses abusives qui leur refuserait toute existence (celles-ci étant réputées « non-écrites »), la réalité est tout autre. La présomption d'abus qui pèse sur une clause compromissoire dans un contrat de consommation est une présomption simple qui peut être renversée. Encore une fois c'est une incitation faite au professionnel, rédacteur du contrat, de proposer des solutions arbitrales qui loin de constituer un déséquilibre significatif « au détriment du consommateur ou du non-professionnel » lui sont sinon favorables, à tout le moins indifférentes.

des situations d'urgence où une réponse au fond est néanmoins nécessaire, en sélectionnant des arbitres experts de la question posée etc.

Avec la réforme, le recours à la procédure arbitrale revêt donc un plus grand intérêt : elle ne saurait être cantonnée aux grands enjeux, à ces images d'Épinal caricature des procédures arbitrales. Si auparavant la sanction d'une clause contraire au principe d'exclusivité de l'intervention de l'arbitre aux relations entre professionnels était, comme exposé précédemment, la nullité (avec d'inévitables ambiguïtés dans la qualification du professionnel), le choix laissé aujourd'hui à celui qui conclut une telle convention hors son activité professionnelle doit être compris comme une protection, une option à l'avantage de celui-ci (option qui n'est reconnue qu'à lui, qui exerce hors le cadre d'une activité professionnelle, excluant donc les autres contractants). À la survenance du litige, lorsque l'objet de celui-ci peut être déterminé, il lui est octroyé le droit d'opter en fonction de ses intérêts pour la procédure judiciaire ou arbitrale. En d'autres termes la réforme consiste à suggérer aux praticiens rédacteurs de clauses compromissaires de proposer des solutions encore plus protectrices des parties faibles. Si la rédaction d'une clause devait ne pas garantir cette protection exclusive, la partie faible conserverait néanmoins son privilège de préférer recourir aux procédures ordinaires (qui n'est pas reconnue à la partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle).

---

# **LA CIRCULATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE**

Par Maximin de Fontmichel  
et Maria Beatriz Burghetto



# LA CIRCULATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Par Maximin de Fontmichel,

Maître de conférences en droit privé, Vice-Doyen de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, faculté de droit et de science politique

Et Maria Beatriz Burghetto

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

## 1. Transmission et extension à des tiers non-signataires

### PRINCIPE

Seuls peuvent être parties à l'arbitrage les signataires de la convention d'arbitrage (source contractuelle de l'arbitrage). Cependant, le principe d'efficacité du droit de l'arbitrage visant à traiter le différend dans sa totalité a inspiré la jurisprudence à accepter le rayonnement de la convention d'arbitrage pour faciliter la mise en place de l'instance arbitrale.

### TRANSMISSION

La convention d'arbitrage est transmise à des ayants cause (non signataires), c'est-à-dire des sujets qui reçoivent des droits déjà nés et qui leur sont transmis en l'état (E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 2002 n°157 p. 7).

### EXTENSION

Elle implique des non signataires qui sont des « contractants médiats », c'est-à-dire des personnes qui se trouvent liées d'une manière ou d'une autre à l'opération contractuelle qui entre dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. (B. Oppetit, « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.* 1988 p. 553).

En somme, par la transmission, on va substituer un débiteur à un autre ; par l'extension, on ajoute un débiteur à un autre. Aujourd'hui, la jurisprudence française est favorable à la circulation de l'obligation de recourir à l'arbitrage. (N.B. : les affaires citées ci-dessous incluent des affaires d'arbitrage interne et international, sans distinction, puisqu'en principe, les solutions jurisprudentielles s'appliquent tant aux affaires d'arbitrage interne qu'international).

## 2. Cas de transmission de la convention d'arbitrage

### PRINCIPE

Transmission automatique de la clause compromissoire avec le contrat principal qui la contient : arrêt *ABS* ou *Amkor* (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, *ABS*, *Rev. arb.*, 2007.785, note J. El Ahdab ; *D.*, 2007.2077, note S. Bollée ; *JDI*, 2007.968, note C.

---

Legros ; *Gaz. Pal.*, 21-22 nov. 2007 (*Les cahiers de l'arbitrage 2007/3*), p. 6, note F.-X. Train ; *D.*, 2008, pan. p. 184, obs. Th. Clay). Confirmation législative en arbitrage interne par la nouvelle version de l'article 2061 Code civil.

## 1/ Les cas de transmission stricto sensu

*(Exception : Clause compromissoire transmise à un non professionnel, type consommateur – conf. nouvel article 2061 C. civ.)*

### CESSION DE CONTRATS ET DE CRÉANCES

---

La convention d'arbitrage continue de s'appliquer aux litiges qui pourraient naître, postérieurement au transfert, entre le cédant et le cédé (Cass. civ. 2e, 20 décembre 2001 (n° 00-10.806)).

### SUBROGATION

---

Concernant la victime qui intente une action directe contre l'assuré, la clause compromissoire lui est inopposable pour la majorité des auteurs, le droit de la victime naissant au jour de l'accident -droit propre et autonome (Paris, 13 novembre 1992, *Société Casco Nobel France c/ Sico inc. et Kansa - Rev. arb.*, 1993.632).

### SUBSTITUTION DANS LES DROITS DE L'UN DES CONTRACTANTS

---

- **Substitution de mandataire :** Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 février 2000, *Taurus Films* (*Rev. arb.*, 2000.280, note P.-Y. Gautier ; *Defrénois*, 2000.37 188, note Ph. Delebecque).
- **Chaîne homogène ou hétérogène de contrats translatifs de propriété :** Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, *Alcatel Business System (affaire ABS précitée)* et Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2014, *Assystem c/ Axa* (*Cah. arb.*, 2015. 71, note Th. Tomasi).

## 2/ Les variantes

### LA STIPULATION POUR AUTRUI

---

Principe : La clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et donc contre la société bénéficiaire de la garantie de passif (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 2006 (JCP G, 15.11.2006, n.° 49, II 10183, p. 2120 note C. Legros ; RTD com., 2006.773, note E. Loquin ; voir généralement sur cette question Ch. Larroumet, "Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage", *Rev. arb.*, 2005. 903).

### FIDUCIE / TRUST

---

Transmission à un Etat de la clause compromissoire signée au préalable par un trust créé par ledit Etat pour s'occuper d'un projet, où l'Etat, parallèlement et après la disparition de ce trust, avait continué de s'impliquer dans l'exécution du contrat et s'était comporté, depuis les négociations précontractuelles comme si le contrat était le sien, confirmant ainsi que la création du trust était purement formelle, et qu'il était la véritable partie à l'opération économique (Paris, 17 février 2011, *Dallah - Clunet* 2011. 395, note I. Michou ; Paris Journ. intern. arb. 2011. 433, note G. Cuniberti ; LPA 2011, n° 225-226, note L.-C. Delanoy ; *Gaz. Pal.*, 15-17 mai 2011, p. 16, obs. D. Bensaude).

### LIQUIDATEUR JUDICIAIRE

Principe : clause compromissoire opposable en cas de continuation du contrat par le liquidateur (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1 avril 2015 (n°14-14.552)) ; Exception : lorsque l'action du liquidateur est portée dans l'intérêt collectif des créanciers (Cass. com., 17 novembre 2015 (n°14-16012)) (N.B. : dans cette affaire, le liquidateur demandait la nullité d'un acte sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 2° du Code de commerce, au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, et non en se substituant au débiteur).

## 3. Cas d'extension de la convention d'arbitrage

### EXTENSION AUX SOCIÉTÉS D'UN MÊME GROUPE

Principe : Un groupe de sociétés possède, en dépit de la personnalité juridique distincte appartenant à chacune de celles-ci, une réalité économique unique dont le tribunal doit tenir compte lorsqu'il statue sur sa propre compétence en application du règlement de la CCI. En particulier, la clause compromissoire, expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent, selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant des véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées au premier chef par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler (Sentence CCI, 23 septembre 1982, *Dow Chemical* - Rev. arb., 1984.137) (principe confirmé par la jurisprudence française : voir Pau, 26 novembre 1986, *Sponsors AB c/ Lestrade* - Rev. arb., 1988 p. 153 note A. Chapelle).

Ce principe s'applique seulement à des sociétés qui intègrent un même groupe (soit, qui ont une société mère et sont soumises entre elles à des rapports d'autorité ou de dépendance) (Lyon, 15 octobre 2013, *Amplitude c/ Iakovoglou Promodos et Cie* - Cah. arb., 2013.1112).

### EXTENSION EN CAS D'UTILISATION DE SOCIÉTÉS-ÉCRANS ET PERSONNES MORALES INTERPOSÉES

- **Personnes physiques** : En cas de fraude destinée à dissimuler le véritable contractant, la clause compromissoire engage la personne physique qui exerçait personnellement le commerce sous couvert d'une société (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, *Orri c/ Société des lubrifiants Elf Aquitaine* - Rev. arb., 1992.73, note D. Cohen) ; la clause compromissoire engage également les personnes physiques qui se sont comportées comme des véritables actionnaires de la société dont les statuts comportent la clause compromissoire, compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement et la liquidation de cette dernière, à l'occasion de laquelle elles ont agi sous le couvert d'une fondation (Paris, 22 mai 2008, *Abela* - Rev. arb., 2008.730, note F.-X. Train), (conf. par Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 2010, *Abela* - Rev. arb., 2010.813, note F.-X. Train).
- **Etat** : voir *Fiducie/trust* (Paris, 17 février 2011, *Dallah* - Rev. arb., 2012.370, note F.-X. Train ; LPA, 11 nov. 2011. 7, note L.-Ch. Delanoy).

### NOUVELLE HYPOTHÈSE D'EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

La société cible d'un contrat de cession peut invoquer la clause compromissoire incluse dans ledit contrat au soutien d'une exception d'incompétence des juridictions étatiques (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 octobre 2012, *M. Vincent Martin c/ Société*

---

*JAB et Véolia* - Cah. arb., 2013.117, note A. Pinna ; D., 2012.2995, obs. Th. Clay, Gaz. Pal., 6 janv. 2013, p. 18, note D. Bensaude].

### **EXTENSION AUX TIERS IMPLIQUÉS DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT CONTENANT LA CLAUSE COMPROMISSOIRE**

Extension aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités, font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant [Paris, 30 novembre 1988, *Société Korsnas Marma* ; Paris, 14 février 1989, *Société Ofer c/ The Tokyo Marine and Fire insurance* - Rev. arb., 1989.691, note P.-Y Tschanz] ; voir aussi Cass civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, *ABS c/ Société Amkor* - Rev. arb., 2007. 786 ; D., 2007.2077, note S. Bollée ; JDI, 2007.968, note C. Legros ; LPA, 2007, n° 192, p. 12, note F. Parsy ; RTD com., 2007.677, obs. E. Loquin ; D., 2008, pan. 184, obs. Th. Clay ; JCP G, 2007. II. 10118, note C. Golhen ; D., 2007. 2077, note S. Bollée ; Contrats, conc. cons., 2007.166, note L. Leveneur ; JCP G, 2007. I. 168, § 11, obs. C. Seraglini ; JCP G, 2007. I. 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; LPA, 2007, n° 160, p. 23, note A. Malan ; Gaz. Pal., Cah. arb., 2007/3, 21-22 nov. 2007, p. 6, note F.-X. Train ; D., 2007, AJ 1086, obs. X. Delpech].

### **EXTENSION DE LA CLAUSE DANS L'HYPOTHÈSE DE SUBSTITUTION D'UN NOUVEAU SOUS-TRAITANT PAR LE SOUS-TRAITANT ORIGINEL**

L'effet de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat initial s'étend au sous-traitant qui en a eu connaissance lors de la signature de son contrat et qui est directement impliqué dans l'exécution du premier contrat (confirmant la solution adoptée précédemment par la Cour d'appel de Paris [CA Paris, pôle 1, ch. 1, 5 mai 2011] [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 octobre 2011 - Cah. arb., 2013.63, note S. Bonnard]

(N.B. : en l'espèce, le contrat liant l'entrepreneur principal au sous-traitant contenait une stipulation selon laquelle les parties accordaient « d'être liées par les mêmes dispositions contractuelles que celles convenues dans [le contrat principal] ». Cet arrêt peut par conséquent être vu également comme une simple application du principe de force obligatoire des contrats par rapport au sous-traitant qui avait été négligeant en signant le contrat sans vérifier les « dispositions contractuelles du contrat principal ». – voir commentaire d'E. Leite et B. Nadjarian : [http://larevue.squirepattonboggs.com/Effet-de-la-clause-d-arbitrage-sur-le-contrat-de-sous-traitance\\_a1577.html](http://larevue.squirepattonboggs.com/Effet-de-la-clause-d-arbitrage-sur-le-contrat-de-sous-traitance_a1577.html)).

### **CLAUSE D'ARBITRAGE CONFIDENTIELLE**

Inapplicable au tiers impliqué dans l'exécution du contrat, qui ne pouvait en avoir connaissance (Paris, 23 octobre 2012, *Cubana de Aviacion c/Soleil de Cuba* - Cah. arb., 2012.994).

### **APPLICATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE À LA CAUTION**

La caution, qui est étrangère à la convention principale ne saurait se voir opposer la clause attributive de juridiction qu'elle contient et dont il n'est nullement démontré qu'elle l'a accepté (Versailles, 14 janvier 1999 - inédit, cité in J.-B. Racine, « arbitrage et cautionnement », Cah. arb., 2010.533] ; également, la clause compromissoire est sans application à un litige né de l'inexécution de l'obligation de garantie souscrite au profit des prêteurs qui n'étaient ni parties, ni représentés à l'acte, dans lequel un des contractants s'était seulement porté fort de leur accord [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1992 - Rev. arb., 1993.611].



---

# **L'ARBITRE, JUGE NATUREL DU PROFESSIONNEL LIBÉRAL**

Par Pierre Lafont



# L'ARBITRE, JUGE NATUREL DU PROFESSIONNEL LIBÉRAL

Par Pierre Lafont,

**Avocat**

**Membre du Conseil national des barreaux**

**Ancien vice-président de l'UNAPL**

**Membre du Conseil économique social et environnemental**

L'extension en 2001 du champ d'application de la clause compromissoire à l'ensemble des activités professionnelle avait ouvert aux professions libérales une nouvelle solution de résolution de leurs conflits. Désormais elles pouvaient avoir recours à l'arbitrage prévu d'emblée par voie de clause compromissoire dont elles étaient exclues auparavant (sauf à convenir d'un compromis) en tant que ces professions, pour la plupart d'entre elles, sont de nature civile. Très récemment, la nouvelle rédaction de l'article 2061 du code civil issue de la loi modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a amplifié l'extension du champ d'application de la clause. Certaines professions libérales connaissent depuis longtemps « l'arbitrage ordinal ». Les avocats bénéficient de l'arbitrage du bâtonnier (ou « juridiction du Bâtonnier » selon la dénomination du Barreau de Paris) auquel sont soumis, si la médiation n'a pas abouti, les litiges relatifs à l'exercice en groupe, les litiges nés du contrat de travail de l'avocat salarié, ainsi que ceux nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale. Et dès 1990, l'arbitrage faisait son entrée dans le droit des sociétés d'exercice libéral alors même que leur objet était civil. C'est dire que le législateur avait déjà pris en compte les particularités de certaines professions.

## Un arbitre informé de l'environnement juridique du professionnel libéral

Les conditions dans lesquelles intervient l'arbitre lorsque l'arbitrage concerne les professions libérales le conduisent à prendre en compte ces mêmes particularités. Il s'agit bien sûr de l'environnement juridique, et particulièrement de l'environnement ordinal pour les professions réglementées pourvues d'un ordre professionnel. Mais plus largement, c'est l'ensemble du cadre juridique dans lequel évolue le professionnel libéral qui est en cause. Ce cadre juridique est spécifique, il colore nécessairement les litiges auquel les professionnels libéraux peuvent être confrontés, particulièrement lorsqu'il s'agit de litiges opposant les professionnels entre eux. L'arbitrage leur offre alors la possibilité de voir leur différend tranché par des arbitres qui n'ignorent rien des spécificités de leur profession. Celles-ci sont généralement nombreuses. Elles concernent bien sûr la réglementation de l'exercice professionnel. Elles régissent aussi son statut et les modes d'exercices professionnels en association ou en société. L'émergence de sociétés interprofessionnelles, au sein desquelles auront à se combiner plusieurs corpus déontologiques, renforce évidemment l'importance d'être jugé par des arbitres, eux-mêmes professionnels libéraux, et spécialistes des matières considérées que les magistrats des juridictions étatiques ne maîtrisent pas nécessairement.

---

## Le professionnel libéral doit protéger son secret professionnel jusque dans le règlement de ses propres litiges

---

Mais surtout, c'est le secret professionnel que le professionnel libéral peut protéger en soumettant son litige au juge arbitral. Le bâtonnier Philippe LAFARGE l'avait parfaitement anticipé lorsqu'il pointait, dès 1996, à quel point il est difficile pour les professionnels libéraux, médecins, experts-comptables, ou avocats par exemple, d'exposer leurs litiges devant les tribunaux de la ville où ils exercent. Or tous les conflits ne sont pas déontologiques et ne trouvent pas nécessairement leurs solutions dans l'enceinte ordinale, protectrice par nature du secret professionnel. La confidentialité de l'arbitrage est donc indispensable à la préservation du secret professionnel. Pour reprendre l'expression du bâtonnier LAFARGE, l'arbitrage devient le « mode naturel » de règlement des conflits pour un professionnel libéral.

Certes la plupart des codes déontologiques prévoient l'obligation des professionnels de tenter de régler leurs différends par la médiation. Mais force est de reconnaître que ces processus de médiation ordinale peinent souvent à offrir une solution définitive aux parties, qui sont ensuite conduites à se tourner vers les juridictions. Or de plus en plus fréquemment le contexte économique rend insupportables les délais dans lesquels ces juridictions vont statuer, et bien sûr davantage encore les délais de recours sur les décisions qu'elles rendront. Ici, outre la confidentialité, l'arbitrage apporte la réponse de la célérité, et l'avantage économique de cette célérité compense souvent le coût de rémunération des arbitres.

Le choix de l'arbitre est évidemment la question centrale, et cette question peut trouver sa réponse dès la rédaction de la clause compromissoire. En effet, il sera possible pour les parties d'intégrer dans cette clause la désignation de la chambre d'arbitrage qu'ils ont d'ores et déjà choisie pour régler leurs différends éventuels. A l'initiative de l'UNAPL, il existe maintenant d'ailleurs une chambre d'arbitrage spécialisée pour résoudre les différends que rencontrent les professionnels libéraux, le Centre de Conciliation et d'Arbitrage des Professions Libérales. Il n'est pas surprenant que la création toute récente de ce Centre coïncide avec la consécration et le développement non seulement de l'interprofessionnalité notamment par la création de Sociétés Interprofessionnelles de Soins Ambulatoires (SISA), mais aussi la pluri-professionnalité par la création des Sociétés Pluriprofessionnelles d'Exercice (SPE), et l'ouverture du capital des Sociétés de Participations Financières de Professions Libérales (SPFPL). Déjà plus ancien mais aussi plus dédié à la profession d'avocats, le Centre de Règlement des Litiges Professionnels - CRLP - créé en 2013 à l'initiative du Barreau de Paris dont il est toutefois indépendant, a vocation à organiser et administrer les arbitrages et médiations entre avocats français mais aussi étrangers ainsi qu'entre avocats et autres professionnels réglementés. Le CRLP met à la disposition des parties à cet effet un règlement d'arbitrage et un règlement de médiation ainsi qu'une charte d'éthique. L'émergence de ces nouveaux outils souligne combien l'activité libérale requiert des solutions appropriées pour organiser son exercice. Il ne peut qu'en être de même pour ce qui concerne le règlement des litiges auxquels cette activité peut se trouver confrontée : l'arbitrage apporte cette solution.



---

# L'ARBITRAGE DES CONFLITS DU TRAVAIL

Par Thomas Clay



# L'ARBITRAGE DES CONFLITS DU TRAVAIL

Par Thomas Clay,

Agrégé des Facultés de droit

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

Vice-président du Centre National d'Arbitrage du Travail

1. L'arbitrage et le droit du travail ? Sans doute les deux territoires juridiques parmi les plus jaloux de leur souveraineté, deux « fortes têtes » qui croient l'une et l'autre détenir la vérité et réfractaires à tout empiètement conçu comme une remise en cause de leurs fondamentaux autant que de leur raison d'être. Leur rapprochement tournait donc nécessairement à la confrontation tonique, pour ne pas dire conflictuelle — ce qui a déjà pu être observé<sup>9</sup>.

De prime abord tout semble opposer l'arbitrage et le droit du travail, à commencer par leur philosophie : celle du contrat du travail, domaine de prédilection de l'ordre public et quintessence de la protection du plus faible, et celle de l'arbitrage, terre d'élection de la liberté contractuelle poussée à l'extrême et en conséquence souvent perçue comme la justice des riches.

2. L'arbitrage ne pourrait donc pas être, ontologiquement, la justice du travail. L'arbitrage suppose l'équilibre des parties quand le contrat de travail présuppose leur déséquilibre. Robert Plaisant et Henri Motulsky ne disaient pas autre chose lorsqu'ils écrivaient dès 1956 que « *L'arbitrage suppose un équilibre des forces ; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie. (...) L'arbitrage est à déconseiller dès lors que les deux parties ne se trouvent pas au même « niveau »*<sup>10</sup> ». Et Jean-Baptiste Racine d'alerter, plus de quarante ans après, sur les risques en droit du travail : « *L'arbitrage ne doit pas être un moyen de porter atteinte aux intérêts des salariés, personnes protégées en vertu d'un ordre public social. (...) On craint que l'arbitrage soit un instrument au service de l'employeur et garantisse insuffisamment la protection du salarié*<sup>11</sup> ».
3. Or s'il est exact que l'arbitrage a pu avoir mauvaise réputation auprès de tous ceux qui étaient considérés comme des contractants faibles, ce n'est plus le cas depuis un important travail doctrinal qui a montré que l'arbitrage pouvait

9. R. Plaisant et H. Motulsky : « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.* 1956.78, spéc. n° 1 ; publié aussi in H. Motulsky : *Écrits. Tome 2 : Études et notes sur l'arbitrage*. Préface de B. Goldman et Ph. Fouchard. Dalloz, 1974, p. 113 ; J.-M. Olivier : « Arbitrage et droit du travail », in Th. Clay (dir.) : « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », *Dr. & Patrim.*, mai 2002, n° 104, p. 52 ; G. Aubert : « L'arbitrage et droit du travail », *Bull. Assoc. suis. arb.* 2000.2 ; E. Courtois-Champenois : « L'arbitrage des litiges en droit du travail : à la redécouverte d'une institution française en disgrâce. Étude comparative des droits français et américain », *Rev. arb.* 2003.349 ; J. Barthélémy : « L'arbitrage, avenir du droit du travail ? », *Arch. philo du droit*, vol. 52, 2009, p. 283 ; J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Avant-propos de L. Boy. Préface de Ph. Fouchard. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 309, 1999, spéc. n° 119-130 ; M. de Boissésou : *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Préface de P. Bellet. GLN Joly, 1990, spéc. n° 502-516 et 587 ; J. Robert : *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*. Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. avec la coll. de B. Moreau, 1993, spéc. n° 48-56 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt : *Droit de l'arbitrage interne et international*. LGDJ, coll. Domat – droit privé, 2013, spéc. n° 135 et 652 ; E. Loquin : *L'arbitrage du commerce international*. Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2015, spéc. n° 111 ; E. Loquin : « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litige arbitrable », *Juris-Cl. procédure civile*, fasc. 1024 [avr. 2016], spéc. n° 106-111 ; B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », *Rec. Cours Acad. dr. intern. La Haye*, tome n° 296, 2003, p. 27, spéc. n° 369-375 ; Th. Clay : « L'arbitrage, justice du travail », in M. Keller (dir.) : *Procès du travail. Travail du procès*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, vol. 16, 2008, p. 99. ; Th. Clay : « *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ?*, *Droit social*, septembre-octobre 2010, p. 930 [une partie de cet article est reprise et actualisée ici] ; M. Danis : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2017.59. Pour une étude d'ensemble, cf. G. Champagne : *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*. Thèse de l'Université de Versailles – Saint-Quentin, dir. Th. Clay, soutenue le 16 sept. 2008, dact.

10. R. Plaisant et H. Motulsky : « *L'arbitrage et les conflits du travail* », op. cit., spéc. n° 1.

11. J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., spéc. n° 119.

au contraire être très favorable aux parties faibles<sup>12</sup>, au point, parfois d'ajuster le régime juridique de la clause compromissoire<sup>13</sup>.

C'est d'ailleurs ce qui s'est produit avec la réforme de l'article 2061 du Code civil par la loi dite « Justice du 21<sup>e</sup> siècle », laquelle a validé l'arbitrage dans tous les contrats dont les parties ont la libre disposition de leurs droits, et n'a posé qu'une seule limite : pour le contrat de consommation, le consommateur a la faculté de se voir déclarer inopposable la clause compromissoire une fois le litige né. En d'autres termes, il bénéficie d'une option de compétence dont le professionnel ne jouit pas.

4. Cette mauvaise réputation était donc infondée, et une imbrication harmonieuse du droit du travail et de l'arbitrage est possible. C'est ce qu'avait bien montré en son temps le rapport rendu par Messieurs Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, sous l'égide du Conseil d'Analyse Economique<sup>14</sup>, reprenant en quelque sorte l'opinion du Professeur Jean Déprez selon lequel le barrage à l'arbitrage « *traduis[ait] une défiance probablement exagérée envers la justice des arbitres, ceux-ci étant a priori présumés moins portés à protéger les intérêts des salariés. Il y a là un procès d'intention. L'arbitre n'est pas insensible aux données du litige et peut appliquer des lois qui satisfassent le souci de protection du salarié. (...) Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'Etat sera plus attentif aux intérêts du salarié qu'un arbitre. (...) On ne saurait, sur un plan général, poser la supériorité en soi des juridictions étatiques* »<sup>15</sup>.
5. Il semble en effet curieux de percevoir l'arbitrage comme un instrument inégal de résolution des litiges. Non seulement sa source est contractuelle, donc convenue, mais en outre la convention d'arbitrage relève de la catégorie particulière des contrats de procédure qui ne sont pas, en eux-mêmes, des contrats déséquilibrés. Ces contrats se distinguent de tous les autres contrats, et même de toutes les clauses des contrats qui les contiennent, en ce qu'ils n'ont pas pour objet le substantiel, mais le processuel<sup>16</sup>. Ils aménagent l'action en justice conformément à la volonté des parties. La forme processuelle de résolution du différend choisie par les parties n'est pas par nature abusive, elle est neutre, précisément parce que son objet ne touche pas au fond du litige. Et, pour les litigants, au moment où la décision est rendue, seul le fond compte. La procédure pour y parvenir est indifférente.

12. E. Loquin : « Arbitrabilité et protection des parties faibles », conférence au Comité fr. DIP, 25 nov. 2005, *Trav. Comité fr. DIP 2004-2006*, p. 135 ; Kl. Sachs : « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal., cah. arb.*, 13-17 juill. 2007, p. 22.

13. M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*. Préface de Th. Clay. Economica, coll. Recherches juridiques, 2013.

14. *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*. Rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette pour le Conseil d'Analyse Economique. Commentaires de P. Cahuc et J.-P. Fitoussi. La documentation française, 2010. Sur ce point cf. Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette », op. cit.

15. J. Déprez : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *RDAI* 1990.833, spéc. n° 12.

16. Sur cette catégorie de contrats, cf. L. Cadiet : "Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice", in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Avant-propos de J. Mestre. Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, Faculté de droit et de science politique, 1990, p. 193 ; *Découvrir la justice*. Dalloz, 1997, spéc. p. 65-68 ; "Clauses relatives aux litiges", *Juris-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 500 [2017] ; "Les accords de la juridiction dans le procès", in P. Ancel et M.-Cl. Rivier (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, colloque Saint-Étienne, 11-12 déc. 1998, 2001, p. 34 ; "Les jeux du contrat et du procès : esquisse", in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges Gérard Farjat*. Frison-Roche, 1999, p. 23 ; "Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges", in L. Aynès (dir.) : "Le contrat : questions d'actualité", PA 2000, n° 90, p. 30 ; "Une justice contractuelle, l'autre", in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XX<sup>e</sup> siècle*. LGDJ, 2001, p. 177. Adde L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. LexisNexis, coll. Manuels, 9<sup>e</sup> éd., 2017, spéc. n° 391-404 ; E. Loquin : « Clauses dissuasives des litiges », *Juris-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 135 [juin 2006, mise à jour par Fr. Leborgne].

La Cour de cassation l'a énoncé avec force dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2005 rendu à propos d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation. Cassant un arrêt de la Cour d'appel de Paris, la Première chambre civile a estimé à juste titre qu'une telle clause était exempte de déséquilibre significatif et ne revêtait en soi aucun caractère abusif<sup>17</sup>.

6. Il n'existe donc nulle antinomie entre les contrats déséquilibrés et les contrats de procédure puisqu'ils ne se placent pas sur le même plan. La meilleure preuve en est que les modes alternatifs non juridictionnels de résolution des litiges sont de plus en plus pratiqués pour résoudre les conflits du travail. Conciliation et médiation sont régulièrement utilisées, tant en droit français que dans les droits étrangers, pour mettre fin aux différends nés d'un contrat de travail<sup>18</sup>.
7. Mais avec l'arbitrage on quitte le terrain du consensuel, de l'accord négocié et accepté, du conciliationnel, pour entrer dans celui du juridictionnel, de la décision imposée par un tiers parce que acceptée comme telle par les litigants à l'origine. Là où le succès de la conciliation et la médiation tient peut-être au caractère négociable de la solution, à la certitude que rien d'inadmissible ne pourra être imposé, l'arbitrage peut faire craindre que l'issue du litige échappe aux parties. Et il est exact que, à la différence de la conciliation et de la médiation, l'arbitrage s'achève par une décision de justice qui s'impose aux litigants, qu'ils le veulent ou non.
8. Une autre preuve de ce que les conflits du travail peuvent s'épanouir dans l'arbitrage vient du droit comparé. Il n'existe en effet pas de raison objective pour qu'un salarié à l'étranger soit dans une position de plus grande infériorité vis-à-vis de son employeur qu'un salarié en France. Or nombreux sont les pays qui ont une pratique très développée de l'arbitrage en droit du travail tant dans les systèmes de *common law* que de *civil law*.
9. Parmi les premiers, on trouve le droit canadien très favorable à l'arbitrage<sup>19</sup> et le droit anglais qui admet la validité des clauses compromissaires insérées dans les contrats de travail. Mais c'est surtout aux États-Unis que l'arbitrage est utilisé de manière massive pour résoudre les conflits du travail<sup>20</sup>, et notamment depuis un arrêt de mars 2001 de la Cour suprême, *Circuit City Stores Inc. v. Adams*, qui a validé les clauses d'arbitrage dans les contrats d'emploi<sup>21</sup>, même s'il existe quelques exceptions, notamment pour les employés du secteur des transports. Peuvent donc être soumises à l'arbitrage les demandes relatives aux discriminations fondées sur l'âge, le sexe, la race, la religion, les demandes sur la l'égalité des salaires, et sur les législations aussi diverses que le *Federal Employee Polygraph Protection Act*, le *Fair Labor*

17. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, Bull. civ. I, n° 64 ; *Dr. & Patrim.* 2006, n° 144, p. 94, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2005.I.179 § 8, obs. J. Béguin ; *JCP* 2005.I.183 § 4, obs. Th. Clay ; *JCP* 2005.I.141 § 8, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *Rev. contrats* 2005.1141, obs. X. Lagarde ; *Rev. contrats* 2005.718, obs. D. Fenouillet ; *JCP* 2005.Act.133, obs. C. Pelletier ; *Cont. Conc. Cons.* 2005.99, note G. Raymond.

18. Cf. G. Champagne : *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, op. cit. ; Fr. Favennec-Héry : « Médiation et contentieux du travail » in L. Cadiet (dir.), avec Th. Clay et E. Jeuland (coll.) : *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. A l'alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*. Litec, coll. Pratique professionnelle-Procédure, 2005, p. 121 ; Chr. Boillot : « Transaction et droit du travail », in M.-A. Keller (dir.) : *Procès du travail. Travail du procès*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, vol. 16, 2008, p. 77.

19. M. Moreau : *L'autonomie des partenaires sociaux : les litiges nés de l'interprétation des conventions collectives en droits québécois et français*. Avant-propos de J.-Cl. Javillier. Préface de D. Nadeau. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, tome 31, 1998, spéc. p. 45 et s ; D. Nadeau : « Arbitrage et conflits du travail : l'exemple canadien », in L. Vogel (dir.) : *Droit Global Law. La procédure entre tradition et modernité*. Editions Panthéon-Assas, 2010, p. 51.

20. X. Blanc-Jouvan : « Le développement de l'arbitrage du travail aux États-Unis », *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 45 ; E. Courtois-Champenois : « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », op. cit. ; B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », op. cit., spéc. n° 370-371.

21. *Circuit City Stores Inc. v. Adams*, 532 US 105 ; 121 S.Ct.1302, p. 1306 ; 149 L.Ed. 2d 234, p. 243 (2001), *Bull. Assoc. suis. arb.* 2001.582. Cet arrêt a mis fin aux incertitudes nées de l'arrêt *Gilmer* (*Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 US 20 (1991)). Pour une synthèse de la question : Th. J. St. Antoine : « The changing role of labor arbitration », *76 Ind. L. J.* 83 (2001).

*Standards Act* ou *l'Americans with Disabilities Act*. Pour les conflits collectifs, l'arbitrage s'inscrit dans le cadre d'une procédure complexe, la *grievance procedure*, dont il est l'étape ultime<sup>22</sup>.

10. Parmi les pays de *civil law*, on peut citer les droits néerlandais ou suédois qui autorisent les parties à insérer une clause compromissoire dans leur contrat de travail<sup>23</sup>.

C'est aussi le cas du droit fédéral suisse qui admet les clauses d'arbitrage dans les contrats internationaux de travail dès lors que le critère de la patrimonialité de la loi fédérale suisse est rempli (art. 177, al. 1<sup>er</sup>, LDIP)<sup>24</sup>. Pour ce qui est du droit cantonal suisse, il faut distinguer selon les différents cantons. Ceux de Berne et du Jura acceptent l'arbitrage sans restriction, alors que ceux de Bâle, Genève, Lucerne et Soleure l'excluent. Les autres cantons adoptent des solutions intermédiaires en combinant deux critères : la nature de l'*instrumentum* où figure la convention d'arbitrage et le moment où elle est conclue<sup>25</sup>.

En Italie, l'article 806 du Code de procédure civile, a précisément été modifié par un décret-loi du 2 février 2006, pour autoriser l'arbitrage dans les conflits du travail, dès lors que la loi ou une convention collective le prévoit.<sup>26</sup>

Enfin, le droit belge (art. 1678, al. 2, du Code judiciaire) offre une solution intéressante qui différencie selon que le montant de la rémunération de l'employé est inférieur ou supérieur à 66.441 € et selon la position occupée par l'employé dans l'entreprise (loi du 3 juill. 1978 relative aux contrats de travail, art. 69)<sup>27</sup>, montrant ainsi que le salarié peut avoir un intérêt à l'arbitrage, qu'il n'en est pas toujours la victime. Certains auteurs ont pu proposer de s'en inspirer pour le droit français<sup>28</sup>.

11. Qu'en est-il justement en droit français ? Comment celui-ci appréhende la résolution des conflits du travail par l'arbitrage ? La première chose qui frappe est la pénurie de dispositions relatives à l'arbitrage dans le Code du travail. On ne trouve guère le mot « arbitrage » qu'à peu d'endroits. Tout au plus, il faut citer l'article D. 2261-2 sur les conventions de branches, les articles L. 2524-1 et suivants (et R. 2524-1 et suivants), rangés sous un chapitre V « Arbitrage » relatifs au règlement des conflits collectifs du travail, les articles L. 7112-4 et suivants (et D. 7112-2 et suivants) relatifs aux journalistes professionnels, l'article L. 6322-62 à propos de l'inspecteur du travail devenant « arbitre » en cas de demande de congé de formation<sup>29</sup> et l'article R. 742-21 (et D. 742-4) sur la marine marchande qui renvoie aux articles L. 2524-1 et suivants en cas de non-conciliation.

22. E. Courtois-Champenois : « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », *op. cit.*, spéc. n° 14.

23. J.-Fr. Poudret et S. Besson : Droit comparé de l'arbitrage international. Bruylant, LGDJ et Schultess, 2002, spéc. n° 366.

24. A. Johnson et I. Wildhaber : « Arbitrating Labor Dispute in Switzerland », *Jour. Intern. Arb.* 2010.631 ; G. Aubert : « L'arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 7 ; B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 372 ; J.-Fr. Poudret et S. Besson : Droit comparé de l'arbitrage international, *op. cit.*, loc. cit.

25. G. Aubert : « L'arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 3-4.

26. Sur le régime antérieur, cf. B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 374.

27. B. Hanotiau : « L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale », in *Mélanges Roger O. Dalco, Responsabilités et assurances*. Larcier, 1994, p. 269, spéc. n° 20 ; B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 375.

28. J.-B. Racine : L'arbitrage commercial international et l'ordre public, *op. cit.*, spéc. n° 128.

29. Le Conseil d'Etat a clairement refusé la qualification d'arbitrage à ce sujet : CE 20 déc. 1958, D. 1987. *Chron.* 27, obs. A. Jammaud ; *Dr. soc.* 1986.471, *conc. comm. gov.* B. Lasserre ; D. 1986.IR.387, obs. J. Goineau. Adde Ch. Jarrosson : *La notion d'arbitrage*. Préface de B. Oppetit. LGDJ, coll. Bibliothèque du droit privé, t. 198, 1987, spéc. n° 24.

12. Hors du Code du travail, la quête est encore moins fructueuse : le seul texte intéressant l'arbitrage d'un litige du travail est l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971<sup>30</sup> relatif aux avocats salariés selon lequel « *les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier...* ». Or une telle procédure a peu avoir avec l'arbitrage.
13. Nombreuses sont d'ailleurs les procédures diverses qui existent pour résoudre les conflits du travail. Dans ce kaléidoscope, certaines prennent le nom d'« arbitrage », alors qu'il ne semble pas qu'elles puissent jouir de la qualification juridique en découlant car il y manque toujours l'un des quatre critères qui permettent de définir l'arbitrage. On sait en effet que l'arbitrage implique la réunion de quatre éléments : un choix libre de recourir à l'arbitrage, un choix libre de l'arbitre, une procédure qui respecte les garanties fondamentales de bonne justice, et une décision dotée de l'autorité de la chose jugée qui s'impose aux parties. Si l'un d'entre eux vient à manquer, c'est qu'il ne s'agit pas d'arbitrage. On rangera dans cette catégorie l'« arbitrage » du bâtonnier ou celui de la Commission « arbitrale » des journalistes.

De même, l'arbitrage dit collectif ne peut revêtir la qualification d'arbitrage et sera donc exclu de la présente étude<sup>31</sup> dont l'objet ne porte que sur la possibilité de recourir à l'arbitrage pour trancher les litiges individuels du travail.

14. On sait que, depuis la loi du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions relatives aux Conseils de prud'hommes (dite loi *Auroux*), l'article L. 1411-4 du Code du travail énonce expressément ceci : « *Le Conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre* »<sup>32</sup>. Et pour qui n'aurait pas bien saisi le sens du mot « exclusivité », le législateur croit utile d'ajouter à la suite : « *Toute convention contraire est réputée non écrite* ». Aussi fermement proclamée, la règle ne devrait pas souffrir la discussion. D'autant qu'un arrêt ancien avait déjà énoncé qu'il s'agissait d'une règle d'ordre public de protection interdisant toute dérogation<sup>33</sup>, ce qui a été rappelé par la Cour d'appel de Paris<sup>34</sup>.

Pourtant, la jurisprudence ne l'entend pas ainsi et a validé sans l'ombre d'un doute la clause compromissoire dans le contrat de travail. Elle l'a fait dans une série d'arrêts qui méritent d'être rappelés, ne laissant donc plus que des questions de mise en œuvre de l'arbitrage pour résoudre les conflits du travail. Le rappel de la validité de l'arbitrage des conflits du travail (1) précèdera l'examen sa mise en œuvre (2).

30. Tel qu'il résulte de la loi du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. *Adde* les articles 142 à 153 du décret du 27 novembre 1991.

31. Sur la question, cf. J.-M. Olivier : « Arbitrage et droit du travail », *op. cit.* ; Th. Clay : « L'arbitrage, justice du travail », *op. cit.*

32. C'est-à-dire ceux visés à l'alinéa 1<sup>er</sup> : « *les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti* ».

33. *Cass. soc.*, 20 juin 1957, JCP 1958.II.10773, note H. Motulsky ; publié aussi *in* H. Motulsky : *Écrits. Tome 2 : Études et notes sur l'arbitrage, op. cit.*, p. 139.

34. Paris 10 déc. 1985, *Rev. arb.* 1987.157, note M.-Cl. Rondeau-Rivier ; Paris 4 juin 1992, *Rev. arb.* 1993.449, *obs.* A. Hory p. 438 ; *RTD com.* 1993.642, *obs.* J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; Paris 3 juill. 1997, *Rev. arb.* 1997.611, *obs.* L. Degos.

---

# 1. La validité de l'arbitrage des conflits du travail

---

On sait que l'arbitrabilité est soumise, en matière interne, aux articles 2059 à 2061 du Code civil. Les deux premiers concernent la faculté de compromettre au sens large, alors que le troisième traite du cas particulier de la clause compromissoire. La faculté de recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges individuels du travail s'examine donc de manière générale (A) et spécifique (B).

## A. La faculté générale de compromettre

15. Bien que la version actuelle de l'article L. 1411-4 du Code du travail soit plus ou moins le produit de la loi *Auroux*, pendant plus de trois ans ce texte a connu une autre version, issue de la loi du 18 janvier 1979 (dite loi *Boulin*) qui avait expressément, elle, consacré la validité du compromis d'arbitrage conclu après la fin du contrat de travail. En effet, après la prohibition des clauses dérogatoires à la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes, l'ancien article L. 511-1 du Code du travail précisait « à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur au contrat de travail »<sup>35</sup>. Cette mention avait pour conséquence de valider les compromis d'arbitrage et, *a contrario*, d'interdire les clauses compromissoires.
16. Mais comme la loi *Auroux* n'avait pas repris cette exception à la prohibition et, qu'en outre, elle avait ajouté que le Conseil de prud'homme était « seul » compétent — ce qui renforçait encore l'exclusivité — on s'est interrogé pour savoir ce qu'il fallait déduire de ce silence. Si le sort de la clause compromissoire était entendu, celui du compromis était plus incertain. Or les travaux préparatoires de la loi du 6 mai 1982 sont assez révélateurs des intentions du législateur, ainsi que de celles du ministre du travail de l'époque. Celui-ci a notamment déclaré : « Je tiens à préciser que le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent (...) mes salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu. En supprimant toute référence à un compromis d'arbitrage, le nouveau texte répond à la préoccupation du gouvernement de mettre l'accent sur le rôle primordial de la juridiction prud'homale »<sup>36</sup>. Il est donc très clair que l'on ne saurait déduire de la suppression de l'exception que celle-ci a effectivement disparue. L'intention du législateur a au contraire été de maintenir la validité du compromis d'arbitrage postérieur à la rupture du contrat de travail.
17. C'est d'ailleurs le sens que va prendre la jurisprudence. Dans un arrêt du 5 novembre 1984, la Cour de cassation admit en effet nettement la validité du compromis d'arbitrage intervenu après la rupture du contrat et elle le fit en ces termes : « Mais attendu que la cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu le 31 mars 1980, en a justement déduit que les parties étant devenues dès lors libres et capables de compromettre, elles pouvaient le faire de manière licite à la date du compromis »<sup>37</sup>. Certes, bien que postérieure à la nouvelle rédaction de l'article L. 511-1 du Code du travail (devenu L. 1411-4), cet arrêt est rendu à propos d'un contrat de travail conclu et rompu avant la retouche du texte. Néanmoins, tant la jurisprudence

---

35. Sur ce point, cf. J. Normand : « Arbitrage. L'arbitrabilité des conflits individuels du travail », obs. sous Paris 24 nov. 1981, *RTD civ.* 1983.189 ; M. de Boissésou : *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. GLN Joly, 1990, *spéc.* n° 503.

36. *JO Déb.*, AN, 28 janv. 1982, p. 582, et 14 avr. 1982, p. 1054 ; *JO Déb.* Sénat, 7 avr. 1982, p. 934.

37. Cass. soc., 5 nov. 1984, *JCP* 1985.II.20510, note N. S. ; *Rev. arb.* 1986.47 [1re esp.], note M.-A. Moreau-Bourlès.

postérieure<sup>38</sup>, que la très grande majorité de la doctrine<sup>39</sup>, ont approuvé cette décision et admis la validité du compromis d'arbitrage une fois le contrat de travail rompu, même si certains auteurs ont pu être réservés<sup>40</sup>.

18. Il reste que, une fois surmontée la difficulté de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes, encore faut-il que la matière soit arbitrable, ce qui peut sembler délicat dans un domaine où l'ordre public est très présent, et où les droits sont souvent indisponibles.
19. Pour ce qui concerne l'ordre public, on sait depuis le célèbre arrêt *Labinal* du 19 mai 1993 que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux »<sup>41</sup>. En d'autres termes, ce n'est parce que la matière est d'ordre public, même de protection, qu'elle est inarbitrable.
20. Pour ce qui concerne la libre disponibilité des droits, notamment ceux du salarié, celle-ci ne dure que le temps que dure le contrat car c'est pendant cette période que l'on peut craindre l'altération de sa liberté d'engagement par le lien de subordination qui l'unit à son employeur. Mais dès que le contrat de travail est rompu, les parties retrouvent la disponibilité de leurs droits et peuvent donc compromettre.

Aussi, l'indisponibilité ne tient-elle pas à la nature des droits (ex. : droit extrapatrimonial de la famille), mais au moment où ils sont exercés. Le fait aussi que, comme on l'observera ci-après, les droits du salarié soient disponibles pendant la durée du contrat de travail, souligne bien qu'ils ne sont pas indisponibles par nature, mais en fonction du contexte dans lequel ils sont exercés.

21. Cependant, en validant le compromis d'arbitrage conclu après la rupture du contrat de travail, cette jurisprudence reporte dans le temps le moment où un compromis peut être signé par rapport au droit commun. La naissance du litige ne suffit en effet pas, encore faut-il que le contrat de travail soit réellement rompu. Par conséquent, pour les litiges nés en cours d'exécution du contrat de travail, il n'y a pas de possibilité de conclure un compromis d'arbitrage, quand bien même l'existence d'un litige préalable est en principe

38. Paris 14 déc. 1990, *Rev. arb.* 1991.365, obs. B. Moreau ; RJS 1991/2, n° 300 ; Paris 4 juin 1992, *préc.*

39. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud : *Droit du travail*, *op. cit.*, spéc. n° 1155 ; J. Villebrun et G.-P. Quéant : *Traité de la juridiction prud'homale*, *op. cit.*, spéc. n° 528 ; J.-M. Olivier : « Arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 57 ; E. Courtois-Champenois : « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », *op. cit.*, spéc. n° 19 ; Ph. Fouchard : « La laborieuse réforme du droit français de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.* 2001.397, spéc. n° 29 ; publié aussi in Ph. Fouchard : *Écrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*. Éditions du Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 233, spéc. n° 29 ; J. Depréz : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *op. cit.*, spéc. n° 10 ; L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, spéc. n° 1015 ; M. de Boissésou : *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, spéc. n° 503 ; J. Robert : *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n° 50 ; J. Rubellin-Devichi : *L'arbitrage, nature juridique en droit interne et droit international privé*. Préface de J. Vincent. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 63, 1965, spéc. n° 82 ; J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. n° 122 ; B. Fauvarque-Cosson : *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*. Préface de Y. Lequette. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 272, 1996, spéc. n° 180 ; B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 372 ; J.-Fr. Poudret et S. Besson : *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, spéc. n° 366 ; J. Normand : « Arbitrage. L'arbitrabilité des conflits individuels du travail », *op. cit.* ; J. Robert : « Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la loi du 6 mai 1982 », *Rev. arb.* 1982.169.

40. S. Guinchard et Fr. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*. Dalloz, coll. Précis-droit privé, 28<sup>e</sup> éd., 2006, spéc. n° 1944, note 3 (à partir de la 29<sup>e</sup> édition [2008] de ce livre ne traite plus de l'arbitrage) ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès : « Compétence et pouvoirs de la juridiction prud'homale », in *Les grands arrêts de droit du travail*. Préface de G. Lyon-Caen. Dalloz, coll. Grands arrêts, 3<sup>e</sup> éd., 2004, n° 18-26, spéc. p. 82.

41. Paris 19 mai 1993, *Rev. arb.* 1993.645, note Ch. Jarrosson ; *Clunet* 1993.957, note L. Idot ; *RTD com.* 1993.494, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *Europe* 1993.299, et 300, obs. L. Idot ; *Con., Con., Con.* 1993.136, note L. Vogel ; *PA* 1995, n° 26, p. 7, note S. Rottman ; 8 *Intern. Arb. Rep.* 7 [1993] ; sur recours rejeté, *Cass. com.*, 14 févr. 1995, *Europe* 1995.146 (4<sup>e</sup> esp.), obs. L. Idot. Sur ce point, *cf.* J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. n° 42-64.

---

sa seule condition de validité<sup>42</sup>. En droit du travail, le compromis est valable, à la condition non seulement que le litige soit déjà né, mais encore que le contrat de travail soit rompu ce qui est donc plus exigeant que le droit commun.

22. On peut trouver une application technique de cette règle à propos des indemnités versées du fait précisément de la rupture d'un contrat de travail. On sait que la décision des arbitres est en principe fiscalement traitée comme celle des juges judiciaires<sup>43</sup>. Il y a pourtant un point qui fait parfois difficulté : le régime fiscal des indemnités prononcées par une sentence arbitrale en cas de rupture d'un contrat de travail pour cause réelle et sérieuse. On sait que l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts exonère d'impôt les « indemnités mentionnées à l'article L. 1235-3 du Code du travail », c'est-à-dire celles qui sont prononcées par un « juge » et qui sont désormais enfermées dans un barème<sup>44</sup>. La question s'est donc posée de savoir s'il s'agit là du juge judiciaire ou du juge en général ? Dans le premier cas, les indemnités seraient fiscalisées si elles sont décidées par un arbitre. Dans le second cas, en revanche, elles ne le seraient pas. La nuance est loin d'être uniquement théorique, d'autant que cette défiscalisation s'accompagne d'une exonération de charges sociales. Les deux parties ont donc un intérêt financier commun à trouver un accord et à le faire constater par un tribunal arbitral qui rendrait une sentence d'accord-partie, finalement de confort ou de complaisance.
23. Néanmoins, rien n'empêche juridiquement de considérer que les tribunaux arbitraux sont bien eux-aussi destinataires de l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts<sup>45</sup>. C'est pourquoi le Conseil d'Etat<sup>46</sup> puis le Conseil constitutionnel<sup>47</sup> ont chacun à leur tour validé cette solution.

Se fondant sur les articles du Code de procédure civile qui énoncent que la sentence arbitrale a l'autorité de chose jugée, le Conseil d'Etat en a déduit que le tribunal arbitral est bien un juge, au sens de l'article L. 1235-3 du Code du travail et que cette disposition du Code général des impôts doit donc lui être applicable. Cette solution était attendue et clarifie les choses, même si le Conseil d'Etat a cru devoir ajouter qu'elle ne s'appliquait que lorsque l'arbitre statuait en droit et non pas en équité. Il s'agit bien sûr là d'une erreur car on ne saurait faire dépendre le statut de celui qui juge du fondement de sa décision, alors que l'arbitre est tout autant un juge quand il statue en droit qu'en équité.

C'est d'ailleurs sans s'adonner à une telle distinction que le Conseil constitutionnel s'est prononcé un an plus tard en estimant à son tour que « *les indemnités de licenciement ou de départ volontaire qui, en raison de leur nature, font l'objet d'une exonération totale ou partielle d'impôt sur le revenu (...) ne sauraient, sans instituer une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi, conduire à ce que le bénéficiaire de ces exonérations varie selon que l'indemnité a été allouée en vertu d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction* » (considérant n° 6).

---

42. J.-B. Racine : *Droit de l'arbitrage*. PUF, coll. Thémis, 2016, spéc. n° 240 ; E. Loquin : « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litige arbitral », *op. cit.*, spéc. n° 109.

43. Sur le sujet, cf. Th. Clay : « Les modes alternatifs de règlement des conflits fiscaux », in *Mélanges Philippe Neau-Leduc*, éditions de l'IRJS, à paraître en 2018.

44. Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail [art. 2], JO 23 sept. 2017, texte n° 33.

45. Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport *Barthelemy-Cette* ? », *op. cit.*, spéc. n° 57-59. *Contra* : P. Morvan : *Droit de la protection sociale*. LexisNexis, coll. Manuels, 7<sup>e</sup> éd., 2015, spéc. n° 577.

46. CE 20 juin 2012, n° 345120 (Min. c. Lavanant), *Rec. Lebon*, p. 728 ; *Droit fiscal* 2012.391 ; D. 2012. *Panor*2993, *obs.* Th. Clay ; *PA* 2013, n° 86, p. 10, note A. E. Gildemeister.

47. *Cons. const.*, 20 septembre 2013, n° 2013-340 QPC, *Dr. fisc.* 2013, n° 43, p. 28, note Ch. de La Martinière ; D. 2013.2949, *obs.* Th. Clay ; D. 2013. 2179 ; *Rev. fr. dr. constit.* 2014.154, *obs.* L. Stankiewicz.

24. L'arbitre est donc l'égal du juge et sa sentence l'égal d'une décision judiciaire pour ce qui est de son traitement fiscal. Cette solution, incontestable au plan des principes, n'en suscitait pas moins quelques inquiétudes en raison du risque de « simulacre de litige » tranché par la voie de l'arbitrage dont la mise en place n'aurait d'autre but que d'éviter la charge fiscale et sociale d'une indemnité de licenciement<sup>48</sup>.

Mais cette crainte n'apparaît pas fondée dès lors que, d'une part, il n'y a pas de raison que les arbitres soient plus perméables à la fraude que les conseillers prud'homaux ; ils devront même être d'une particulière vigilance du fait du risque ici pointé<sup>49</sup>, ce que leur permet le temps dont ils disposent pour se consacrer à leurs tâches. Ils sont en outre comptables personnellement de tout comportement déviants, notamment en cas de complicité de fraude. D'autre part, ainsi que cela a déjà été relevé, les arbitres n'ont pas le choix que de respecter dans leur sentence l'ordre public fiscal<sup>50</sup>, et doivent au surplus veiller attentivement à ne pas se rendre complices de fraude fiscale internationale<sup>51</sup>. Il en va de leur responsabilité civile ou pénale.

25. En conclusion, il apparaît que, sous réserve des conditions qui ont été exposées, un litige de droit du travail entre un employeur et un employé peut parfaitement être tranché par la voie de l'arbitrage, en dépit de la prétendue compétence exclusive du Conseil de prud'hommes. Celle-ci est d'ailleurs heurtée de plein fouet par le présent constat car l'exclusivité ne se fractionne pas : soit la compétence de la juridiction prud'homale est exclusive, soit elle ne l'est pas. Et, manifestement, elle ne l'est pas. Ce n'est d'ailleurs guère étonnant car, en réalité, le Conseil de prud'hommes, étant lui-même une juridiction d'exception, il ne saurait être le juge naturel du contrat de travail<sup>52</sup>. Dans d'autres pays le contentieux du travail relève d'ailleurs des juridictions ordinaires. Et, même en France, le contentieux du travail est en réalité éclaté entre le Tribunal d'instance, le Tribunal de grande instance, voire le Tribunal administratif. L'argument de l'exclusivité ne résiste donc pas à l'examen.

La faculté générale de compromettre existe pour résoudre un conflit du travail. Peut-elle emprunter la forme spécifique d'une clause compromissoire ?

## B. La faculté spécifique de compromettre

26. Le 15 mai 2001, opérant une véritable révolution, la loi sur les nouvelles régulations économiques a transformé l'article 2061 du Code civil en inversant la nullité de principe de la clause compromissoire en matière interne, issue de la loi du 5 juillet 1972, en validité de principe. Le nouvel article 2061 du Code civil énonçait alors que : « *Sous réserves de dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable lorsqu'elle est conclue à raison d'une activité professionnelle* ». La réforme était attendue depuis longtemps, et reçut, à juste titre, un accueil favorable, notamment en ce qu'elle autorisait la

48. P. Morvan : *Droit de la protection sociale, op. cit., loc. cit.*

49. Th. Clay : *obs. sous CE 20 juin 2012, op. cit.*

50. P. Ancel : « Arbitrage et ordre public fiscal », *op. cit.* ; Th. Clay : « Les modes alternatifs de règlements des conflits fiscaux », *op. cit.* ; *spéc. n°60-61.*

51. J.-B. Racine : « L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international », *PA 2010*, n° 201, p. 8.

52. L. Degos : *obs. sous Paris 3 juill. 1997, op. cit.* Sur la notion de juge naturel, cf. Th. Clay : « Juge naturel », in L. Cadet (dir.) : *Dictionnaire de la justice*. PUF, 2004, V° « Juge naturel ».

clause compromissoire dans tous les rapports professionnels, y compris ceux relèvant du droit civil<sup>53</sup>.

27. En 2016, dans la loi « Justice du 21<sup>e</sup> siècle », le législateur est allé encore plus loin transformant à nouveau l'article 20161 qui énonce 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* »<sup>54</sup>.

Avec cette nouvelle rédaction, il a parachevé la révolution de 2001. C'est désormais sur le seul terrain de l'acceptation, et non plus sur celui de la validité, que se place le régime de la clause compromissoire. Ce changement de valeur est particulièrement important<sup>55</sup>. Longtemps, la clause compromissoire n'était examinée qu'au regard de sa validité. Telle était même la dialectique imposée par les deux rédactions antérieures de l'article 2061, qui ont successivement posé une nullité de principe puis une validité de principe. Suivant l'évolution des choses, celle-ci est désormais dépassée par la seule question qui vaille vraiment : est-ce que la clause compromissoire a été véritablement voulue ? En d'autres termes, la clause compromissoire, longtemps suspecte, bénéficie aujourd'hui, comme tous les autres contrats du reste, d'un principe de validité si prégnant qu'il n'est plus utile de l'énoncer. Elle s'éloigne définitivement du halo sulfureux qui l'entourait parfois pour, à l'égale des autres clauses, être présumée valable dès lors que les parties l'ont voulu.

28. Déjà, en 2001, le champ de la validité avait été étendu de la matière commerciale à la matière professionnelle, beaucoup plus large — ce qui avait été relevé jusque dans la grande presse<sup>56</sup>. Aujourd'hui, la question n'est plus de savoir si elle est conclue pour des raisons professionnelles, mais de s'assurer que celui à qui on l'oppose y a bien consentie. Cela étend donc considérablement son champ d'application. Cette nouvelle rédaction constitue un progrès et une marque renouvelée de la *favor arbitrandum* qui innerve tout le droit français<sup>57</sup>.
29. Avec ce changement de paradigme consistant à privilégier le critère de l'acceptation sur celui de la validité, c'est un pan entier de l'activité contractuelle qui pourra être désormais soumis à l'arbitrage, comme l'ont relevé les travaux parlementaires qui ont cité le domaine immobilier, les règlements de

53. Th. Clay (dir.) : "Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage", dossier spécial publié in *Droit & Patrimoine*, n° 104 et 105, mai et juin 2002 ; Ph. Fouchard : "La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001", *op. cit.* ; Ch. Jarrosson : "Le nouvel essor de la clause compromissoire", *JCP* 2001.I.333 ; publié aussi in *JCP*, éd. E, 2001.1371 ; M.-Cl. Rivier : "La réforme de la clause compromissoire", colloque Nantes, 15 mars 2002, *PA* 2003, n° 197, p. 26 ; E. Loquin : "Législation : les métamorphoses de la clause compromissoire", *RTD com.* 2001.642 ; B. Moreau et L. Degos : "La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée", *Gaz. Pal.* 13-14 juin 2001, p. 6 ; L. Degos : "Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire", *RDAI* 2001, p. 653 ; Ph. Marini et F. Fages : "La réforme de la clause compromissoire", *D.* 2001.Chron.2658 ; F. Fages et L. Jaeger : "Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés", *Bull. Joly* 2001, § 171, p. 772 ; Th. Clay : "La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne", *D.* 2003.Somm.2469 ; J.-A. Robert et R. Castel : "Loi NRE : premières réactions sur la modification du régime des clauses compromissoires", *Droit & Patrimoine*, n° 95, juillet-août 2001, p. 19.

54. 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 ; « Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2017.17 ; « La réforme des articles du Code civil sur l'arbitrage en France », *Bull. Assoc. suisse d'arbitrage* 2017.40 ; « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits », *D.* 2016, Panor. 2589 ; Ch. Jarrosson et J.-B. Racine : « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Rev. arb.* 2017.1007 ; J. Pellerin : « Commentaire de l'article 11 de la loi Justice du XXI<sup>e</sup> siècle : les nouvelles dispositions sur l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, p. 54 ; L. Weiller : « L'arbitrage du XXI<sup>e</sup> siècle », *Procédures*, févr. 2017, étude n° 9 ; M. Rubino-Sammartano : « Un dernier pas vers un libre accès au grand potentiel de l'arbitrage ? », *PA* 2017, n° 27, p. 6 ; D. Mouralis : « Promulgation de la loi Justice XXI : quelle incidence sur l'arbitrage ? », *Newsletter du CMAP*, 28 nov. 2016. Adde P. Berlioz : « La clause compromissoire dans les contrats immobiliers après la réforme de l'article 2061 du Code civil », in *Liber Amicorum. Hommage en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 3.

55. Comp. M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. n° 277 et 434 et s.

56. M.-A. Frison-Roche : « Le droit reconnaît désormais l'activité professionnelle », *Le Monde* 26 févr. 2002, p. 20.

57. L. Bernheim van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préface Th. Clay. Bruylant, 2012, spéc. p. 63 et s.

copropriété, les conventions d'indivision, mais aussi les statuts de sociétés civiles immobilières, ou encore « les nouvelles relations économiques entre particuliers par internet, où des modes simplifiés pourraient permettre à moindre coût le règlement des différends »<sup>58</sup>.

Mieux encore, et c'est un des grands apports de la réforme : tous les contrats civils classiques, et notamment les contrats d'assurance, de bail et plus généralement tous les contrats conclus entre particuliers peuvent désormais recevoir une clause compromissoire. Dès lors qu'elle a été réellement acceptée, la clause compromissoire peut donc figurer dans tous les contrats, sous la seule réserve que les parties aient la libre disposition de leurs droits, ce qui est une limite bien modeste. Ainsi, avec cette réforme, la clause compromissoire n'est plus le privilège des commerçants, des professionnels, des riches, des forts, etc., elle est ouverte à tous. C'est en quelque sorte la consécration de l'arbitrage pour tous.

30. Mais cette extension presque infinie du domaine de la clause compromissoire doit quand même être encadrée lorsque la relation contractuelle est déséquilibrée, ce qui est le cas, on le sait, dans les contrats de consommation et dans les contrats de travail.

L'alinéa 2 du nouvel article 2061 traite spécifiquement du cas du contrat de consommation puisqu'il mentionne que la clause est inopposable au consommateur. Mais rien n'est dit sur le contrat de travail. Alors qu'en est-il ?

La réponse à cette question relève non plus de validité de la clause compromissoire dans le contrat de travail, mais de sa mise en œuvre.

## 2. La mise en œuvre de l'arbitrage des conflits du travail

Le recours à l'arbitrage pour résoudre les conflits du travail repose sur un fondement juridique désormais solide, même s'il n'est pas interdit de proposer qu'un toilettage législatif intervienne à brève échéance, dont les linéaments seront proposés ici. Mais la pratique de l'arbitrage en droit de travail n'a pas attendu, et elle se développe, notamment sous l'égide du Centre National d'Arbitrage du Travail. La mise en œuvre de ce mode de résolution des conflits du travail se fait donc tant par le droit (A) que par la pratique (B).

### A. La mise en œuvre de l'arbitrage des conflits du travail par le droit

32. Lorsqu'il s'internationalise, le contrat de travail s'émancipe aussi d'une partie de la législation impérative qui l'enserme en droit interne. Ainsi est-il admis depuis longtemps que le contrat international de travail<sup>59</sup> puisse contenir des clauses de compétence différentes, plus souples, que celles du contrat interne de travail. Il n'est donc pas étonnant que la solution ait été étendue à la clause compromissoire, même si cela s'est fait progressivement. En effet, lorsque la question s'est posée à la Cour de cassation, celle-ci, s'appuyant sur la prétendue compétence exclusive de la juridiction prud'homale, a dans un premier temps refusé les clauses compromissoires dans les contrats

58. J.-J. Urvoas : Amendement du Gouvernement n° CL159, 30 avr. 2016, Exposé des motifs.

59. *Cass. soc.*, 30 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 41 ; RJS 1991/11, p. 618 [2e esp.], note J. Déprez ; *Les grands arrêts de droit du travail*, *op. cit.*, spéc. n° 25, obs. J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès. Sur la question, cf. P. Mayer : « Les clauses relatives à la compétence internationale, insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*. Litec, 1990, p. 263 ; J. Déprez : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *op. cit.*

internationaux de travail<sup>60</sup>, alors même que le compromis conclu dans un litige international devait bénéficier, *a fortiori*, de la même faveur que le compromis dans un litige interne.

D'ailleurs l'arrêt rendu le 5 novembre 1984 validant le compromis d'arbitrage interne aurait pu faire revirer la jurisprudence sur la clause compromissoire<sup>61</sup>. Il n'en fut rien, et deux mois après cette décision importante, la même chambre de la Cour de cassation annulait une clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail, soumis à la loi française. Elle suivait en cela un raisonnement conflictualiste classique par lequel elle retenait l'application de la loi française<sup>62</sup>, ce qui revenait à écarter une règle matérielle qui aurait pourtant pu être retenue dans une affaire internationale.

33. Ce type de raisonnement n'était pas appelé à perdurer pour au moins trois raisons : premièrement, il heurtait la philosophie même de l'arbitrage international qui n'existe que dans le dépassement des particularismes nationaux, incarnés dans les lois nationales, au profit de règles matérielles.
34. Deuxièmement, cette jurisprudence s'est trouvée en contradiction avec la levée, en 1989, de la réserve de commercialité par la France pour l'application de la Convention de New York<sup>63</sup>. Dès lors que la commercialité de l'opération n'était plus une condition ni de validité, ni de reconnaissance des sentences arbitrales internationales, rien ne s'opposait plus à ce que l'arbitrage puisse devenir une autre voie de résolution des litiges internationaux du travail<sup>64</sup>. D'ailleurs, dès que l'occasion lui en fut donnée, la jurisprudence admit la validité d'une clause compromissoire incluse dans une promesse de contrat international de travail au nom précisément de cette levée de la réserve de commercialité<sup>65</sup>.
35. Troisièmement, et surtout, alors que l'arbitrage interne semblait dans les méandres de l'application de l'article 2061 du Code civil, dans sa rédaction de 1972, l'arbitrage international s'émancipait progressivement de cette encombrante tutelle pour parvenir par poser, dans les célèbres arrêts *Dalico*<sup>66</sup>, puis *Zanzi*<sup>67</sup>, qu'il n'était pas soumis aux règles internes.
36. Un mois après l'arrêt *Zanzi*, le pas fut logiquement franchi : la Chambre sociale de la Cour de cassation admit solennellement la validité de la clause

60. *Cass. soc.*, 9 déc. 1960, *Bull. civ. IV*, n° 1164; *JCP* 1961.II.12029, note M. Simon-Depitre ; *Cass. soc.*, 25 mai 1977, *Bull. civ. V*, n° 338 ; *RCDIP* 1978.701, note A. Lyon-Caen ; *D.* 1978.IR.385, obs. J. Pélissier.

61. *Cass. soc.*, 5 nov. 1984, préc.

62. *Cass. soc.*, 12 févr. 1985, *Bull. civ. V*, n° 97 ; *Rev. arb.* 1986.47 [2e esp.], note M.-A. Moreau-Bourlès ; *RCDIP* 1986.469, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *D.* 1985.IR.456, obs. A. Lyon-Caen.

63. Ph. Fouchard : « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York », *Rev. arb.* 1990.571 ; publié aussi in Ph. Fouchard : *Écrits. Droit de l'arbitrage*. Droit du commerce international. Éditions du Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 407.

64. Ph. Fouchard : « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York », *op. cit.*, spéc. p. 411 ; J.-B. Racine : L'arbitrage commercial international et l'ordre public, *op. cit.*, spéc. n° 124.

65. Grenoble 13 sept. 1993, *Rev. arb.* 1994.337, note M.-A. Moreau.

66. *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 20 déc. 1993, *Bull. civ. I*, n° 372 ; *Clunet* 1994.432, note E. Gaillard ; *Clunet* 1994.690, note E. Loquin ; *RCDIP* 1994.663, note P. Mayer ; *Rev. arb.* 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon.

67. *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 5 janv. 1999, *Bull. civ. I*, n° 2 ; *Rev. arb.* 1999.260, note Ph. Fouchard ; *RCDIP* 1999.546, note D. Bureau ; *Clunet* 1999.784, note S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com.* 1999.380, obs. E. Loquin ; *RGDP* 1999.409, obs. M.-Cl. Rivier ; *Dr. & Patrim.* 2000.2514, obs. P. Mousseron ; *D. Aff.* 1999.474, note X. Delpech ; *RDAl* 1999.823, obs. Ch. Imhoos ; *RJDA* 1999.360 ; *Gaz. Pal.*, 13-14 oct. 2000, p. 10, obs. E. du Rusquec.

compromissoire insérée dans un contrat international de travail<sup>68</sup>. Cette solution fut réitérée en 1999<sup>69</sup>, en 2001 pour un contrat international de travail s'exécutant à l'étranger<sup>70</sup>, en 2005<sup>71</sup> et en 2008<sup>72</sup>, si bien que plus personne ne conteste qu'elle constitue le droit positif.

- 37.** Néanmoins, pour continuer à protéger le salarié, la Cour de cassation décida que la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail était, quoique valable, inopposable au salarié. En d'autres termes, elle offre au salarié une véritable option de compétences qui lui permet de saisir soit la juridiction arbitrale, soit la juridiction étatique, ou, inversement d'accepter d'être attiré devant l'une ou l'autre. C'est naturellement une option dont ne bénéficie pas l'employeur auquel la clause compromissoire est toujours opposable. Ce mécanisme inégal a fait dire à la doctrine autorisée qu'il s'agissait là d'un arbitrage unilatéral du type de celui que l'on trouve dans les traités bilatéraux d'investissement<sup>73</sup>.
- 38.** C'est en réalité en s'appuyant sur l'ancien article R. 517-1, alinéa 3, du Code du travail (abrogé par l'article 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008) qui prévoyait que le salarié pouvait toujours saisir le Conseil de prud'hommes du lieu où l'employeur était établi que la Cour de cassation était parvenue à cette solution. Ce déséquilibre entre employeur et employé, parfaitement légitime en ce qu'il permet à celui-ci d'actionner la clause compromissoire uniquement s'il le souhaite vraiment une fois le litige né, peut juridiquement s'analyser comme une loi de police, même si la Cour de cassation ne l'avoue pas expressément<sup>74</sup>. Il n'y a en effet que si la compétence prud'homale est une loi de police que l'on peut comprendre que celle-ci puisse défaire la clause compromissoire. Ce n'est donc pas la loi applicable au contrat qui décide de l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié. « *Solution subtile* », d'après les Professeurs Denis Mouralis et Christophe Seraglini<sup>75</sup>, qui doit même « *bénéficier d'un jugement de valeur a priori favorable* »<sup>76</sup>, écrit le second ailleurs. Le choix d'une loi de police se lit entre les lignes de la formule employée systématiquement par la Cour de cassation lorsqu'elle énonce que la loi applicable au contrat de travail n'importe pas : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »<sup>77</sup>.

**68.** Cass. soc., 16 févr. 1999, *Bull. civ.*, V, n° 78 ; *Rapport Cour de cassation 1999*, p. 328 ; *Rev. arb.*, 1999.290 (1<sup>re</sup> esp.), note M.-A. Moreau ; *RCDIP*, 1999.745, 1<sup>re</sup> esp., note F. Jault-Seseke ; *JCP*, éd. E, 1999.1685, note Ph. Coursier ; *JCP*, éd. E, 1999.748, obs. F. Taquet ; *Gaz. Pal.*, 2000.1.Somm.699 (1<sup>re</sup> esp.), obs. M.-L. Niboyet ; *PA*, 2000, n° 158, p. 4 (1<sup>re</sup> esp.), obs. F. Jault ; *Dr. & Patrim.*, 1999.2390, obs. P.-H. Antonmattéi ; *TPS*, 1999.214, obs. B. Boubli ; Les grands arrêts de droit du travail, *op. cit.*, spéc. n° 26, obs. J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès.

**69.** Cass. soc., 4 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n° 191 ; *Rev. arb.*, 1999.290 (2<sup>e</sup> esp.), note M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.*, 2000.1.Somm.699 (2<sup>e</sup> esp.), préc. ; *RCDIP*, 1999.745, 2<sup>e</sup> esp., préc. ; *PA*, 2000, n° 158, p. 4 (2<sup>e</sup> esp.), obs. F. Jault ; *JCP*, 2000, II, 10337, note D. Ammar ; *TPS*, 1999.376, obs. B. Boubli.

**70.** Cass. soc., 9 oct. 2001, *Bull. civ.*, V, n° 312 ; *Rev. arb.* 2002.347, note Th. Clay ; *PA* 2002, n° 242, p. 19, obs. F. Jault ; *TPS* 2002.30, obs. Ph. Coursier ; *Dr. soc.* 2002.122, note M.-A. Moreau ; *D.* 2001.IR.3170, obs. C. Dechristé.

**71.** Cass. soc., 28 juin 2005, *Bull. civ.*, V, n° 216 ; *RCDIP* 2006.159, note F. Jault-Seseke ; *JCP* 2005.I.179 § 2, obs. J. Béguin ; *D.* 2005.Panor.3052, obs. Th. Clay ; *D.* 2007.Panor.118, obs. H. Kenfack ; *Clunet* 2006.616, obs. S. Sana-Chaillé de Néré ; *D.* 2005.IR.2035.

**72.** Cass. soc., 12 mars 2008 (Sté sportive Il Gabbiano), pourvoi n° 01-44654, inédit.

**73.** W. Ben Hamida : *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*. Thèse Paris II, dir. Ph. Fouchard, dact., soutenue le 24 juin 2003, spéc. n° 18.

**74.** En ce sens, cf. Chr. Seraglini : *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Préface de P. Mayer. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 10, 2001, spéc. n° 790 et 1102-1105.

**75.** D. Mouralis et Chr. Seraglini in J. Béguin et M. Menjuçq (dir.) : *Droit du commerce international*. LexisNexis, coll. Traités, 2<sup>e</sup> éd., 2011, spéc. n° 1790.

**76.** Chr. Seraglini : *Lois de police et justice arbitrale internationale, op. cit.*, spéc. n° 1105.

**77.** Cass. soc., 16 févr. 1999, préc. ; Cass. soc., 9 oct. 2001, préc.

La Cour d'appel de Paris avait cependant été plus explicite en 1995 lorsque, confrontée à une clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail, elle avait fait référence aux « *règles impératives du droit français condamnant l'introduction d'une clause compromissoire dans un contrat de travail (...), dût-il posséder un caractère international* »<sup>78</sup>.

39. Pour logique et équilibrée qu'elle soit, la solution du droit positif international méritait-elle d'être étendue à l'arbitrage interne ? Une partie de la doctrine appelait de ses vœux une telle harmonisation des régimes<sup>79</sup>. Deux raisons principales étaient avancées : d'une part, la justesse de la solution équilibrée trouvée pour le contrat international de travail ; d'autre part, l'absence de justification rationnelle à la différence des régimes selon que le contrat de travail est interne et international.
40. C'est ce que fit la Cour de cassation dans un arrêt particulièrement remarqué du 30 novembre 2011, alors que la question ne lui était qu'indirectement posée. La chambre sociale aligna le régime de la clause compromissoire dans le contrat interne de travail sur celui du contrat international, en déclarant qu'elle était valable, mais inopposable au salarié, reprenant ainsi l'équilibre de la solution du droit international<sup>80</sup>.

Aussi, à l'exception de quelques proclamations tenant plus à des considérations politiques ou syndicales que juridiques<sup>81</sup> n'a-t-il plus été sérieusement contesté que la clause compromissoire était valable dans le contrat de travail, tant interne qu'international<sup>82</sup>.

41. Certes, la sanction de l'inopposabilité peut surprendre. On trouve une explication de ce choix dans le Rapport annuel de la Cour de cassation de 1999, dans lequel la Haute juridiction s'exprime en ces termes : « *Le caractère international du contrat de travail ne supprime pas l'inégalité de la situation des parties inhérente au lien de subordination et, corrélativement, ne rend pas inutile une protection du salarié* ». Ainsi, loin d'affaiblir la clause compromissoire, et contrairement à ce que l'on croit trop souvent, cette jurisprudence renforce au contraire l'efficacité de la clause compromissoire en permettant à celle-ci de produire pleinement ses effets.
42. Au plan purement juridique, le choix prétorien de l'inopposabilité comme sanction peut surprendre de prime abord. On sait bien que, en principe, la différence principale entre la nullité et l'inopposabilité est que la première s'attache aux contractants alors que la seconde concerne les tiers. Comme l'a écrit le doyen Jean Carbonnier, « *l'inopposabilité (...) est une inefficacité de l'acte à l'égard des tiers ou de certains tiers, l'acte restant d'ailleurs valable entre les parties* »<sup>83</sup>. Or, dans un contrat de travail, l'employé n'est

78. Paris, 24 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996.259, note J.-M. Talau. Sur tous ces points, cf. J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. n° 119-130.

79. Th. Clay : « L'arbitrage, justice du travail », *op. cit.*, spéc. n° 85-87 ; Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ? », *op. cit.*, spéc. n° 92-95.

80. Cass. soc., 30 nov. 2011 (Deloitte), pourvoi n° 11-12-905 et 11-12.906 ; *Rev. arb.* 2012.333, note M. Boucaron-Nardetto ; *JCP* 2011, *act.*, 1417, *obs.* N. Dedessus-Le-Moustier ; *Procédures* 2012.42, note L. Weiller ; *Procédures* 2012.75, *obs.* A. Bugada ; *D.* 2012. *Panor.* 2997, *obs.* Th. Clay ; *D.* 2011, *act.* 3002 ; *D.* actualités 3 janv. 2012, *obs.* L. Perrin ; *JCP S.* 2012.1049, *obs.* S. Brissy ; *PA* 2012, n° 89, p. 8, note. L. Posocco ; *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, 29, *obs.* V. Orif ; *RTD com.* 2012.528, *obs.* E. Loquin ; *RTD com.* 2012.351, *obs.* A. Constantin ; *RLDA* févr. 2012, n° 68, note F. Laronze ; *Dr. Social* 2012, p. 309, note B. Gauriau ; *JCP* 2012, *act.*, 690 § 6, *obs.* Th. Clay ; *JCP* 2012, *doct.*, 843 § 2, *obs.* Ch. Seraglini ; *PA* 2012, n° 141, p. 14, *obs.* A. Constantin.

81. Cf. communiqué du syndicat des avocats de France : « Non à l'arbitrage comme alternative au juge prud'homal », 1<sup>er</sup> juill. 2014, <http://lesaf.org/non-a-larbitrage-comme-alternative-au-juge-prudhomal> ; M. Breckers : « Faut-il prendre au sérieux l'arbitrage en matière prud'homale ? », *Droit trav.* 2014.731.

82. M. Danis : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », *op. cit.*

83. J. Carbonnier, *Droit civil. PUF*, coll. Quadrige Manuels, 1<sup>re</sup> éd., 2004, *spéc.* vol. 2, n° 1024.

évidemment pas tiers à l'acte. La sanction appropriée pourrait donc bien être la nullité. On aurait pu alors penser à appliquer une nullité relative, qui aurait eu sensiblement les mêmes effets que l'inopposabilité, puisque la personne protégée par la règle de nullité peut y renoncer.

Mais on se serait alors heurté au principe de validité de la clause compromissoire affirmé depuis 2001 par l'article 2061 du Code civil pour l'arbitrage interne et depuis 1999 par l'arrêt *Zanzi*<sup>84</sup> pour l'arbitrage international. La seule solution était donc bien de se placer sur le terrain de l'inefficacité, à la condition qu'un texte le prévoit.

43. C'est pourquoi la Cour de cassation choisit de qualifier la sanction d'« inopposabilité » : tel est bien l'effet d'une clause réputée non écrite. Il ne s'agit plus de l'inopposabilité à l'égard des tiers (celle qui se différencie de la nullité), mais de l'inopposabilité au sens générique, c'est-à-dire celle d'un acte dont certains effets sont neutralisés, y compris à l'égard des parties à l'acte<sup>85</sup>. Le choix des mots devient alors plus cohérent.
44. Il demeure cependant une différence de régime pour le contrat de travail entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international puisque l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence dans le second, alors que tel n'est pas le cas dans le premier, comme l'a expressément énoncé la Cour de cassation dans l'arrêt *Deloitte* du 30 novembre 2011 précité<sup>86</sup>. Ce principe cardinal du droit de l'arbitrage, rappelé à l'article 1455 du Code de procédure civile, permet à la fois d'éviter les manœuvres dilatoires et de concentrer le litige devant le juge du fond. En effet, le principe compétence-compétence de l'arbitre impose que celui-ci statue par priorité sur sa propre compétence, à moins que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle ou inapplicable et que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué.

Bien que le principe compétence-compétence soit décisif pour l'existence même de l'arbitrage, le choix a donc été fait par la Cour de cassation de considérer que la protection légitime du salarié, en matière interne, imposait que celui-ci ne soit pas contraint de contester la compétence du tribunal arbitral devant le tribunal arbitral lui-même. C'est une solution de bon sens compte tenu d'abord des frais que cela pourrait engendrer simplement pour faire reconnaître l'incompétence arbitrale, et, ensuite, en raison du fait que, grâce à la sanction de l'inopposabilité, le salarié peut renoncer à la clause compromissoire — ce qui suffit à justifier qu'il n'ait pas à constituer un tribunal arbitral pour le faire.

45. Un dernier point doit être soulevé en ce qu'il a pu dérouter un certain nombre de praticiens. Ainsi qu'on la déjà constaté (cf. supra n°14) l'article L. 1411-4 du Code du travail répute non écrite toute convention contraire à la compétence dite exclusive du Conseil de prud'hommes. Outre que cette compétence n'est nullement exclusive, comme on l'a déjà relevé, et contrairement à ce que certains ont pu croire, cette prohibition ne s'applique en réalité pas à la clause compromissoire car elle ne concerne que la répartition interne à l'institution judiciaire. L'objet de cette interdiction est d'éviter que les signataires d'un contrat de travail choisissent une autre juridiction judiciaire, comme par exemple le Tribunal de commerce ou le Tribunal de grande instance et contreviennent à ce que les professeurs Jean Foyer et Gérard Cornu appelaient la « division du travail judiciaire »<sup>87</sup>. Il est en effet important que

84. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999 (*Zanzi*), préc.

85. G. Cornu : *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V<sup>o</sup> Inopposable.

86. Cass. soc., 30 nov. 2011 (*Deloitte*), préc.

87. J. Foyer et G. Cornu : *Procédure civile*. PUF, coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 1996, spéc. n° 28.

---

celle-ci ne puisse faire l'objet de dérogations conventionnelles au sein même de l'institution judiciaire. Mais cela ne concerne en rien le choix de quitter la juridiction judiciaire dans son ensemble au profit de la juridiction arbitrale.

C'est d'ailleurs uniquement en ce sens qu'il faut comprendre le caractère dit exclusif de la compétence du Conseil de prud'hommes, c'est-à-dire par rapport aux autres juridictions de l'ordre judiciaire — ce qui permet d'expliquer pourquoi l'arbitrage a pu se développer en droit du travail.

On trouvera un renfort au soutien de ce raisonnement dans un arrêt récent de la Cour de cassation qui, confronté à la même prohibition, c'est-à-dire celle de la convention contraire relativement à la compétence exclusive d'une juridiction, ici le Tribunal de commerce en matière de rupture de relations commerciales établies (art. L. 442-6-III, alinéa 5, du Code de commerce), a également estimé que la clause compromissoire n'était pas concernée par cette interdiction qui ne visait que la répartition interne à la juridiction judiciaire<sup>88</sup>.

46. C'est la raison pour laquelle, à l'occasion d'une réforme législative, il conviendrait de toiletter l'article L. 1411-4 du Code de travail, de façon à préciser que la clause compromissoire n'est pas l'une des clauses contraires à la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes tel que cet article les répute non écrites. Afin de mettre le texte en conformité avec le droit positif, il suffirait d'ajouter après « *Toute convention contraire est réputée non écrite* », la précision suivante : « *à l'exception du compromis d'arbitrage et de la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail* ».
47. Le toilettage devrait d'ailleurs s'étendre à deux autres dispositions ambiguës du Code du travail. D'abord l'article L.1221-5 qui dispose que « *Toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet* », ce qui pourrait avantageusement être complété par un alinéa qui mentionnerait explicitement la règle de droit positif, par exemple sous cette forme : « *La clause compromissoire insérée dans le contrat de travail est valable, mais ne peut être opposée au salarié* ».
48. Ensuite, l'article R. 1412-1 du même Code, dont l'alinéa 1<sup>er</sup> énonce que « *L'employeur et le salarié portent les différends et litiges devant le Conseil de prud'hommes territorialement compétent* », et dont il faudrait préciser que cette règle s'applique à défaut d'arbitrage, et même de médiation, ce qui pourrait être rappelé en début de phrase, sous cette forme : « *Sauf à recourir à l'arbitrage ou à la médiation, l'employeur...* ».

Ces différentes modifications présenteraient l'intérêt de lever les ambiguïtés générées par une lecture exclusivement cursive de ces dispositions, ignorante de l'interprétation jurisprudentielles dont elles ont bénéficié et de la pratique qui, désormais, se développe.

## **B. La mise en œuvre de l'arbitrage des conflits du travail par la pratique**

49. Bénéficiant d'un régime juridique validé et stabilisé, l'arbitrage des conflits du travail s'est développé en pratique ; de plus en plus de différends du travail sont résolus par la voie de l'arbitrage.

Les parties y voient de multiples avantages, parmi lesquels la rapidité n'est pas le moindre. Pour des litiges comme ceux-ci, la durée moyenne de la procédure est inférieure à six mois, et parfois même à trois, alors que la durée

---

88. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2017 (Sté Lavallin), pourvoi n° 15-22675 ; *Bull. civ. I*, à paraître.

moyenne d'une procédure prud'homale est de quatorze mois, auxquels il faut éventuellement ajouter encore le temps d'une procédure d'appel, en moyenne de douze mois. L'arbitrage permet donc d'aller bien plus vite, surtout si les parties renoncent à l'appel, ce qui est le cas le plus fréquent.

Avec Maître Marie Danis, on peut donc faire le pari que, progressivement, l'arbitrage gagnera de nombreux contentieux du travail, notamment ceux liés aux opérations de cession d'entreprise, impliquant les managers actionnaire, les dirigeants qu'ils soient personnellement signataires ou non d'une clause de garantie de passif, etc.<sup>89</sup> La terre d'élection de l'arbitrage en droit du travail est donc potentiellement très vaste.

50. Un autre avantage de l'arbitrage est la confidentialité, ce qui, dans une relation employeur – employé peut présenter de multiples intérêts mutuels, à commencer par celui de ne pas cristalliser le litige. Lorsque le sujet est sensible, l'externalisation engendre souvent la radicalisation. En outre, le salarié n'a parfois pas intérêt à ce que son salaire soit exposé devant le Conseil de prud'hommes. C'est le cas des cadres qui quittent leur entreprise, ces fameuses « sorties de cadre » qui peuvent trouver leur issue contentieuse idéale par la voie de l'arbitrage. Et ce qui est vrai pour les cadres l'est *a fortiori* pour les dirigeants<sup>90</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de noter que même les tenants d'un ordre public dur, sont favorables à l'arbitrabilité des contrats de travail pour les dirigeants. Mais il existe toute une frange de salariés, qui ne sont ni cadres ni dirigeants qui ont aussi tout à gagner à obtenir une décision définitive, rapide et confidentielle. Refuser par principe l'arbitrage des conflits du travail au motif que cela pourrait défavoriser les salariés traduit une méconnaissance de l'arbitrage et peut se révéler contre-productif pour les salariés eux-mêmes.
51. Le choix des arbitres par les parties directement est aussi un élément très apprécié, et qui permet de sortir de l'opposition parfois un peu stérile entre les conseillers prud'homaux employeurs et employés. Le tribunal arbitral sera constitué, lui, en fonction des compétences spécifiques du litige, qu'il sera en mesure d'appréhender de la meilleure des manières.
52. Certes l'arbitrage est payant alors que la justice étatique est, comme chacun sait, gratuite. Mais cet argument doit être relativisé pour deux raisons, d'une part, parce qu'une procédure qui s'éternise coûte finalement plus chère qu'une procédure qui permet d'être rapidement fixé sur ses droits et obligations. Outre les démarches judiciaires qui se prolongent et génèrent des frais, l'incertitude a aussi un coût. D'autre part, parce qu'existent désormais des arbitrages volontairement peu coûteux pour des litiges à faibles enjeux.
53. A ce titre, il convient d'évoquer ici la création en 2015 du Centre National d'Arbitrage du Travail (CNAT) qui a précisément vocation à faire trancher les litiges du travail, rapidement, par des arbitres spécialisés, et à moindre coût. On pourra d'ailleurs consulter les barèmes sur le site internet de ce centre<sup>91</sup>.

L'originalité de CNAT est qu'il prend en compte le déséquilibre financier entre les parties afin que l'accès à la justice arbitrale soit équitable. Ainsi les modalités de paiement des frais de l'arbitrage sont fixées de manière avantageuse pour le salarié en tentant compte de la qualité de l'employeur. Selon celle-ci, comme on le voit dans le tableau ci-dessous, le salarié ne supportera qu'un quart, un tiers ou la moitié du coût de l'arbitrage, mais jamais plus.

89. M. Danis : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », *op. cit.*, spéc. p. 64.

90. J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. n° 128.

91. <http://www.cnat.paris>.

## Répartition des frais et honoraires d'arbitrage entre les parties

	Employeur personne morale soumise à la TVA	Employeur personne morale non-soumise à la TVA	Employeur personne physique
A la charge de l'employeur	3/4	2/3	1/2
A la charge du salarié	1/4	1/3	1/2

54. L'intérêt du CNAT est aussi qu'il a vocation à traiter tout type de contentieux du travail et peut être saisi par le salarié, l'employeur ou même l'organisation syndicale. Il gère ainsi de manière adaptée tant les grands que les petits employeurs, tant les cadre supérieurs que les salariés plus modestes, et traite beaucoup des litiges relatifs à la fin du contrat de travail, mais son champ de compétence est en réalité plus vaste.

55. Apprécié par les avocats des deux bords du droit du travail, à savoir ceux intervenant plutôt en défense des employeurs et ceux intervenants plutôt en défense des employés, le CNAT offre une solution moderne et performante pour encadrer la résolution par l'arbitrage des litiges du travail. Ainsi, par exemple, si les parties ne savent pas qui choisir comme arbitre, une liste indicative de personnes spécialisées leur sera proposée.

De même, comme pour tout centre d'arbitrage, la procédure est contrôlée par un organe indépendant, de la confirmation des arbitres nommés jusqu'à la relecture de la sentence.

Bref, c'est un nouveau centre d'arbitrage, dont le champ d'intervention est spécifique et qui profite de la validité désormais certaine de la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail tant en matière interne qu'internationale, pour organiser et mettre en place dans les faits, ce mode juridictionnel de résolution des litiges qu'est l'arbitrage.

56. En conclusion, les développements qui précèdent ont permis de constater que, comme l'avaient écrit Robert Plaisant et Henri Motulsky dès 1956, « *le litige individuel du travail n'est pas congénitalement réfractaire à l'arbitrage* »<sup>92</sup>. Et deux ans plus tard, c'était au tour du Professeur Pierre Hébraud d'affirmer à juste titre que « *le contrat de travail n'est pas une matière soustraite, entièrement et par nature, à l'arbitrage* »<sup>93</sup>. Il n'existe donc aucune antinomie entre l'arbitrage et le droit du travail. Et on pourrait même se demander si l'arbitrage ne devrait pas être une justice normale, sinon idéale, pour résoudre les conflits du travail.

58. Ce n'est guère étonnant car non seulement le litige du travail s'épanouit parfaitement dans l'arbitrage, mais en plus il assure à chaque fois la protection du salarié qui peut s'y opposer s'il y voit, à tort ou à raison, un danger ou un inconvénient.

C'est ce qu'avait bien compris les promoteurs d'une telle solution. Ils avaient fait ainsi œuvre utile et levé un tabou, encore très ancré dans l'opinion de nombreux habitués des Conseils de prud'hommes. Cette avancée a été bénéfique. Il fallait qu'elle soit concrétisée par la jurisprudence et par la pratique. C'est désormais chose faite.

92. R. Plaisant et H. Motulsky : « L'arbitrage et les conflits du travail », *op. cit.*, spéc. n° 4.

93. P. Hébraud : « Domaine de l'arbitrage et de la clause compromissoire. Matières civiles ; actes mixtes et contrat de travail », *obs. sous Cass. soc.*, 7 févr. 1958, *RTD civ.* 1958.663, spéc. p. 664.



---

# **L'ARBITRAGE, UNE ALTERNATIVE POUR LES LITIGES A PETITS ENJEUX**

Par Jean-Robin Costargent  
et Julie Spinelli



# L'ARBITRAGE, UNE ALTERNATIVE POUR LES LITIGES A PETIT ENJEUX

Par Jean-Robin Costargent,

Collaborateur Senior, EY Dispute Services, Experts quantum arbitrage

Et Julie Spinelli,

Avocat à la Cour,

Collaboratrice Sénior, Derains Gharavi International

L'arbitrage, cette institution fascinante et effrayante à la fois,<sup>94</sup> « *de nature à provoquer des réactions passionnelles* » comme l'affirmait Motulsky<sup>95</sup>, peut-elle servir les intérêts d'enjeux plus modestes qu'à son habitude ? L'arbitrage défini aux articles 1442 et suivants du Code de procédure civile (CPC) permet de soumettre, par une convention, le règlement d'un différend né ou susceptible de naître à une personne indépendante et impartiale investie ainsi de la mission de juger. Ceci permet de soustraire le litige aux tribunaux étatiques, évitant ainsi les délais et lourdeurs du contentieux étatique. Si l'arbitrage international s'est considérablement développé du fait des échanges internationaux, c'est notamment parce que ce mode de résolution des litiges est particulièrement adapté aux transactions commerciales internationales. Appliquant des procédures claires et transparentes, l'arbitrage offre aux parties des gains considérables en termes de célérité et de souplesse procédurale, tout en offrant un forum neutre et une sentence exécutoire dans de nombreux pays.

Toutefois, l'arbitrage engendre aussi des coûts, qui pour certains sont incompressibles. C'est le cas par exemple des honoraires des arbitres, que l'arbitrage soit ad hoc ou institutionnel. Ces derniers seront fixés en fonction du nombre d'arbitres, au regard du montant en litige et/ou de la complexité du litige, selon différentes méthodes (en fonction d'un barème ou au temps passé par l'arbitre)<sup>96</sup>. C'est aussi le cas des frais administratifs de l'institution arbitrale administrant la procédure d'arbitrage dans le cas d'un arbitrage institutionnel. Eux aussi sont fixés par voie de barème<sup>97</sup>. Ainsi, pour une procédure variant entre 0 et 250 000 euros, les frais et honoraires d'arbitrage varieront entre 20 000 à 45 000 euros pour une procédure administrée par le Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris (« CMAP »)<sup>98</sup>, entre 7 500 euros à 14,3% du montant en jeu pour une procédure administrée par l'Association française de l'arbitrage (« AFA »)<sup>99</sup> et entre

94. J-B Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016 p 1 citant E. Gaillard, JCP 2010, 585.

95. J-B Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016 p1 citant Ecrits II, Ecrits et notes sur l'arbitrage, préf. Cl. Reymond, Dalloz, 2010, p. 209.

96. Par exemple, voir le barème des frais et honoraires d'arbitrage du CMAP applicable au 1<sup>er</sup> septembre 2016 (<http://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/11/CMAP-Bareme-Arbitrage.pdf>), celui de l'AFA (<http://www.afa-arbitrage.com/l-arbitrage/bareme/>), celui de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris ([http://www.arbitrage.org/admin/style/js/tinymce/uploaded/BAREME%20GENERAL%202015%20\(2\)\\_2.pdf](http://www.arbitrage.org/admin/style/js/tinymce/uploaded/BAREME%20GENERAL%202015%20(2)_2.pdf)) ou encore celui de la CCI (<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-french-version.pdf>).

97. Par exemple, voir le barème des frais et honoraires d'arbitrage du CMAP applicable au 1<sup>er</sup> septembre 2016 (<http://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/11/CMAP-Bareme-Arbitrage.pdf>), celui de l'AFA (<http://www.afa-arbitrage.com/l-arbitrage/bareme/>), celui de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris ([http://www.arbitrage.org/admin/style/js/tinymce/uploaded/BAREME%20GENERAL%202015%20\(2\)\\_2.pdf](http://www.arbitrage.org/admin/style/js/tinymce/uploaded/BAREME%20GENERAL%202015%20(2)_2.pdf)).

98. Barème des frais et honoraires d'arbitrage du CMAP applicable au 1<sup>er</sup> septembre 2016 (<http://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/11/CMAP-Bareme-Arbitrage.pdf>).

99. Barème des honoraires des arbitres et frais d'administration de l'AFA (<http://www.afa-arbitrage.com/l-arbitrage/bareme/>).

5 800 euros + 5 % et 11 900 euros et 3,5 % du montant du litige pour une procédure administrée par la Chambre Arbitrale Internationale de Paris (« CAIP »)<sup>100</sup>.

C'est probablement en raison de ces coûts que l'arbitrage interne (franco-français) s'est jusqu'à présent relativement peu développé. C'est en tous cas ce que semble indiquer les résultats d'une étude menée en 2014 par le « *Think Tank* » du Parlement européen, intitulée « *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU* »<sup>101</sup>. Les personnes françaises interrogées au cours de cette enquête ont estimé en moyenne que le coût global d'une procédure d'arbitrage menée en France était plus élevé que celle d'une procédure contentieuse française classique, l'écart de coûts entre les deux procédures étant semble-t-il plus important que dans les autres états européens et suisse<sup>102</sup>. La même étude montre qu'en moyenne, les personnes françaises interrogées considèrent l'arbitrage comme inadapté aux litiges portant sur des contrats de faible valeur, la rapidité de l'arbitrage n'étant pas suffisant pour faire pencher la balance en faveur de l'arbitrage<sup>103</sup>.

De tels résultats ne manquent pas de surprendre lorsque l'on sait que depuis la réforme de 2011, l'arbitrage interne ne connaît plus de double degré de juridiction (sauf par convention des parties)<sup>104</sup> et qu'une procédure d'arbitrage classique administrée par une institution comme le CMAP dure en moyenne 8 mois<sup>105</sup>, alors qu'une procédure contentieuse classique dure en moyenne 7 mois en première instance et 12,2 mois en appel, soit 17,7 mois au total, 75 % des affaires se déroulant sur 17,8 mois au stade de l'appel seulement<sup>106</sup>.

Alors, comment l'arbitrage, le mode favori de résolutions des litiges internationaux, peut-il être un mode de résolution adapté aux petits litiges ? Le constat tiré au sein de l'étude européenne datant de 2014 est-il toujours d'actualité en 2017 alors que désormais la plupart des centres d'arbitrage proposent des procédures accélérées et des mesures visant à réduire les coûts de l'arbitrage et que l'arbitrage en ligne est en plein essor ?

C'est à cette question que nous proposons de répondre dans le présent article. Avant d'analyser quels sont les outils existants pour la résolution des petits litiges au sein de l'appareil étatique (II) et les alternatives qu'offre l'arbitrage (III), nous proposons de tenter de définir ce que l'on entend par « *petits litiges* » (I).

100. Barème général au 1<sup>er</sup> janvier 2015 de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris ([http://www.arbitrage.org/admin/style/js/tinyMCE/uploaded/BAREME%20GENERAL%202015%20\(2\)\\_2.pdf](http://www.arbitrage.org/admin/style/js/tinyMCE/uploaded/BAREME%20GENERAL%202015%20(2)_2.pdf)).

101. "Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU", p.94, available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL\\_STU\(2015\)509988\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf).

102. "Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU", p.94, available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL\\_STU\(2015\)509988\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf).

103. "Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU", p.94, available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL\\_STU\(2015\)509988\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf).

104. Article 1489 du Code de procédure civile.

105. Statistiques du CMAP en matière d'arbitrage pour 2015-2016 : <http://www.cmap.fr/le-cmap/les-statistiques-du-cmap/>

106. Rapport du Ministère de la Justice intitulé « *Les Chiffres clés de 2016* », p. 11-12 [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_CC%202016.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_CC%202016.pdf)

## 1. Le « petit litige », un concept protéiforme et aux contours incertains

Une grande partie du contentieux classique concerne les « *petits litiges* », qualifié de « *contentieux de masse* »<sup>107</sup>. Or parfois ces contentieux sont plus complexes que ces qualificatifs ne le laissent paraître. Pourtant, le terme « *petit litige* » n'est pas une notion définie expressément par notre droit positif, à l'exception du terme contenu dans le Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant « *une procédure européenne de règlement des petits litiges* » et reproduit aux articles 1382 et suivants du CPC. Cette procédure a été adoptée en vue de simplifier, d'accélérer et de réduire le coût du règlement des litiges concernant les demandes de faible importance en matière de droits des consommateurs et en matière commerciale<sup>108</sup>. Cette procédure ne concerne que les litiges en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontaliers, quelle que soit la nature de la juridiction, lorsque le montant d'une demande ne dépasse pas 2 000 euros, hors intérêts, frais et débours<sup>109</sup>. Ainsi au titre du Règlement (CE) n° 861/2007, un litige est considéré comme un « *petit litige* » dès lors qu'il n'excède pas 2 000 euros.

Pour les affaires civiles franco-françaises, le seuil est différent. Les juridictions de proximité ayant été supprimées à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017, le tribunal d'instance est la seule juridiction traitant des « *petits litiges civils de la vie quotidienne* » et celui-ci peut connaître de toute demande portant sur des sommes inférieures à 10 000 euros<sup>110</sup>. Toutefois, le montant de la demande détermine aussi la compétence du tribunal d'instance à charge d'appel ou en dernier ressort et le tribunal d'instance connaît en dernier ressort des litiges dont la valeur n'excède pas 4 000 euros<sup>111</sup>. Ainsi, en contentieux franco-français, le seuil varie entre 0 et 10 000 euros, tous litiges en-deçà de 4 000 euros étant trop « petits » pour mériter un double degré de juridiction. Le tribunal d'instance a aussi compétence exclusive pour connaître de toute une série d'affaires, quel que soit le montant de la demande, comme par exemple les litiges entre propriétaires et locataires relatifs au logement d'habitation, les contestations en matière de funérailles; les litiges relatifs à l'élagage des arbres et des haies et les actions en bornage pour fixer les limites de deux propriétés ; les litiges relatifs aux crédits à la consommation d'un montant inférieur ou égal à 75 000 euros. Ainsi, dans le contentieux classique, la notion de « *petit litige* » est très difficile à délimiter tant les seuils (de 2 000 euros à 4 000 euros à 10 000 euros) et la nature des litiges varient.

Le même constat s'impose en arbitrage institutionnel où les écarts de seuils sont encore plus flagrants. Par exemple, dans la version révisée de son règlement d'arbitrage de 2012, en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> mars 2017, la Chambre de commerce internationale (la « CCI ») a introduit une procédure accélérée assurant un arbitrage efficace à moindres frais applicable automatiquement aux affaires dans lesquelles le montant en litige n'excède pas 2 millions de dollars US<sup>112</sup>. De son côté, la Chambre arbitrale internationale de Paris (CAIP) propose deux procédures accélérées : (i) la Procédure Accélérée de Règlement par Arbitrage

107. Rapport du Ministère de la Justice intitulé « *Les Chiffres clés de 2016* », [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_CC%202016.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_CC%202016.pdf)

108. Article 1 du Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0861&from=FR>)

109. Article 2 du Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0861&from=FR>)

110. <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/tribunal-dinstance-12035.html>

111. Articles R-221-4 et R-221-37 du CPC.

112. Règlement CCI (<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-french-version.pdf>).

---

des Différends (« PARAD ») qui facilite le recouvrement des créances certaines liquides et exigibles, d'un montant inférieur ou égal à 150 000 euros<sup>113</sup> ; et (ii) la Procédure d'Arbitrage Rapide (« PAR ») applicable à tout litige dont le montant est inférieur à 45 000 euros<sup>114</sup>. L'AFA indique pour sa part dans son barème des frais et honoraires que les frais administratifs sont réduits de moitié lorsque le montant en litige est inférieur à 50 000 euros s'il y a un arbitre unique<sup>115</sup>.

En outre, certaines institutions arbitrales, comme les plateformes d'arbitrage en ligne [www.fast-arbitre.com](http://www.fast-arbitre.com) ou [www.ejust.fr](http://www.ejust.fr), fixent les tarifs des procédures arbitrales de manière forfaitaire en fonction de la nature du litige et proposent des tarifs spéciaux pour les « *différends pour lesquels il n'existe en pratique aucune contestation réelle* »<sup>116</sup> ou encore les procédures portant sur les « *petits litiges du commerce* » étant eux-mêmes définis comme les litiges portant sur les opérations courantes du commerce tels que les factures impayées, l'absence ou le retard de livraison d'un produit ou d'une prestation, etc...<sup>117</sup>

Ainsi, il est très difficile de tirer une définition uniforme du « *petit litige* » tant les acceptions sont diverses selon les institutions arbitrales.

En tout état de cause, un litige limité dans son montant n'est pas synonyme de qualification juridique simple. Il peut en effet poser une question de droit difficile. De plus, un litige quel que soit son montant même minime, n'est jamais un petit litige pour le justiciable qui en est victime. Un litige qui peut paraître dérisoire en raison de son montant peut avoir des répercussions psychologiques et physiques désastreuses pour la ou les victimes.

Tant la justice étatique que l'arbitrage proposent aux litigants et aux praticiens des mécanismes pour résoudre au plus vite et à moindre coût un petit litige, qu'il soit considéré comme tel en raison de sa nature ou du montant en jeu. Nous proposons dans les développements ci-dessous de faire un tour d'horizon de ces mécanismes à la disposition des litigants.

Alors que les outils mis en œuvre par la justice étatique mettent l'accent sur une simplification des procédures déjà existantes (II), les outils développés en arbitrage proposent de moderniser, voire d'automatiser la procédure arbitrale afin de répondre au plus près et au plus vite aux besoins des justiciables pressés du 21<sup>e</sup> siècle (III). En cela, l'arbitrage semble s'imposer comme réelle alternative pour la résolution des « petits litiges » à l'avenir.

---

113. Annexe I, Règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, éd. 2015..

114. Annexe II, Règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, éd. 2015..

115. Barème des honoraires des arbitres et frais d'administration de l'AFA (<http://www.afa-arbitrage.com/l-arbitrage/bareme/>).

116. <https://www.ejust.fr/tarifs>

117. <https://www.fast-arbitre.com/Pricing>.

## 2. Qu'offre la justice étatique pour régler les petits litiges ?

Que les litiges soient considérés comme « petits » ou « grands », les juridictions françaises sont soumises à une obligation générale de trancher tous les litiges qui leur sont confiés. Si les sociologues et les professeurs de droit s'accordent pour dire que la société civile se judiciarise fortement d'années en années,<sup>118</sup> les statistiques publiées par le Ministère de la Justice montre une image plus nuancée de cette tendance.<sup>119</sup>

En effet, la judiciarisation de la société ne se reflète pas spécifiquement en matière civile et commerciale. Les statistiques officielles ne font état que de 0,3% d'augmentation du nombre de décisions civiles et commerciales entre 2005 et 2015. Toutefois, l'on peut noter que le nombre de décisions rendues par les tribunaux d'instance a substantiellement augmenté ces dix dernières années. Les statistiques officielles font en effet état de 9,7% d'augmentation entre 2005 et 2010, étant précisé que ce nombre inclut les décisions des tribunaux de proximité et les procédures simplifiées mises en œuvre devant les tribunaux d'instance.<sup>120</sup>

Cet essor inédit des tribunaux d'instance par rapport aux autres juridictions laisse penser que la judiciarisation de la société civile se passe au niveau des « petits litiges », le contentieux de masse.

Au vu du nombre croissant de petits litiges, les institutions étatiques ont mis en œuvre des solutions afin de répondre le plus efficacement possible au défi que constitue la résolution d'un petit litige. Ces solutions comprennent la simplification de la procédure civile devant le Tribunal d'instance (1), la procédure d'injonction de payer (2) et l'usage des technologies numériques à l'appui des juridictions étatiques (3).

### 1. La simplification de la procédure civile devant le Tribunal d'instance

La simplification de la procédure civile devant le Tribunal d'instance passe tout d'abord par la possibilité de saisir directement la juridiction par formulaire via une déclaration au greffe lorsque le montant de la demande n'excède pas 4 000 euros.<sup>121</sup> La procédure de déclaration au greffe permet de saisir le tribunal d'instance sans passer par un huissier. Le tribunal se charge alors lui-même de notifier la requête au défendeur. Cette saisine n'est cependant possible que pour les demandes dont le montant est déterminé.<sup>122</sup>

La simplification de la procédure civile s'exprime paradoxalement aussi par l'introduction d'une phase préalable de conciliation.<sup>123</sup> Cette conciliation est menée par le juge lui-même ou par un conciliateur judiciaire (avec l'accord des parties). Si les parties arrivent à s'entendre lors de la phase de conciliation, un

118. J. Commaille et alia (dir.), La juridicisation du politique. Leçons scientifiques, Paris, LGDJ, 2000. G. Flécheux, « La judiciarisation de la société, Les nouveaux enjeux de la justice », Petites affiches, 25 octobre 2000, n° 213, p. 58-59. J. Commaille et M. Kaluzynski, La fonction politique de la justice, Éditions La Découverte, Paris, 2007. J.-M. Marmayou, La société au risque de la judiciarisation, LexisNexis Colloques et Débats, 2008.

119. Ministère de la Justice français, «Les chiffres clés de la Justice», compilation annuelle des états statistiques. La liste des données publiées est disponible sur le site Internet du Ministère de la Justice français, à cette adresse : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/>

120. Id.

121. Article 843, Code de procédure civile.

122. Cour de cassation, Chambre civile 2, 28 janvier 2016, pourvoi n°14-29.117 : « Ce mode de saisine n'est pas ouvert dans les cas où la demande est indéterminée ».

123. Article 845, Code de procédure civile.

---

constat d'accord est signé. Cet accord pourra être homologué par le tribunal afin de lui octroyer la formule exécutoire.

## 2. L'efficacité de la procédure d'injonction de payer

L'injonction de payer est un autre moyen de répondre efficacement au défi que constitue la résolution d'un petit litige. Il s'agit d'une procédure judiciaire permettant de faire condamner un débiteur à payer la somme qu'il doit, rapidement et à moindres frais.<sup>124</sup> La procédure d'injonction de payer est limitée aux créances basées sur un contrat fixant un prix ferme et sans équivoque.

Cette procédure est particulièrement adaptée aux petits litiges aux enjeux très limités. En effet, la requête se rédige en complétant un formulaire disponible sur le site du Ministère de la justice, avant de la déposer au greffe en main propre ou par voie postale.

Si le juge saisi de la demande d'injonction l'estime suffisamment fondée, il peut décider de rendre une ordonnance portant injonction de payer pour la somme qu'il retient, et si le débiteur ne répond pas à l'injonction de payer à l'expiration du délai d'un mois, le créancier peut demander au greffe d'apposer la formule exécutoire sur l'ordonnance.<sup>125</sup> La procédure n'est pas contradictoire, et en cas de rejet de sa demande, le créancier ne dispose d'aucun recours ; il peut toutefois engager une procédure judiciaire classique.

Selon le Ministère de la justice, la moitié des ordonnances d'injonction de payer sont prononcées dans un délai inférieur à un mois, et près de 75 % des demandes ont été accordées en 2014.<sup>126</sup>

L'injonction peut aussi être européenne. C'est l'IPE (injonction de payer européenne), prévue par le règlement n°1896/2006 du 12 décembre 2006<sup>127</sup> : elle a pour objet les litiges transfrontaliers (au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un Etat membre de l'Union Européenne). L'injonction de payer européenne doit alors être signifiée au défendeur par la juridiction locale.

## 3. Les technologies numériques à l'appui des juridictions étatiques

Par ailleurs, l'immixtion du numérique dans l'accès à la justice pour tous les litiges est en cours de déploiement.

En l'état actuel des choses, les projets mis en œuvre se focalisent sur les outils de gestion de litige depuis un site-plateforme unique (comme demanderjustice.com) : l'objectif est de répondre à une catégorie bien identifiée de litigants désireux de sous-traiter leurs petits litiges.<sup>128</sup> Les sites existants proposent d'accomplir les démarches auprès du Tribunal d'instance à la place des créanciers pour un montant fixe inférieur à 100 euros.

---

124. Articles 1405 et suivants, Code de procédure civile.

125. Article 1422, Code de procédure civile.

126. E. Dion, « La procédure simplifiée d'injonction de payer », Infostat Justice, novembre 2015, n° 137 : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_infostat\\_137\\_nov2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_infostat_137_nov2015.pdf)

127. Règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

128. <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-166192-la-legal-tech-une-palette-d-applications-au-service-du-droit-2064838.php>

Mais le caractère institutionnel, très réglementé, des juridictions étatiques refreine inévitablement les initiatives privées qui voudraient se greffer sur elles.

De même, si la médiation sectorielle et en matière de consommation rencontre un certain succès,<sup>129</sup> elle reste trop limitée dans son champ d'action et n'empêche que trop rarement la nécessité d'agir en justice pour obtenir gain de cause.

### 3. Quelles alternatives offre l'arbitrage pour régler les petits litiges ?

#### 1. Initiatives offertes par les institutions d'arbitrage : les procédures accélérées

Les institutions d'arbitrage ont orienté leurs efforts vers une simplification de leurs procédures d'arbitrage classiques, prenant conscience que les procédures existantes étaient trop coûteuses et trop complexes pour des litiges simples ou de faible montant.

A titre liminaire, il convient de distinguer les procédures dites « accélérées » et les procédures dites « d'urgence ». En effet, si les procédures accélérées ont pour vocation de simplifier la procédure classique pour l'adapter aux enjeux spécifiques des petits litiges, les procédures d'urgence ne visent pas spécifiquement les petits litiges mais plutôt un ou plusieurs aspects d'un litige plus important qui nécessitent une réponse urgente.

Depuis quelques années, les règlements d'arbitrage de la plupart des institutions ont été réformés pour y inclure des procédures accélérées d'arbitrage (CCI,<sup>130</sup> CMAP,<sup>131</sup> CAIP,<sup>132</sup> CAMP,<sup>133</sup> etc.).

C'est notamment le cas de la CCI, qui comme mentionné ci-dessus, a introduit en mars 2017 une procédure dite « accélérée » afin de traiter de façon plus rapide et moins coûteuse les petits litiges<sup>134</sup>. Dans cette procédure, toutes les étapes de la procédure classique de la CCI ont été simplifiées pour s'adapter aux petits litiges (arbitre unique, limitation du nombre et de la longueur des écritures et pièces versées aux débats, pas d'obligation de tenir d'audiences, etc.).<sup>135</sup> Le délai pour rendre la sentence est fixé à 6 mois,<sup>136</sup> et les coûts de la procédure accélérée de la CCI sont de l'ordre de 20 % moins cher que ceux d'un arbitrage classique.<sup>137</sup> Enfin, la CCI a édité un guide destiné à tous les représentants des parties (cadres dirigeants, juristes d'entreprise, représentants des gouvernements, etc.). Il a pour objet de les aider à prendre des décisions qui assurent, selon la complexité et le

129. Le site du Ministère de l'économie et des finances français recense plus de 40 types de procédures de médiation, selon leur spécificité sectorielle : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/saisir-mediateur>

130. Article 30, Règlement d'arbitrage de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, éd. 2017.

131. Article 32, Règlement d'arbitrage du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, éd. 2012.

132. Annexe I, Règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, éd. 2015.

133. Article 24, Règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, éd. 2014.

134. La version 2017 du Règlement se trouve sur le site Internet de la CCI : <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules-french-version/>

135. Article 2, Appendice VI « Règles relatives à la procédure accélérée », Règlement d'arbitrage de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, éd. 2017.

136. Article 4.1, Appendice VI « Règles relatives à la procédure accélérée », Règlement d'arbitrage de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, éd. 2017.

137. Article 4.2, Appendice VI « Règles relatives à la procédure accélérée », Règlement d'arbitrage de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, éd. 2017 : les honoraires du Tribunal arbitral sont fixés en fonction d'un barème réduit par rapport à la procédure classique.

---

montant du litige, une gestion efficace de l'arbitrage en termes de coûts et de délais.<sup>138</sup>

Par ailleurs, la CAIP a développé également deux types de procédures accélérées dans la version 2015 de son règlement d'arbitrage. La première est intitulée « Procédure Accélérée de Règlement par Arbitrage des Différends » (PARAD). Son objet affiché est de « *faciliter et accélérer le recouvrement des petites créances présentant un caractère certain, liquide et exigible* ». <sup>139</sup> L'objet de cette procédure est de permettre aux créanciers de recouvrer leurs droits une fois qu'un arbitre unique aura vérifié et établi la véracité d'une telle demande. <sup>140</sup> La seconde procédure est intitulée « Procédure d'Arbitrage Rapide » (PAR). Cette procédure est applicable à tout litige dont le montant est inférieur à 45 000 euros. C'est alors un arbitre unique qui statue sur pièces et en équité. Le délai de la procédure dans son entier est estimé à trois mois. <sup>141</sup>

Il est encore trop tôt pour tirer un bilan de ces évolutions procédurales audacieuses, mais ces initiatives, et notamment celle de la CCI, ont été accueillies favorablement par la communauté arbitrale.

## 2. Initiatives des entreprises de legaltech

En parallèle des réformes entreprises par les institutions d'arbitrage implémentées en France, des initiatives entrepreneuriales privées se sont développées afin de favoriser l'arbitrabilité en pratique des petits litiges. L'arbitrage s'avère en effet particulièrement adapté aux technologies du numérique, de la robotisation et du « *tout en ligne* ». <sup>142</sup>

L'arbitrage en ligne pour les petits litiges est né des réflexions des géants de la distribution américains, eBay en particulier. Le responsable du contentieux d'eBay dans les années 90, face au problème des millions de contentieux initiés contre la plateforme et ses marchands pour des sommes dérisoires, a proposé un système d'arbitrage en ligne qui automatiserait autant que possible les litiges afin de diminuer leur coût et leur traitement. L'outil qui a alors été créé est devenu l'objet commercial d'une entreprise de la Silicon Valley à part entière. <sup>143</sup>

L'idée d'une plateforme d'arbitrage en ligne, qui pour un coût modique et dans un temps très court, produirait une sentence ayant valeur de jugement rendu en dernier ressort, <sup>144</sup> fait office aujourd'hui de graal numérique. <sup>145</sup>

---

138. Commission d'arbitrage de la CCI, « Gestion efficace de l'arbitrage – Guide destiné aux juristes d'entreprise et aux autres représentants des parties », 6 juin 2014.

139. Article 3.A, Annexe I, Règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, éd. 2015.

140. Annexe I, Règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, éd. 2015.

141. Annexe II, Règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, éd. 2015.

142. A ce titre, la CNUDCI a constitué un groupe de travail sur le sujet du règlement des litiges en ligne. Leurs travaux sont disponibles en français et en anglais sur le site de la CNUDCI : [http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html)

143. <http://modria.com/>

144. Article 1489 du Code de procédure civile.

145. E. Katsh, Actes du colloque « Premières journées internationales du droit du commerce électronique » [23-25 octobre 2000, dir. E.A Caprioli], Editions Litec / Droit de l'Entreprise, 2002, p.41.

Ces plateformes sont d'abord utilisées par les entreprises faisant face à de nombreux petits litiges commerciaux. Mais les projets de plateformes ont été accélérés au sein de l'Union Européenne avec la mise en place de la directive 2013/11/UE qui prévoit la possibilité pour le consommateur de recourir à un arbitrage en ligne en cas de litige avec un site marchand.<sup>146</sup>

Le développement d'une telle justice présente les avantages d'avoir un coût contrôlé et concurrentiel, un accès à un outil en ligne très ergonomique afin de gérer potentiellement des centaines de petits litiges en même temps et des délais réduits par rapport à une procédure judiciaire classique (1 à 3 mois en moyenne).<sup>147</sup>

En revanche, l'arbitrage en ligne, surtout émanant d'initiatives privées au dimensionnement réduit, exacerbe les limites inhérentes à la procédure arbitrale, notamment en ce qui concerne la validité de telles sentences (problèmes d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre au sein d'une procédure de plus en plus robotisée), l'absence de recours (autre que le recours en annulation) et leur exécution (accueil des juridictions nationales vis-à-vis de sentences arbitrales dont le format et la procédure leur est étranger).<sup>148</sup>

Afin d'améliorer le traitement des petits litiges, le premier relais des initiatives et innovations citées ici demeure les avocats. C'est en se saisissant de la question et utilisant les nouveaux outils qui leurs sont proposés que les petits litiges ne seront plus un problème de taille, mais seulement une spécificité procédurale comme les autres types de litiges.

**146.** Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) 2006/2004 et la directive 2009/22/CE.

**147.** Parmi les sites existants, on peut citer en France : <https://www.ejust.fr/> ou encore <https://www.fast-arbitre.com>.

**148.** Ph. Pinsolle, « L'utilisation des nouvelles technologies dans l'arbitrage (Nouvelles tendances de l'arbitrage) », RDAI /IBLJ N° 2006, p. 374.

---

# LE TRIBUNAL ARBITRAL

Par Clément Fouchard  
et Jean du Parc



# LE TRIBUNAL ARBITRAL

Par Clément Fouchard,

avocat au barreau de Paris,  
Linklaters LLP

Et Jean du Parc,

ancien Bâtonnier,  
Avocat honoraire, Arbitre.

Le tribunal arbitral est chargé de trancher le litige que les parties lui ont confié à travers une ou plusieurs sentences arbitrales. Avant de parvenir au prononcé de la sentence finale, le tribunal arbitral conduit la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral est donc l'organe majeur du processus arbitral.

L'exposé qui suit présente, en matière d'arbitrage interne, les règles relatives à la composition (1.) et à la constitution (2.) du tribunal arbitral ainsi que les droits et obligations des arbitres (3.). Si la matière est naturellement encadrée par les dispositions du Code de procédure civile (« CPC »), il est important de compléter leur lecture et leur analyse par des considérations pratiques.

## 1. La composition du tribunal arbitral

Le tribunal arbitral est composé d'un arbitre unique ou de plusieurs arbitres.

L'arbitre doit être une *personne physique* qui doit jouir du plein exercice de ses droits (art.1450 al. 1<sup>er</sup> du CPC). Cette dernière condition signifie qu'un mineur émancipé pourra être arbitre puisqu'il est capable comme un majeur, qu'un majeur placé sous le régime de la curatelle ou de la tutelle ne peut en revanche être arbitre. Ce n'est pas le cas de la personne placée sous sauvegarde de justice, qui conserve le plein exercice de ses droits. L'interdiction d'être arbitre frappe également les personnes dont la faillite personnelle a été prononcée. Il existe enfin certaines restrictions liées à l'exercice de certaines activités professionnelles jugées incompatible avec la fonction d'arbitre (magistrats, sauf ceux à la retraite, fonctionnaires, sauf enseignants-chercheurs).

La composition du tribunal arbitral est déterminée par l'article 1451 du CPC qui dispose à l'alinéa premier que le tribunal arbitral est composé d'un ou plusieurs arbitres, en nombre impair. En cas de parité dans le nombre d'arbitres, la convention d'arbitrage (qui on le rappelle désigne tant la clause compromissoire que le compromis d'arbitrage) n'est pas jugée nulle ou manifestement nulle : un mécanisme correcteur est organisé en trois étapes par les alinéas 2 et 3 de l'article 1451 du CPC. L'initiative est d'abord laissée aux parties pour compléter le tribunal, puis en cas de désaccord, aux arbitres choisis, pendant un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation. Au-delà c'est le juge d'appui (saisi par l'une des parties, l'un des arbitres ou le tribunal arbitral) qui dispose d'une compétence subsidiaire, à l'instar de ses pouvoirs en matière de résolution des différends relatifs à la constitution du tribunal arbitral (voir encadré).

---

## 2. Constitution

---

Seront exposés en premier lieu les règles régissant la nomination du ou des arbitres (1.) puis comment procéder en pratique lorsque les parties désignent un arbitre (2.).

### 1 – La nomination des arbitres

Le principe en la matière est la liberté contractuelle : sont appliquées les modalités de désignation des arbitres définies par les parties. En l'absence d'accord entre les parties, l'article 1452 du CPC distingue selon que la convention d'arbitrage prévoit la désignation (i) d'un arbitre unique, dans ce cas la désignation est effectuée par la personne chargée d'organiser d'arbitrage (c'est-à-dire l'institution arbitrale) ou à défaut le juge d'appui ou (ii) de trois arbitres, dans ce second cas chaque partie désigne un arbitre et les deux co-arbitres (en concertation, ou non, avec les parties), désignent le troisième arbitre. Si une partie ne choisit pas d'arbitre dans le délai d'un mois de la demande qui lui en a été faite, ou si les deux co-arbitres ne parviennent pas à s'accorder sur le nom du troisième arbitre, ce dernier est désigné par l'institution arbitrale ou à défaut par le juge d'appui. A noter que lorsque la convention d'arbitrage n'indique pas le nombre d'arbitres, à défaut d'accord entre les parties, c'est l'institution arbitrale ou à défaut le juge d'appui qui fixera le nombre d'arbitres et procédera à leur désignation.

### 2 – En pratique : le choix de l'arbitre

Les parties ou leurs conseils sont confrontés à la même question au début de chaque arbitrage, dont la réponse est à ce point importante qu'elle éluderait presque toutes les autres : quel(s) arbitre(s) choisir ? Un adage résume cette situation : « tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage ». Alors que devant la justice étatique, le choix du juge ne se pose pas, devant la justice arbitrale, cette possibilité constitue bien souvent l'une des raisons profondes de la volonté des parties de renoncer à la première pour la seconde.

Si le choix de recourir à l'arbitrage est le plus souvent fait *in abstracto*, à l'occasion de la signature d'un contrat, le choix de l'arbitre n'intervient, en général, qu'au moment de la survenance du litige. Et il importe, alors, de constituer le tribunal le plus apte et le plus approprié à en connaître !

Si le choix d'un arbitre par une partie est en principe libre, il ne faudrait pas considérer que ce choix est celui de « son » arbitre. En effet, une fois désigné, l'arbitre devient, au sein du futur tribunal arbitral, un juge indépendant et impartial, qualités qui devront, au surplus, être reconnues par la partie adverse, et, en cas de contestation par cette dernière, par l'institution ou le juge d'appui.

Comment en pratique choisit-on un arbitre ? Cette question en appelle une autre : comment la partie ou son conseil entre-t-elle en contact avec la personne pressentie ? Concrètement, les contacts sont établis *ex parte* (le principe du contradictoire ne s'impose pas encore puisque, par définition, le tribunal arbitral n'est pas constitué) mais il est fortement recommandé de limiter les échanges aux informations strictement nécessaires à la personne pressentie pour pouvoir se déterminer (identité des parties et de leur conseils s'ils sont connus, objet du litige, en matière internationale droit applicable et langue de l'arbitrage, et montant en litige) en s'abstenant d'évoquer le fond du litige.

## Quels sont les critères qui doivent présider au choix d'un arbitre ?

1. **Les critères objectifs** : s'il est indispensable que le tribunal arbitral, lorsqu'il est composé de trois membres, soit composé d'au moins un juriste, de préférence aguerri à la pratique de l'arbitrage (généralement le président du tribunal qui sera celui qui rédigera la sentence arbitrale), la présence, à ses côtés, d'un technicien de la matière en discussion l'est tout autant. L'expérience des arbitres doit également être considérée de plusieurs manières. L'expérience renvoie tout d'abord à la qualité du travail d'arbitre, que ce soit parce que l'arbitre est spécialiste du domaine juridique du litige en question (par exemple en propriété intellectuelle ou en droit de la distribution) soit parce qu'il dispose d'une grande expérience en tant qu'arbitre ou conseil spécialiste d'arbitrage. La plus ou moins grande expérience d'un arbitre influe sur deux autres aspects également primordiaux pour les parties : le coût et la durée de l'arbitrage. Comme dans toutes choses, plus un arbitre sera aguerri, disposant d'une bonne réputation, d'une grande expérience, plus il risque d'avoir des prétentions financières élevées et de disposer de moins de temps pour remplir sa mission. Tout sera donc une question de dosage et d'équilibre en constituant le tribunal arbitral en fonction de la nature du litige et de ses enjeux.
2. **Les critères subjectifs**, au premier rang desquels se situe la confiance. Corollaire du choix de l'arbitre, chaque partie doit avoir confiance dans l'arbitre unique, ou dans l'arbitre qu'elle aura choisi mais également dans le président du tribunal arbitral.

Cette confiance n'est cependant pas un « saut dans l'inconnu », car elle repose sur (i) l'obligation d'indépendance et d'impartialité qui pèsent sur l'arbitre, tant au moment de l'acceptation de sa mission que pendant tout le déroulement de celle-ci, (ii) l'obligation de loyauté dans la conduite de la procédure (art. 1464 al. 3 du CPC) et (iii) la renommée et l'expérience reconnue à l'arbitre.

La confiance en l'arbitre éclaire une tension entre, d'une part, le nécessaire lien (même indirect) qui existe entre une partie (ou son conseil) et un arbitre (on ne choisit pas un parfait inconnu), et, d'autre part, l'exigence d'indépendance et d'impartialité attendue de tout arbitre. Cette tension est d'ailleurs encore plus vive dans le cas du co-arbitre choisi par une partie. Doit-il être aussi indépendant que le président ou l'arbitre unique ? Si la réponse est sans hésiter positive, il est exact qu'il existe une différence entre les deux positions. L'attente minimale, pour une partie qui désigne un co-arbitre, est d'avoir l'écoute de cet arbitre (on dit que le co-arbitre s'attachera à faire en sorte que la position de la partie qu'il l'a choisi soit entendue et comprise au sein du tribunal). Cette attente est parfaitement légitime. De même, il n'y a rien de suspect à ce que les vues d'un arbitre soient conformes aux intérêts de la partie qui l'a désigné mais il ne faut pas que la partialité s'instaure. L'arbitre qui la laisserait poindre perdrait sa crédibilité au sein du collège arbitral, au détriment de la partie l'ayant nommé.

3. **Critère complémentaire** : la disponibilité. Facteur d'efficacité de l'arbitrage, la disponibilité des arbitres est un point essentiel au bon déroulement (c'est-à-dire efficace) de la procédure arbitrale. Evoquée à l'article 1464 al 3 du CPC, la disponibilité doit être vérifiée avant toute désignation. Pour ce faire, le plus simple est encore d'interroger la personne pressentie en lui demandant par exemple le nombre de procédures arbitrales dans laquelle elle est engagée (en tant que président, arbitre unique, co-arbitre ou conseil) et plus particulièrement le nombre de sentences arbitrales qu'elle doit rédiger.

---

### 3. De la nomination des arbitres à la constitution du tribunal arbitral

Le tribunal arbitral est constitué, et réputé saisi, à la date à laquelle le dernier arbitre désigné accepte la mission confiée. *Pour des raisons de computation du délai d'arbitrage, souvent prévu avec une brièveté irréaliste, l'acceptation du dernier arbitre peut être effectuée sous condition de ne prendre effet qu'à la date de signature de l'acte de mission.*

### 3. Les obligations des arbitres

---

Dès avant d'accepter sa mission, un arbitre doit révéler les circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité (article 1456 al 2 du CPC). *Cette obligation perdure, d'ailleurs, durant toute la durée de sa mission. Cette obligation impérative a donné lieu encore récemment à une abondante jurisprudence, particulièrement exigeante de transparence au sens des dispositions de l'article 6 de la CEDH.*

En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est tranchée par l'institution ou le juge d'appui, lesquels doivent être saisis dans le délai de 30 jours de la découverte ou de la révélation de la situation litigieuse (art. 1456 al. 3 du CPC).

L'arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme, sauf cas d'empêchement justifié, sauf cause légitime d'abstention, ou démission (art. 1457 al. 1 du CPC).

En cas de différend, la difficulté est réglée par l'institution ou le juge d'appui, saisis dans le délai d'un mois (art. 1457 al. 2 du CPC).

Un arbitre peut être révoqué par accord unanime (article 1458 du CPC), à défaut duquel il convient d'appliquer les dispositions de l'article 1456 al 3 du CPC (art. 1458 du CPC).

Les arbitres doivent respecter les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 du CPC (article 1464 al. 2 du CPC).

Les arbitres doivent également agir avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure (article 1464 al. 3 du CPC).

Enfin, l'obligation la plus importante des arbitres, mais qui intervient seulement à la fin du processus arbitral, est de trancher le litige, que ce soit conformément aux règles de droit ou en amiable composition, si les parties lui ont confié cette mission (article 1478 du CPC).

## Le juge d'appui en sept questions

La dénomination de « juge d'appui », consacrée par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage, est tirée de la pratique antérieure, et a le mérite de replacer ce juge, rouage essentiel de la procédure arbitrale, dans une fonction de « facilitateur » de son déroulement, avec mission de se substituer à l'accord des parties à chaque fois que ce défaut d'accord aboutirait à un blocage de la procédure initialement voulue par les parties.



### De quel juge s'agit-il ?

Le Président du tribunal de grande instance (art. 1459, al 1<sup>er</sup> du CPC) ou bien le Président du tribunal de commerce si la convention d'arbitrage le prévoit expressément (art 1459 al 2 du CPC) mais uniquement pour certaines parties de la mission de juge d'appui (échappent ainsi au juge consulaire les prérogatives en matière de récusation, de remplacement ou de révocation d'un arbitre). Cette différence de traitement a pour conséquence, en cas de choix du Président du tribunal de commerce, d'éclater les différends devant deux juges d'appui. La compétence territoriale du juge d'appui est celle prévue par la convention d'arbitrage, ou à défaut, celle du ressort du siège du tribunal arbitral et si rien n'est prévu dans la convention d'arbitrage, celle du domicile de l'un des défendeurs, ou celui du demandeur si les défendeurs résident hors de France (art. 1459, al 3 du CPC).



### Qui saisit le juge d'appui ?

Le juge d'appui peut être saisi par une partie à l'arbitrage, par le tribunal arbitral ou par l'un des arbitres (art 1460 al. 1<sup>er</sup> du CPC).



### Quelle procédure de saisie ?

La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé (art. 1460, al. 2 du CPC).



### Quels recours contre l'ordonnance du juge d'appui ?

L'ordonnance est non susceptible de recours, sauf si le juge refuse la désignation d'un tribunal arbitral en considérant manifestement nulle ou inapplicable la convention d'arbitrage (art. 1460 al. 3 du CPC). Le recours est également ouvert en cas d'excès de pouvoir.



### Quels pouvoir du juge d'appui lors de la constitution du tribunal ?

Le juge d'appui désigne l'arbitre nécessaire à l'imparité du tribunal arbitral en matière interne (art. 1451, al. 3 du CPC), à défaut d'accord et d'institution, il désigne l'arbitre unique (art. 1452, al. 2 du CPC), il désigne l'arbitre qu'une partie refuse de désigner (art. 1452, al. 3 du CPC), il désigne le président du tribunal arbitral lorsque les arbitres désignés n'y parviennent pas dans le délai d'un mois de l'acceptation de leur désignation (art. 1452, al. 3 du CPC), si les parties, en nombre supérieur à deux, ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral (art. 1453 du CPC), en cas de difficulté sur le maintien, dans le tribunal en cours de constitution, d'un arbitre dont l'indépendance ou l'impartialité sont contestées (art. 1456, al. 3 du CPC).



### **Quels pouvoir du juge d'appui pendant la mission du tribunal arbitral ?**

Le juge d'appui remplace un arbitre défaillant par suite d'abstention, de démission ou d'empêchement (art. 1457 du CPC), il remplace un arbitre dont l'indépendance ou l'impartialité seraient contestées dans les 30 jours d'une révélation ou d'une découverte (art. 1456, al. 3 du CPC).



### **Quels pouvoir du juge d'appui en matière de délai de l'arbitrage ?**

Le juge d'appui dispose enfin du pouvoir de proroger le délai légal ou conventionnel de l'arbitrage (art. 1463, al. 2 du CPC).



---

# L'INSTRUCTION DU LITIGE EN MATIÈRE D'ARBITRAGE

Par Irène Léger  
et Louis Degos



# L'INSTRUCTION DU LITIGE EN MATIÈRE D'ARBITRAGE

Par Irène Léger,  
Avocat au barreau de Paris

et Louis Degos,  
Avocat spécialiste en droit de l'arbitrage,  
Ancien membre du Conseil de l'Ordre de Paris,  
Président de la Commission prospective du Conseil national des barreaux.

En matière d'instruction du litige, la procédure arbitrale ne peut que bénéficier de la comparaison avec la procédure civile.

L'instruction d'une procédure civile a été définie, au sens large, comme la phase du procès qui englobe non seulement la phase préparatoire (comprenant la communication des pièces, l'exécution des mesures d'instruction, l'échange des conclusions), mais aussi les plaidoiries et les débats qui concourent à éclairer le juge<sup>149</sup>.

L'instruction judiciaire se veut protéiforme (incluant notamment la preuve testimoniale qui peut être forcée par le juge, l'enquête, l'expertise amiable ou judiciaire et les autres mesures d'instruction susceptibles d'être ordonnées) et le juge judiciaire dispose du pouvoir d'*imperium* qui fait défaut à l'arbitre<sup>150</sup>. Il serait pourtant erroné d'en conclure que la procédure d'arbitrage ne permettrait pas une instruction satisfaisante du litige, au contraire.

Ainsi, la procédure d'arbitrage se caractérise par une instruction efficace, grâce à sa flexibilité et aux différents modes d'administration de la preuve qu'elle a vu naître, notamment « par contagion » de la procédure d'arbitrage international irriguée par les apports des traditions juridiques en présence (1).

Grâce à ces outils, l'arbitre est mieux armé que le juge judiciaire pour mener une instruction correspondant aux objectifs de la réforme du droit des obligations dans l'exercice des nouveaux pouvoirs d'amputation et de révision du contrat par le juge (2).

## 1. Les outils de la procédure d'arbitrage au service d'une instruction du litige efficace

Le droit français de l'arbitrage issu de la réforme du 13 janvier 2011 ne traite pas de façon générale de l'administration de la preuve devant l'arbitre mais rappelle à l'article 1464 du Code de Procédure Civile (ci-après : « CPC ») la grande liberté de l'arbitre dans le choix des règles de procédure. L'arbitre est ainsi en mesure de s'affranchir des contraintes de la procédure judiciaire, ce qui constitue l'un des principaux attraits de l'arbitrage et autorise justement les parties, pour convaincre

149. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 500.

150. V. à ce sujet les études critiques de Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 245 et D. Chekroun, *L'imperium de l'arbitre*, Thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, Préf. E. Jeuland, 2008.

---

l'arbitre, à combiner des règles relatives à la preuve issues de traditions juridiques distinctes, dans le respect des principes directeurs du procès<sup>151</sup>.

À côté des pouvoirs d'instruction spécifiques de l'arbitre déjà dévolus, notamment celui de procéder à tous les actes d'instruction qu'il estime nécessaire ou d'entendre toute personne (art. 1467, al. 3 CPC), d'autres ont été ajoutés par le décret portant réforme du droit de l'arbitrage en 2011, à travers la possibilité pour l'arbitre d'assortir d'une peine d'astreinte sa décision d'enjoindre à une partie de produire un élément de preuve qu'elle détiendrait (art. 1467, al. 3 CPC), celle d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires (art. 1468, al. 1er CPC) ou d'obtenir la production de documents détenus par un tiers, puisque l'arbitre peut inviter une partie à assigner ce tiers devant le président du Tribunal de grande instance (TGI) pour qu'il ordonne judiciairement cette production (art. 1469 CPC)<sup>152</sup>.

Ces larges pouvoirs d'instruction remédient à l'absence d'*imperium* de l'arbitre et, combinés à la nature de la procédure d'arbitrage et aux créations de la pratique, conduisent à une instruction du litige moderne et efficace en matière d'arbitrage.

La nature de la procédure d'arbitrage rend en effet possible une proximité entre la juridiction arbitrale et les parties. Un temps important est consacré au suivi de la procédure par les arbitres et la pratique du contentieux arbitral révèle une multiplicité de contacts entre ces derniers, les parties et leurs conseils. Il en résulte que l'instruction du procès arbitral est généralement plus approfondie que devant les juridictions étatiques, où le nombre d'échanges lors d'une procédure de mise en état est plus limité<sup>153</sup>.

La liberté laissée aux parties et au tribunal arbitral dans l'organisation de la procédure (A) a permis de caractériser l'importance dans le procès arbitral, même interne, des demandes de production de documents (B) de l'interrogatoire des témoins de fait (C) et de l'expertise (D).

## A. L'organisation de la procédure d'arbitrage

Il a été souligné que la souplesse de la procédure d'arbitrage permet une organisation sur mesure grâce au choix des règles de procédure adaptées à l'instruction du litige en présence.

L'article 1464 CPC donne priorité aux parties pour choisir ces règles de procédure ; elles le feront, quant à la production des preuves, de façon indirecte, le plus souvent par référence à un règlement d'arbitrage qui pourra contenir des règles plus ou moins détaillées à cet égard. À défaut de règles précises choisies par les parties, il appartiendra au tribunal arbitral de les fixer.

À cet effet, il est souvent organisé une première audience dite « de procédure », afin de signer l'éventuel acte de mission<sup>154</sup> et de définir divers points relatifs au déroulement futur de l'instance, notamment le calendrier de procédure prévisionnel et les règles relatives à la production des preuves. L'acte de mission, s'il n'est pas obligatoire hors arbitrage CCI, est fréquent et se révèle extrêmement utile en ce qu'il fixe le cadre dans lequel l'arbitrage se déroulera et réduit le risque d'annulation de la sentence en permettant de contrôler que la mission

---

151. Th. Clay, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2015, p. 91, Art. 1464 CPC.

152. P. Duprey, « Présentation du nouveau décret sur l'arbitrage », in *L'arbitrage : principes et pratiques*, Les Cahiers du Conseil National des Barreaux, 2011, p. 14 ; J.-B. Racine, « Le nouvel arbitre », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, sous la dir. de Th. Clay, Lextenso, 2011, p. 117 et s.

153. D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, Lextenso, 2012, par. 290, p. 119.

154. Un acte de mission type peut être trouvé dans *L'arbitrage : principes et pratiques*, Les Cahiers du Conseil National des Barreaux 2011, p. 71.

juridictionnelle de l'arbitre et les délais ont été respectés<sup>155</sup>. Le projet d'acte de mission sera la plupart du temps transmis aux parties pour correction avant l'audience de procédure au cours de laquelle les parties et leurs conseils pourront participer à la détermination de la procédure et du calendrier. L'acte de mission sera alors signé.

Ainsi, les parties et les arbitres ont la liberté d'organiser la procédure d'arbitrage comme ils l'entendent, en alliant par exemple les procédures écrites et orales et en empruntant des éléments à des cultures juridiques différentes<sup>156</sup>. Certaines des traditions juridiques issues de la *common law*, comme les pratiques de *discovery* et de *cross-examination*, ont même pu commencer à imprégner les procédures d'arbitrage interne.

## B. Les demandes de production de documents

L'obligation de produire des documents à la demande de l'adversaire est beaucoup plus répandue dans l'arbitrage international que devant les tribunaux judiciaires des pays de droit civil, mais elle ne constitue qu'une adaptation édulcorée de la procédure de *discovery* extensive qui existe en *common law*, laquelle permet à une partie de bâtir tout son dossier en amont<sup>157</sup>. En arbitrage interne, on a vu que la production forcée de documents est admise et qu'elle concurrence la procédure judiciaire puisque l'arbitre peut enjoindre à une partie de produire un document, au besoin sous astreinte (art. 1467, al. 3 CPC), voire inviter une partie à assigner un tiers devant le président du TGI afin d'obtenir un document (art. 1469 CPC).

## C. L'interrogatoire des témoins de fait

La pratique de l'audition des témoins tend à s'introduire en arbitrage interne depuis plusieurs années, par « porosité » de la procédure d'arbitrage international où elle constitue une mesure d'administration de la preuve essentielle, issue de la conciliation déjà remarquée entre les grandes traditions juridiques<sup>158</sup>. En effet, dans la tradition de *common law*, l'audition des témoins au terme d'une *direct examination* (interrogatoire par l'avocat qui présente le témoin), d'une *cross examination* (contre-interrogatoire par l'avocat adverse) et d'une *re-examination* (ré-interrogation par le premier avocat) est une étape importante et obligatoire de la procédure<sup>159</sup>.

Devant les juridictions étatiques françaises, au contraire, la preuve testimoniale se fera plus couramment par des attestations écrites, et plus rarement le juge convoquera les témoins ou usera de son pouvoir d'enquête. Une autre distinction importante est que ni une partie, ni l'un de ses représentants ou salariés ne pourra être entendu en qualité de témoin, même s'il sera en mesure d'apporter ses observations à l'audience, ce qui ne sera pas sans conséquence au regard de la force probante de la déclaration<sup>160</sup>.

155. L. Weiller, « Compte-rendu de l'atelier de pratique arbitrale du Comité français de l'arbitrage (Paris, 20 mai 2010) : L'élaboration de l'acte de mission : de la conception à la rédaction », *Rev. arb.* 2010, p. 411.

156. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Lextenso, 2013, par. 48, p. 52.

157. Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2004, p. 781.

158. L. Weiller, « Compte-rendu de l'atelier de pratique arbitrale du Comité français de l'arbitrage (Paris, 17 mai 2011), L'audition des témoins dans l'arbitrage », *Rev. arb.* 2011, p. 864.

159. Y. Derains, *préc.*

160. L. Weiller, « Compte-rendu de l'atelier de pratique arbitrale du Comité français de l'arbitrage (Paris, 17 mai 2011), L'audition des témoins dans l'arbitrage », *préc.*

---

L'article 1467 al. 3 CPC prévoit en revanche, en arbitrage interne, que le tribunal arbitral puisse entendre toute personne, influencé en cela par la pratique de l'arbitrage international inspirée de la *common law*. L'intérêt de cette pratique est, lorsqu'elle intervient une fois que le tribunal dispose d'une connaissance générale significative de l'affaire, de permettre à l'arbitre d'approcher le litige « de l'intérieur », sans être lié par les qualifications des conseils des parties, ce qui peut s'avérer encore plus utile en amiable composition ou pour un certain caractère de litige<sup>161</sup>.

L'arbitre pourra alors choisir d'entendre un témoin à la demande d'une partie ou décider d'office d'entendre une personne comme témoin. Lors de l'audition, il veillera au bon déroulement des opérations dans le respect du principe du contradictoire et pourra décider d'interroger lui-même les témoins ou permettra aux avocats d'y procéder<sup>162</sup>. Le développement de la preuve testimoniale en matière d'arbitrage interne ne peut être que bénéfique pour une instruction du litige efficace et approfondie, et la flexibilité de la procédure arbitrale doit être mise à profit pour réaliser cette synthèse opportune avec des pratiques issues de traditions juridiques différentes.

## D. L'expertise

Enfin, et comme en matière juridictionnelle, l'arbitre peut faire procéder à des constatations ou à une expertise, sauf à ce que « les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres » (art. 1467 CPC), ce qui peut être justifié pour certaines opérations d'instruction techniques, notamment si le tribunal arbitral comporte un arbitre spécialisé dans ce domaine.

Là aussi, la pratique de l'arbitrage international permet d'envisager par capillarité des hypothèses d'expertise diverses adaptées aux caractéristiques du litige, par exemple la nomination d'experts par les parties, qui pourront être interrogés simultanément par le tribunal arbitral.

De façon générale enfin, l'on remarque que les arbitres font également usage de leurs pouvoirs d'instruction pour « rechercher le fin mot de l'histoire », marquant une tendance inquisitoire de la procédure d'arbitrage dans laquelle le tribunal décide d'interroger directement les parties ou organiser des confrontations, à tel point qu'il a pu être affirmé que « l'instruction du procès arbitral ressemble à une instruction pénale appliquée à une affaire civile »<sup>163</sup>.

Ces outils de la procédure d'arbitrage, réalisant une véritable instruction au civil, pourront être utilisés pleinement dans la perspective de la pratique issue de la réforme du droit des contrats (2).

## 2. L'instruction du litige par l'arbitre et le nouveau droit des contrats

---

Poursuivant l'objectif de protection de la partie faible, le législateur a fait le choix, dans la récente réforme du droit des obligations, d'émousser les principes de la force obligatoire des contrats et de l'intangibilité des conventions.

---

161. D. Vidal, *préc.*, par. 294 et s., pp. 120 et s.

162. *Ibid.*, par. 296 et s., p. 121.

163. *Ibid.*, par. 291, pp. 119-120.

Cette réforme s'est en effet paradoxalement employée à réduire le rôle du juge (ou de l'arbitre<sup>164</sup>) en conférant des pouvoirs unilatéraux aux parties (actions interrogatoires et nullité conventionnelle par exemple)<sup>165</sup>, tout en donnant au juge un rôle nouveau confinant à celui d'une *troisième partie* au contrat<sup>166</sup>.

Or, l'exercice des nouveaux pouvoirs d'amputation et de révision du contrat par le juge (A) nécessitent que soit menée une instruction moderne et efficace du litige, pour laquelle seul l'arbitre est armé (B).

## A. Juge et arbitre : leur nouveau rôle d'acteur du contrat

La réforme du droit des obligations a conféré au juge un rôle nouveau, qui est de s'immiscer dans la relation contractuelle pour aménager le contrat, par son amputation ou sa révision, afin de rétablir l'équité et l'égalité entre les parties.

### EN PREMIER LIEU,

le juge doit, en application des articles 1170 et 1171 du Code civil, réputer non écrite toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion<sup>167</sup>.

Si la sanction prévue consistant à amputer le contrat est obligatoire et prédéfinie par la loi, le juge a en revanche une latitude conséquente dans l'appréciation du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il devra pour ce faire nécessairement appréhender l'équilibre du contrat en entrant dans « *l'intimité* »<sup>168</sup> de la relation contractuelle, ce qui nécessite des moyens et du temps que seule la justice arbitrale peut offrir.

Cet important (et inédit) pouvoir du juge pourrait générer une véritable insécurité juridique s'il est exercé sans que les parties ne se sentent parfaitement et complètement entendues, compte tenu de la latitude de son appréciation<sup>169</sup> et de ses conséquences – la modification du contrat par la suppression d'une clause, ou même, pourquoi pas, l'amputation de la seule partie illicite de la clause.

Une telle appréciation nécessite une compréhension approfondie de la relation contractuelle passée et future, des intérêts économiques des parties, des spécificités du secteur concerné, des rapports de force, etc., ce qui n'est possible qu'avec une réelle « instruction civile », laquelle est précisément l'apanage de l'arbitrage.

### EN SECOND LIEU,

le nouvel article 1195 du Code civil introduit la révision judiciaire pour imprévision<sup>170</sup>.

Les parties ne sont plus seules maîtresses des termes du contrat au cours de son exécution puisque le juge peut décider de les modifier « *si un changement*

164. La mention de juge ci-après fait également référence à l'arbitre dans le cadre de cet article.

165. L. Aynès, « Le contrat devant l'arbitre à l'épreuve de la réforme française du droit des contrats. Présentation générale », *Rev. arb.* 2017, p. 8.

166. V. Vigneau, « Conclusions : Un nouvel office pour le juge ? », in *Le Nouveau Droit des Obligations : Un Nouveau Rôle du Juge ? Aspects judiciaires de la réforme*, Cahiers de Droit & Procédure, 13 oct. 2016, p. 50.

167. S. Gaudemet, « L'amputation du contrat », *Rev. arb.* 2017, p. 27.

168. Th. d'Alès, « Le pouvoir du juge pour aménager le contrat, L'article 1171 du Code civil », in *Le Nouveau Droit des Obligations, préc.*, p. 17.

169. F.-X. Licari, « Art. 1162 à 1171 – Fasc 50 : Contrat – Contenu du contrat – Déséquilibre significatif du contrat », *JurisClasseur Code civil*, Lexis Nexis, 23 janv. 2017, par. 32.

170. Ph. Stoffel-Munck, « La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil », *Rev. arb.* 2017, p. 51.

---

*de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* »<sup>171</sup>.

Si ce pouvoir de révision judiciaire du contrat peut être contestable sur le plan des principes, il l'est surtout dans les conditions de sa mise en œuvre lorsque le pouvoir du juge n'est pas contrebalancé par le pouvoir des parties dans le cadre du procès.

En effet, il est demandé au juge de créer, modifier ou supprimer des stipulations contractuelles, et même de fixer un prix afin de rétablir l'équilibre initial du contrat, ou bien de décider des conditions de la fin du contrat. Cela suppose que les parties puissent expliquer à loisir au juge l'équilibre économique qu'elles avaient pris en compte lors de la conclusion du contrat, les incidences exactes du changement de circonstances et les moyens d'y remédier. Or, seul l'arbitre est ainsi au service des parties, qui par leurs volontés peuvent organiser la procédure comme elles le souhaitent.

Le juge ou l'arbitre a donc un nouveau rôle de *troisième partie*<sup>172</sup> mettant en jeu des aspects économiques, financiers et techniques bien connus des arbitres, souvent choisis en fonction de leurs compétences dans le secteur concerné, mais éloignés des missions habituelles du juge judiciaire<sup>173</sup>. En effet, ce dernier ne peut pas, en l'état des pouvoirs d'instruction qui lui sont conférés – et de sa formation –, exercer ce nouveau rôle de manière adéquate<sup>174</sup>. Il ne le veut même sans doute pas<sup>175</sup>.

La seule solution pour le juge judiciaire, au contraire de l'arbitre, serait alors d'avoir recours à des experts, sachant que l'expertise judiciaire n'a rien à voir avec l'expertise en matière arbitrale. En effet, si une expertise s'avère nécessaire lors d'une procédure d'arbitrage, les arbitres ont, contrairement au juge judiciaire, (i) le temps et les moyens d'analyser en profondeur les arguments des experts et (ii) la possibilité d'interroger les experts lors de l'audience<sup>176</sup>.

Dans la perspective de l'application du nouveau droit des obligations, le choix de l'arbitrage s'avère donc être le plus judicieux<sup>177</sup>.

## **B. Choix de l'arbitrage : une instruction efficace nécessaire à l'exercice de ces nouveaux pouvoirs**

Comme il l'a été souligné, l'arbitre désigné, soit par les parties, soit par le centre d'arbitrage, est le plus souvent un spécialiste, ou au minimum un connaisseur du secteur d'activité concerné. Il a donc une plus grande visibilité et appréhende plus facilement les intérêts économiques et financiers des parties<sup>178</sup>. De plus, en matière

---

171. Art. 1195 Code civil.

172. V. Vigneau, « Conclusions : Un nouvel office pour le juge ? », in *Le Nouveau Droit des Obligations... préc.*, p. 50.

173. D. Cohen, « Le contrat devant l'arbitre : *pacta sunt servanda* et/ou adaptation ? », *Rev. arb.* 2017, p. 89.

174. A. Crivellaro, « La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2017, p. 84.

175. Ph. Stoffel-Munck, « La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil », *Rev. arb.* 2017, p. 52.

176. A. Crivellaro, « La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2017, p. 86 : « *Forts de leur formation et de leur culture, les arbitres sont beaucoup mieux placés que le juge étatique pour évaluer la force probante et la pertinence des expertises et ainsi appréhender la solution la plus équitable* ».

177. Ph. Stoffel-Munck, « La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil », *Rev. arb.* 2017, p. 55. ; D. Cohen, « Le contrat devant l'arbitre : *pacta sunt servanda* et/ou adaptation ? », *Rev. arb.* 2017, p. 91.

178. *Ibid.*, pp. 51-55.

internationale, l'arbitre évolue dans un contexte culturel et professionnel qui lui permet d'apprécier « *les attentes des opérateurs du commerce international* »<sup>179</sup>.

L'arbitre n'a d'ailleurs pas attendu la réforme du nouveau droit des obligations pour exercer ce rôle créateur. Il organise avec les parties le déroulement de la procédure et il bénéficie d'une plus grande liberté dans sa décision, puisque, si les parties le souhaitent, il peut statuer en tant qu'amiable compositeur ou tenir compte des usages du commerce. Les arbitres ont de surcroît une certaine habitude d'user d'un pouvoir de révision contractuel, notamment par application des Principes Unidroit, des *Principles of European Contract Law* ou dans les secteurs tels que la construction et les matières premières<sup>180</sup>.

De plus, comme le souligne un arbitre aguerri qui conjugue la doctrine et la pratique, « *le rythme de l'instance arbitrale permet de mieux préparer une révision que le rythme du procès* »<sup>181</sup>.

Ainsi par exemple, l'arbitre ne va pas hésiter à demander la production extensive des documents pertinents aux parties, dont l'examen est indispensable à la bonne compréhension de l'équilibre contractuel.

De même, la possibilité (et l'habitude) d'interroger des témoins (notion entendue de façon extensive) de manière approfondie et la *cross examination* sont déterminantes pour réunir les éléments factuels pertinents et pour que l'arbitre puisse conduire l'instruction du litige.

Le choix de la procédure d'arbitrage est par conséquent le plus adapté à l'exercice bien compris des nouveaux pouvoirs conférés aux juges par le nouveau droit des obligations.

179. A. Crivellaro, « La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2017, p. 85.

180. *Ibid.*, pp. 75-79.

181. Ph. Stoffel-Munck, « La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil », *Rev. arb.* 2017, p. 55.

---

# **LES VOIES DE RECOURS EN DROIT INTERNE**

Par Noel Melin



## LES VOIES DE RECOURS EN DROIT INTERNE

Par Noel Melin,

Docteur en Droit,  
Ancien Directeur Juridique,  
Arbitre - Médiateur

Le régime des voies de recours constitue une preuve supplémentaire de la volonté du législateur de faire du droit français un droit qui renforce l'efficacité de l'arbitrage encore plus prononcé en matière internationale.

Tout d'abord précisons que, sauf volonté contraire des parties, l'appel de la sentence n'est pas possible. C'est l'article 1489 du Code de procédure civile (CPC). Le recours en annulation est la voie de recours de droit commun<sup>182</sup>. L'article 1491 du Code de procédure civile offre aux parties soit le choix de ne rien dire et dans ce cas le seul recours est le recours en annulation, soit elles optent pour l'appel mais alors elles doivent l'exprimer de façon non équivoque. Pour les conventions antérieures au 2 mai 2011, (date d'entrée en vigueur du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage) la solution est inverse : « La sentence est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage » (article 1482 ancien).

### Les règles communes à l'appel et au recours en annulation

Pour l'appel et le recours en annulation, l'article 1494 du Code de procédure civile pose le principe de la compétence de la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue c'est-à-dire du lieu du siège de l'arbitrage. Le siège de l'arbitrage ne correspond pas nécessairement au lieu où l'audience s'est tenue.

Selon l'article 1494 al. 2 du Code de procédure civile l'un comme l'autre doivent être formés dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence. La jurisprudence précise que ce délai doit être mentionné dans l'acte de notification de la sentence<sup>183</sup>, mais il n'est pas nécessaire que la sentence soit revêtue de l'exequatur. Attention, si la clause d'arbitrage est antérieure au 2 mai 2011, la sentence signifiée doit toujours comporter l'exequatur pour être valable.

Les parties peuvent décider que la notification pourra se faire autrement que par voie de signification, c'est-à-dire par huissier.

L'article 1495 du Code de procédure civile précise que tant l'appel que le recours en annulation sont formés selon les règles habituelles à la procédure en matière contentieuse devant la cour d'appel.

L'effet suspensif de l'appel et du recours en annulation est affirmé par l'article 1496 al. 1 du Code de procédure civile. L'exécution provisoire accordée par le tribunal arbitral permet cependant de faire échec à cet effet. Tel est le sens conjugué des articles 1484 al. 2 et 1496 al. 2 du Code de procédure civile. Il semble même que l'exécution provisoire puisse être ordonnée d'office<sup>184</sup>. L'exécution provisoire peut être aménagée, supprimée ou ordonnée par une procédure de référé devant le Premier président de la Cour d'appel ou le Conseiller de la mise en état.

182. Jacques Pellerin, « La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne ». in Th. Clay (dir.) : le nouveau droit français de l'arbitrage. Lextenso, 2011, p. 179.

183. Paris, 6 mars 2014, Rev.arb.2014.654, note J. Pellerin ; Paris 17 mars 2015, cité in Cah. Arb. 2015.365.

184. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, « Droit de l'arbitrage interne et international » éd. Monchrestien, 2013, n° 488.

---

L'appel comme le recours en annulation dessaisissent le juge de l'exequatur ou valent recours contre l'ordonnance d'exequatur si elle a été rendue. De même l'exequatur est accordée de plein droit par le rejet de l'un ou l'autre.

## L'Appel

---

Du fait de l'effet dévolutif de l'appel, il sera statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux Livres 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> du Code de procédure civile. La dévolution s'opère pour le tout quels que soient les moyens invoqués par les parties mais, la cour d'appel doit statuer « dans les limites de la mission du tribunal arbitral ».

La cour devra statuer en amiable composition si le tribunal arbitral devait le faire.

## Recours en annulation

---

Le recours en annulation est donc désormais devenu le recours de droit commun et d'ordre public<sup>185</sup>. En effet l'article 1491 al. 1 du Code de procédure civile dispose que « la sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties » et l'alinéa 2 précise que « toute stipulation contraire est réputée non écrite. ». Toutefois, la renonciation au recours en annulation est possible après connaissance de la sentence rendue<sup>186</sup>.

Peu importe l'appellation donnée par les arbitres à leur décision, le recours en annulation n'est ouvert que contre la décision qui peut être qualifiée de sentence. Pour que sa décision puisse être qualifiée de sentence le tribunal arbitral doit avoir « tranché de manière définitive tout ou partie du litige au fond, ou décidé d'un moyen de procédure qui met fin à l'instance »<sup>187</sup>.

L'article 1492 du Code de procédure civile limite les cas d'ouverture du recours en annulation à six. Mais en avant de les examiner il convient d'insister sur le fait que le demandeur au recours doit préciser les griefs invoqués permettant de le rattacher à un cas d'annulation énuméré par cet article 1492<sup>188</sup>. La cour n'est pas tenue de rechercher d'office le cas d'ouverture applicable et le motif doit avoir été, lorsque cela était possible, soulevé devant le tribunal arbitral<sup>189</sup>. Cependant la Cour peut requalifier un moyen soulevé<sup>190</sup>.

Cette volonté de limitation du législateur se manifeste d'abord par la sanction du manque de loyauté d'une partie. L'article 1466 du Code de procédure civile interdit à la partie d'invoquer une irrégularité qu'elle s'était abstenue de se prévaloir en temps voulu. « Elle est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». De même l'article 1483 du Code de procédure civile offre aux parties la faculté de réclamer la régularisation de la sentence en cas de violation de certaines exigences de forme. On constatera que l'erreur de droit n'est jamais prise en compte dans le recours en annulation.

---

**185.** Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, « Droit de l'arbitrage interne et international » préc., n° 526.

**186.** B. Moreau, « Arbitrage en droit interne », Rép.pr.civ. Dalloz 2012, n° 450.

**187.** Paris, 3 juin 2004, Rev.arb. 2004, p. 733.

**188.** Paris, 6 janv.1989, Rev.arb. 1991. p. 121, obs. J. Pellerin.

**189.** Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 1997, Rev. Arb. 1998. p.105, note P. Level ; Civ. 2<sup>e</sup>, 25 mars 1999, Rev.arb.1999, p. 319, note Ch. Jarrosson.

**190.** Paris, 27 juin 1996, Rev. Arb. 1997, p. 601, obs. J. Pellerin ; Paris, Pôle 1.ch. 1, 25 nov. 2010, Rev.arb. 2010. P. 987.

**Le premier cas d'annulation** concerne la compétence du tribunal arbitral. (article 1492 al. 1). Afin de contrôler si celui-ci « s'est à tort déclaré compétent ou incompétent » la cour d'appel est amenée à connaître de l'absence de convention d'arbitrage comme de toutes les causes de nullité de celle-ci.

**Le deuxième cas d'annulation** a trait à la constitution du tribunal arbitral. Celui-ci a été irrégulièrement constitué (article 1492 al. 2).

C'est le cas le plus utilisé car, souvent, lorsqu'une partie n'est pas satisfaite de la sentence elle s'en prend aux arbitres. Le maintien d'une personne comme arbitre est critiqué au motif qu'elle n'aurait pas révélé toutes les circonstances qui étaient susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité comme lui en fait l'obligation l'article 1456 du Code de procédure civile (CPC), ce qui ne risque pas de se produire en arbitrage institutionnel où une déclaration d'indépendance est exigée des arbitres. Mais l'article 1492 al. 2 vise tous les cas d'irrégularité de constitution. C'est le cas du tribunal arbitral qui ne serait pas une personne physique comme l'impose l'article 1450 du CPC, de l'imparité du tribunal arbitral (article 1451).

**Le troisième cas d'annulation** est celui du tribunal arbitral qui a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée (article 1492 al.3).

C'est le cas du tribunal arbitral qui statue sur une question non demandée (*ultra petita*) ou en équité alors qu'il devait juger en droit. C'est encore celui de l'arbitre qui rend sa sentence hors délai. Le tribunal arbitral qui joint au fond la décision à intervenir sur l'incompétence ou sur la responsabilité alors que les parties avaient convenu qu'il devait rendre une sentence préalable ne respecte pas sa mission<sup>191</sup>.

**Le quatrième cas d'annulation** est celui de la violation du principe du contradictoire (article 1492 al. 4).

Ce principe considéré comme de droit naturel<sup>192</sup> est l'un des principes directeurs du procès énoncé dans l'article 16 du CPC. A ce titre, il doit être respecté par les parties et les arbitres conformément aux dispositions de l'article 1464 al. 2 du CPC.

**Le cinquième cas** concerne la sentence contraire à l'ordre public (article 1495 al. 5).

Il convient de préciser que l'ordre public peut concerner la procédure comme c'est le cas en présence du non-respect du principe d'égalité des parties ou du principe du contradictoire. Dans ce cas le recours devra être fondé sur l'article 1492 al. 4.

L'ordre public peut aussi relever du fond du litige lorsque la sentence du tribunal arbitral viole une règle d'ordre public comme certaines dispositions en matière de procédures collectives ou de droit économique.

**Le sixième cas d'annulation** vise des vices de forme tels que :

- La sentence n'est pas motivée,
- Elle n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue,
- Elle ne mentionne pas le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue,
- Les arbitres n'ont pas signé la sentence,
- La sentence n'a pas été rendue à la majorité des voix.

191. Voir sur ce point B. Moreau, « Arbitrage en droit interne », Rép.pr.civ. Dalloz 2012, n° 463 et suivants.

192. H. Motulsky, « le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », Mélanges en l'honneur de P. Roubier, T. 2, Dalloz, 1961, p. 175.

---

Ils sont facilement évités en matière d'arbitrage institutionnel.

L'article 1483 al. 2 du Code de procédure civile vient toutefois modérer ces sanctions puisqu'il dispose que « l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées ».

C'est à juste titre que le législateur a édicté l'obligation de motiver la sentence qu'elle soit rendue en droit ou en équité. Mais il n'a pas dit comment. Or il n'est pas rare de voir des sentences dont la motivation est réduite à sa plus simple expression ou inintelligente, voir inadéquate. Comme le contrôle de la cour d'appel ne lui permet pas toujours de s'assurer que la motivation correspond à l'objet du litige, il est prudent de placer l'arbitrage sous le règlement d'un centre qui reliera la sentence et vérifiera son efficience avant qu'elle soit rendue.

La nullité de la sentence a pour effet de mettre les parties dans une situation paradoxale. En principe l'annulation d'une sentence doit replacer les parties dans la situation antérieure et faire jouer la convention d'arbitrage. Mais les arbitres sont totalement dessaisis en rendant la sentence de sorte qu'ils ne peuvent plus connaître de l'affaire. « L'annulation définitive de la sentence initiale statuant sur la compétence de l'arbitre prive nécessairement celui-ci de tout pouvoir pour statuer au fond »<sup>193</sup>. Dans un but de gain de temps et d'éviter aux parties des dépenses supplémentaires. La cour qui annule la sentence arbitrale statue sur le fond, mais ce, dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties [article 1493 du CPC].

## Autres voies de recours

---

Selon l'article 1501 du Code de procédure civile, la sentence peut toujours être frappée de tierce opposition. Cette règle se comprend aisément puisque le tiers qui n'est pas lié par la sentence qui lui fait grief ne peut saisir le tribunal arbitral pour lui demander de dire la sentence inopposable à son égard. La juridiction compétente pour statuer sur la tierce opposition est celle qui eût été compétente à défaut d'arbitrage.

Le recours en révision de la sentence rendue en suite d'une fraude est ouvert dès lors qu'il n'est pas possible d'interjeter appel ou de former un recours en annulation à l'encontre de ladite sentence. C'est le tribunal arbitral, s'il peut être à nouveau réuni, qui a été trompé qui est compétent. A défaut le recours en révision sera porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.

La cour d'appel, ce qui constitue une constante de la jurisprudence française, se montre très restrictive dans l'appréciation des voies de recours et principalement du recours en annulation sauf vice manifeste et n'hésite pas à sanctionner lourdement le recours infondé par un article 700 du Code de procédure civile important. Les statistiques montrent que l'arbitrage ad hoc comporte davantage de risques d'annulation que l'arbitrage institutionnel.

---

193. Paris, 18 nov. 2004, Rev.arb. 2004, p. 988.



---

**PANORAMA DE  
LA JURISPRUDENCE  
SUR L'ARBITRAGE -  
1<sup>ER</sup> SEMESTRE 2014 /  
1<sup>ER</sup> SEMESTRE 2017**

Par Bruno CRESSARD



# PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE SUR L'ARBITRAGE - 1<sup>ER</sup> SEMESTRE 2014 / 1<sup>ER</sup> SEMESTRE 2017

## Bâtonnier Bruno CRESSARD

Avocat près la Cour d'Appel de RENNES

Spécialiste en droit commercial des affaires et de la concurrence

Spécialiste en droit de l'arbitrage

Président du Collège des Avocats Spécialistes en Droit de l'Arbitrage

La période (1<sup>er</sup> semestre 2014 - 1<sup>er</sup> semestre 2017) est marquée par l'application à de nombreux litiges des règles du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, lui-même largement inspiré par la jurisprudence de la Cour de cassation.

On retrouve la jurisprudence classique en faveur de l'arbitrage, marquée notamment par une stricte application de la règle compétence-compétence, mais aussi une confirmation de l'exigence d'une stricte indépendance de l'arbitre par le biais d'une obligation de révélation de plus en plus poussée.

La sélection des arrêts suivants témoigne de ces tendances de la jurisprudence tant dans la mise en œuvre de l'arbitrage (1) que dans le cadre des recours contre les des sentences arbitrales (2).

Il est également dressé un bref panorama de jurisprudences en matière d'arbitrage international (3).

Enfin, ce panorama ne serait pas complet sans aborder la saga TAPIE qui a connu de nombreux rebondissements judiciaires entre 2015 et 2017 (IV).

## 1. La mise en œuvre de l'arbitrage

### 1. La clause compromissoire

La Cour de Cassation rappelle, de manière constante, que face à une clause compromissoire qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, la juridiction étatique est incompétente pour connaître du litige.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 22 octobre 2014, n°13-11.568*

#### **VALIDITÉ D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE**

L'attribution de l'entier capital d'une société à une autre emporte transmission automatique de la convention d'arbitrage qui est donc applicable.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 28 janvier 2015, n°13-24.626*

Une clause qui se borne à prévoir la consultation des parties sur la possibilité de soumettre ou non leur différend à l'arbitrage n'est pas une clause compromissoire impérative.

---

« Mais attendu qu'ayant exactement retenu que l'article 8 - 5 - 2 du CCAP, selon lequel, « si un différend survient entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, **ceux-ci conviennent de se consulter pour examiner l'opportunité de soumettre leur différend à un arbitrage ou pour refuser l'arbitrage** », instituait une consultation préalable, **sans caractère obligatoire** la cour d'appel a, par ces seuls motifs, déclaré à bon droit l'action recevable»

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Chambre civile, 20 avril 2017, n°15-25.928**

Un contrat de franchise avait été conclu entre un couple de commerçants et Carrefour Proximité France (la société CPF). La résiliation de la franchise a été actée le 4 novembre 2008 comportant une clause compromissoire et sans contrepartie de part et d'autre. M. X a été mis en liquidation le 6 mars 2008. Le liquidateur a assigné la société CPF devant le tribunal de la procédure collective en nullité de la convention. Le tribunal de commerce s'est estimé compétent. Un contredit a été formé par la société CPF lequel a été rejeté.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond en estimant que le liquidateur est un tiers à la convention qui représente l'intérêt de l'ensemble des créanciers et que dès lors, la clause compromissoire ne saurait lui être opposable.

« Mais attendu que le liquidateur qui demande, à titre principal, la nullité d'un acte sur le fondement des dispositions de l'article L. 632-1, I, 2° du code de commerce ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom mais exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers de sorte qu'une clause compromissoire stipulée à l'acte litigieux est manifestement inapplicable au litige ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux justement critiqués, après avertissement délivré aux parties, la décision se trouve justifiée ; que le moyen ne peut être accueilli ».

→ **Cour de cassation, chambre commerciale, 17 novembre 2015, n°14-16.012**

La Cour de Paris rappelle le caractère indépendant de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est inscrite. L'existence et la validité de la clause doivent s'apprécier au regard de la commune intention des parties et du principe de bonne foi (sous réserve du respect de l'ordre public international).

La Cour rappelle également que les contestations relatives à l'impôt échappent par nature à l'arbitrage.

« Considérant, en premier lieu, que **si les contestations relatives à l'assiette, au quantum ou à l'exigibilité de l'impôt échappent par nature à l'arbitrage**, il n'en va pas de même des litiges portant sur la mise en œuvre d'une convention par laquelle les parties répartissent entre elles la charge des taxes engendrées par leurs rapports de droit; que le différend en cause n'est donc pas inarbitrable et que la clause compromissoire n'est pas entachée de nullité;

Considérant, en deuxième lieu, que **la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient, directement ou par référence; que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve de l'ordre public international, non par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la commune volonté des parties et sur l'exigence de bonne foi (...)** ».

→ **Cour d'appel de Paris 23 mai 2017 n°15/24578**

## CARACTÈRE MANIFESTEMENT INAPPLICABLE DE LA CLAUSE

L'appréciation du caractère inapplicable de la clause compromissoire nécessite d'interpréter la convention et la commune intention des parties : la clause compromissoire qui prévoit que l'arbitrage sera mis en œuvre d'après les règles des litiges commerciaux de l'Association américaine d'arbitrage n'est pas impossible à mettre en œuvre et, par conséquent, n'est pas manifestement inapplicable.

« Mais attendu que l'arrêt retient que l'appréciation de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage à un litige né des conditions dans lesquelles il a été mis fin aux relations contractuelles nécessite une interprétation de la convention et une recherche de la commune intention des parties et relève qu'à défaut de possibilité de résolution par la médiation ou la procédure de résolution des conflits appropriée suggérée par l'ordre des avocats, la clause prévoit un arbitrage d'après les règles des litiges commerciaux de l'Association américaine d'arbitrage, dont rien ne démontre que la mise en œuvre serait impossible ; que la cour d'appel, qui a exactement déduit que l'inapplicabilité invoquée n'était pas manifeste, a décidé, à bon droit, de renvoyer les parties à mieux se pourvoir ; que le moyen n'est pas fondé. »

→ **1<sup>re</sup> Chambre civile 24 février 2016 n°14-26.964**

Une clause compromissoire n'est pas manifestement inapplicable dès lors qu'il ressort des écritures devant la Cour que le tiers avait manifesté sa volonté de se soumettre à l'arbitrage.

« Mais attendu que l'arrêt relève que le courtier a, dans ses écritures, manifesté sa volonté de se soumettre à l'arbitrage ; que, par ce seul motif, d'où il ressort que la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable, la décision critiquée se trouve légalement justifiée ».

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Chambre civile, 8 juin 2016, n°15-16.241**

Les poursuites exercées par une partie sur un fondement délictuel, et non contractuel, ont pour effet de rendre la clause compromissoire inapplicable au litige.

« Attendu que pour dire que la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de réassurance n'était pas manifestement inapplicable au litige l'opposant à la société Carraig, l'arrêt retient que la société Bayer ne peut prétendre être étrangère à l'application de ce contrat qui forme avec la transaction et le contrat d'assurance un ensemble contractuel et que la société Bayer a eu nécessairement connaissance de la clause compromissoire ; Qu'en statuant ainsi, alors que la société Bayer ayant poursuivi la société Carraig, sur un fondement délictuel, pour avoir contribué à la violation par la société Sanofi Aventis de la transaction, et non pour réclamer l'exécution du contrat de réassurance auquel la première était étrangère, la convention d'arbitrage n'était pas, en l'absence de liens entre ces contrats, applicable au litige, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 9 juillet 2014, n°13-17.495**

Le fait de ne pas avoir soulevé l'incompétence de la juridiction consulaire équivaut à une renonciation irrévocable à se prévaloir d'une clause compromissoire.

La clause compromissoire contenue dans un contrat de franchise et d'approvisionnement n'est pas applicable à un contrat de location gérance, la Cour qui admet le principe de l'extension de la convention d'arbitrage considère donc en l'espèce que la clause invoquée est manifestement inapplicable.

« Mais attendu que l'arrêt constate que, nonobstant la présence des clauses compromissoires dans les contrats de franchise et d'approvisionnement visant notamment les litiges liés à leur exécution, les sociétés CPF et CSF **ont assigné la société Distri Dorengts devant la juridiction consulaire dont elle n'a pas soulevé**

---

***l'incompétence ; qu'après avoir retenu l'existence d'une renonciation irrévocable des parties à l'arbitrage*** dans les contrats de franchise et d'approvisionnement et ajouté que, l'incompétence de la juridiction étatique au profit du tribunal arbitral opposée par les sociétés CPF et CSF à l'action exercée par la société Distri Dorengts étant sans effet sur cette renonciation, la clause ne pouvait être invoquée pour soumettre à l'arbitrage le contrat de location-gérance, dépourvu de toute clause compromissoire, la cour d'appel, hors toute dénaturation, en a exactement déduit que la **clause d'arbitrage invoquée était manifestement inapplicable** ; que le moyen qui, en ses troisième, cinquième et sixième branches, critique des motifs surabondants de l'arrêt, n'est pas fondé pour le surplus ».

→ Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Chambre civile 20 avril 2017 n°16-11.413

## **OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE**

La Cour rappelle qu'il faut établir que l'autre partie au contrat ait eu connaissance de la clause compromissoire pour qu'elle lui soit opposable.

« Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que la société Monapro a adressé à la société Vanipro, entre 2009 et 2010, huit ordres de vente indiquant les quantités de vanille vendues, leur prix, le lieu et la date de livraison et dont chacun faisait référence aux conditions de l'Association néerlandaise pour le négoce des fruits secs, épices et autres produits similaires, avec cette précision qu'elles pouvaient être consultées dans les bureaux de la société Monapro et envoyées gratuitement sur demande ; qu'il retient, ensuite, que la société Vanipro a reconnu dans l'instance arbitrale avoir signé l'ordre de vente n° 8 et, en outre, reçu livraison et réglé les factures concernant les ordres n° 2, 4 et 5 ; qu'en déduisant de ces énonciations que la société Vanipro ne pouvait contester être liée par l'ensemble des contrats en cause, et qu'en les exécutant, au moins partiellement, sans élever de réserve sur l'application de la clause compromissoire qui figurait dans des conditions générales auxquelles ces ordres renvoyaient expressément, avec l'indication qu'elles étaient accessibles, la cour d'appel, en estimant que cette société avait accepté la référence qui leur était faite, a légalement justifié sa décision ».

→ Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 9 novembre 2016, n°15-25.554

La réforme du 18 novembre 2016 (loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle n°2016-1547) a étendu, indirectement, la possibilité de recourir à l'arbitrage avec un non professionnel. En effet, le nouvel article 2061 du code civil dispose : « 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 ». Il en résulte que la clause compromissoire contenue dans un contrat conclu avec un non professionnel n'est plus nulle mais seulement inopposable. Le non professionnel peut donc choisir de recourir à l'arbitrage.

Il reviendra donc à la jurisprudence de déterminer les conditions de validité de la renonciation du non professionnel à se prévaloir de l'inopposabilité de la clause compromissoire.

## **2. Le principe de compétence-compétence**

Selon le principe compétence-compétence, prévu par l'article 1458 du code de procédure civile, lorsque la clause compromissoire n'est pas manifestement inapplicable, l'arbitre statue sur sa propre compétence.

Le juge étatique ne peut se déclarer compétent que si la clause compromissoire est manifestement inapplicable. Si elle nécessite une interprétation, il appartient alors à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence.

« *Et attendu, en second lieu, que selon le principe compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ; qu'ayant constaté que les contrats de 2011 et 2012 comportaient une clause d'arbitrage et justement énoncé que l'arbitrage n'était pas exclu du seul fait que les dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce étaient applicables, la cour d'appel, qui a retenu que la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable, a statué à bon droit en déclarant le tribunal de commerce de Paris incompétent* ».

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-22.675*

→ *Dans le même sens : Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 6 juillet 2016, n°15-19.521*

### 3. L'arbitre

La Cour de cassation a régulièrement à connaître de recours relatifs à l'impartialité des arbitres. Ceux-ci ont une obligation de révélation qui se traduit par une déclaration d'impartialité, laquelle ouvre des délais de contestations que les parties doivent respecter pour valablement récuser l'arbitre dénoncé.

Dans l'hypothèse où l'arbitre omet une information relative à son indépendance, la Cour de cassation apprécie l'influence que pourrait avoir la relation dénoncée sur l'impartialité de l'arbitre.

#### INDÉPENDANCE DE L'ARBITRE

L'arrêt TECHNIMONT avait énoncé que « **la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation** » (1<sup>re</sup> chambre civile, 25 juin 2014, n°11-26.529).

L'acceptation en connaissance de cause par une partie de la désignation d'un arbitre ne peut être remise en cause trois ans plus tard, par la même partie, pour partialité et manque d'indépendance.

« *Attendu qu'après avoir relevé que le syndicat avait choisi, en toute connaissance de cause, le président de la société comme arbitre, la cour d'appel en a justement déduit qu'il ne pouvait, trois années plus tard, se prévaloir de la partialité et du manque d'indépendance de ce dernier ; que le moyen n'est pas fondé* ».

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Chambre civile, 20 avril 2017, n°16-15.886*

Par ailleurs, la Cour de cassation a précisé que le délai de récusation n'avait pas commencé à courir dans l'hypothèse où il n'y avait pas eu de déclaration d'impartialité réalisée par l'arbitre.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 31 mars 2016, n°14-20.396*

Les simples relations du Président du Tribunal arbitral avec un tiers à la procédure (lui-même en relation avec l'une des parties) n'entraînent aucun risque de conflit d'intérêt concernant l'indépendance et l'impartialité dudit Président.

« *Mais attendu que l'arrêt relève que l'issue de la procédure arbitrale n'aura aucun*

---

*retentissement sur la situation financière de TEP Congo, qui n'est pas partie à l'arbitrage, et que l'existence d'un éventuel conflit d'intérêt pouvant engendrer un risque de défaut d'indépendance et d'impartialité du président du tribunal arbitral apparaît donc exclue ; que, par ces seuls motifs, dont elle a exactement déduit que **l'absence de révélation par le président de ses relations d'affaires avec le groupe Total n'était pas de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance**, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef»*

→ **Cour de cassation, chambre commerciale, 4 mai 2017 n°15-29.158**

Lorsque les informations relatives aux relations des arbitres avec les parties sont facilement accessibles sur internet, la Cour d'appel rejette les contestations liées à l'indépendance de l'arbitre.

La partie qui ne soulève pas en temps utile le manquement à l'obligation d'indépendance de l'arbitre est réputée y avoir renoncé. Manque à son obligation de loyauté la partie qui soulève cet argument postérieurement au prononcé de la sentence pour en obtenir l'annulation.

« *Considérant qu'aux termes de l'article 1466 du code de procédure civile : La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* »

« *Considérant, dès lors, qu'en excipant tardivement de griefs dont elle n'établit pas qu'elle n'en aurait pas eu ou pu avoir connaissance antérieurement, **la SFE a manqué à son obligation de loyauté procédurale, de sorte qu'elle est irrecevable à critiquer la sentence en reprochant aux arbitres une méconnaissance de leur obligation de révélation** ; Que le moyen tiré de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ne peut être accueilli* »

→ **Cour d'appel de Paris 14 mars 2017 n°15/19525**

De la même manière, un arbitre qui a eu des liens, plus de vingt ans auparavant et pour une durée limitée, avec l'une des sociétés partie à l'arbitrage est impartial. Le caractère notoire de son appartenance à certaines associations en conflit avec les intérêts de la société demanderesse le dispensait d'en faire la déclaration.

Par ailleurs, cet arrêt estime que le tribunal arbitral a opéré un choix de méthode d'appréciation de la responsabilité entre deux méthodes et que le principe de la contradiction avait bien été respecté.

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 28 mai 2015, n° 14-14.421**

En revanche, une déclaration d'indépendance est incomplète en ce qu'elle ne mentionne pas les liens entre l'arbitre unique (et le cabinet d'avocat auquel il appartient) avec les deux parties à l'instance. La Cour a donc annulé l'exequatur de la sentence arbitrale et a déclaré la sentence nulle pour irrégularité de la composition du Tribunal arbitral. La Cour réaffirme le devoir d'indépendance, d'impartialité et de révélation incombant aux arbitres.

→ **CA Paris 14 octobre 2014 n°13/13459**

## 2. Les voies de recours et l'exécution de la sentence

### 1. Les voies de recours (appel ouvert ou non, appel-nullité, tierce opposition)

Les voies de recours contre les décisions relatives à l'arbitrage sont encadrées par le Code de procédure civile (Articles 1489 à 1503). La Cour de Cassation rappelle régulièrement les conditions d'exercices de ces voies de recours.

#### OUVERTURE DE L'APPEL

Lorsque les parties excluent dans leur clause compromissoire la possibilité de faire appel, elles ne peuvent pas revenir sur leur prévision contractuelle. L'appel nullité étant toujours ouvert, il n'y a pas d'atteinte au droit d'accès à un juge garanti par l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 11 mai 2016, n°14-29.767*

#### APPEL NULLITÉ CONTRE LES DÉCISIONS DU JUGE D'APPEL

La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt que l'appel nullité est ouvert contre les décisions du juge d'appel en cas d'excès de pouvoir, alors même que l'article 1460 du code de procédure civile ferme la voie de l'appel à de telles décisions.

« *Attendu que si, en application de l'article 1460 du code de procédure civile, une telle décision n'est pas susceptible de recours, un appel-nullité est ouvert en cas d'excès de pouvoir* ».

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 9 novembre 2016, n°15-18.581*

#### 1.3- APPEL NULLITÉ CONTRE LES SENTENCES

L'article 1492 du CPC dispose que

**Le recours en annulation n'est ouvert que si :**

- 1° *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou*
- 2° *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou*
- 3° *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou*
- 4° *Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou*
- 5° *La sentence est contraire à l'ordre public ; ou*
- 6° *La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.*

Les arrêts qui suivent et qui ne concernent que les points 1,3,4 et 5 (le point 2 qui vise essentiellement la question de l'indépendance de l'arbitre ayant été traité plus haut et le point 6 n'appelant pas de remarques particulières) permettent de cerner la jurisprudence.

#### La compétence du tribunal

La Cour de Cassation a reconnu la validité d'une sentence arbitrale rendue sur le fondement de l'article L442.6 1.5 du code de commerce, l'indemnisation du

---

préjudice résultant de la rupture des relations commerciales n'étant pas de la compétence exclusive des tribunaux étatiques.

La Cour précise s'appuyer sur la clause compromissoire qui traduit en l'espèce la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat.

→ *1<sup>re</sup> Chambre civile 21 octobre 2015 n°14-25.080*

### La mission du tribunal

En l'espèce, il était reproché aux arbitres d'avoir statué en amiable compositeurs et non selon les règles de droit. Or, à défaut de mention de la possibilité de statuer en amiable compositeur dans la clause compromissoire, les arbitres ne peuvent que statuer en droit. La Cour a estimé, au regard de la motivation de la sentence que les arbitres avaient bien jugé selon les règles de droit.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 24 septembre 2014, n°12-28453*

Dans cette décision, la Cour d'appel opère un véritable contrôle de l'office de l'arbitre en tant qu'amiable compositeur. Pour mémoire, celui-ci ne peut pas renégocier un contrat pour en modifier l'économie ou créer des droits nouveaux. En l'espèce, il était reproché à l'une des parties d'avoir manqué à son obligation d'information. L'arbitre a correctement exécuté sa mission en vérifiant les effets du supposé manquement compte tenu de l'absence de portée pratique du pacte de préférence.

→ *Cour d'appel de Paris, 8 mars 2016, n°14/21055*

### Le respect du principe du contradictoire

Ne respecte pas le principe du contradictoire une sentence arbitrale qui se fonde sur une expertise partiellement traduite. Les deux contrats objets de la sentence étant divisibles, il est alors possible d'annuler la seule partie de la sentence arbitrale qui se fonde sur l'expertise litigieuse.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 18 mars 2015, n°13-22.391*

La Cour considère également que la sentence rendue viole le principe du contradictoire lorsque le fondement juridique retenu par les arbitres dans la sentence est différent que celui invoqué au soutien de la demande.

« (...) qu'en l'état de ces constatations et énonciations, **la cour d'appel a retenu, hors toute dénaturation, que le fondement juridique justifiant la condamnation était différent de celui formulé dans la demande, de sorte que le tribunal arbitral avait méconnu le principe de la contradiction ; que le moyen n'est pas fondé.** »

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 1<sup>er</sup> juin 2017, n°16-18.029*

Cet arrêt estime que le tribunal arbitral a opéré un choix de méthode d'appréciation de la responsabilité entre deux méthodes et que le principe de la contradiction avait bien été respecté.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 28 mai 2015, n° 14-14.421*

### L'ordre public

La Cour de cassation considère que la méconnaissance, à la supposer établie, des articles L 341-2 et L 341-3 du code de la consommation, n'emporte pas violation de l'ordre public international et ne saurait donc faire obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence arbitrale.

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 2 décembre 2015, n°14-25.147*

L'arrêt suivant se situe dans le prolongement de l'arrêt WESTMAN (Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 19 décembre 1995, n°93-20.863) qui avait alors énoncé que « *la fraude procédurale, si elle est de nature à rendre possible, exceptionnellement, la rétractation d'une sentence arbitrale qui en est affectée peut aussi être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure de sorte que demeure ouvert le recours en annulation* ».

En l'espèce, la Cour de Cassation considère les conditions dans lesquelles l'arbitrage a été décidé, organisé et conduit sont constitutifs d'une fraude contraire à l'ordre public.

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 4 novembre 2015, n°14-22.630 dit VASARELY**

### **TIERCE OPPOSITION**

La sentence arbitrale n'est opposable aux tiers qu'à l'égard du litige qu'elle tranche. Il en résulte que la tierce-opposition est possible par tout tiers qui est intéressé par ledit litige.

→ **Cour de cassation, chambre commerciale, 2 février 2016, n°14-23.921**

Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent former tierce opposition à une sentence arbitrale rendue en fraude de leurs droits, sous réserve qu'ils invoquent des moyens propres à remettre en cause la sentence (ce qui n'était pas le cas en l'espèce).

« *Attendu que, sous le couvert de griefs non fondés de dénaturation et de violation de l'article 583 du code de procédure civile, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion, devant la Cour de cassation, l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont estimé que **la société Vedici, si elle avait intérêt à agir en sa qualité d'acquéreur potentiel des actions de M. X...**, n'invoquait pas de moyen propre ; qu'il ne peut être accueilli* »

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 17 mai 2017 n°16-13.103**

Dans le même sens sur la validité de la tierce opposition de la caution : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

→ **Cour de cassation, chambre commerciale, 5 mai 2015 n°14-16.644**

## **2. L'exequatur**

L'exequatur est une procédure visant à donner force exécutoire à une sentence arbitrale qu'elle soit interne ou internationale. Le Président du Tribunal de Grande Instance est seul compétent pour exequaturer une sentence arbitrale.

L'exequatur n'est attribué qu'à la sentence arbitrale elle-même et non pas à sa traduction.

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 14 janvier 2015, n°13-20.350**

### **CONTRÔLE DE LA MOTIVATION DE LA SENTENCE ARBITRALE**

La qualité d'une partie à un contrat ayant fait l'objet d'une transmission est un problème de compétence qui doit être apprécié par le Tribunal arbitral. L'exequatur de la sentence arbitrale (qui n'avait pas répondu à cette question) doit donc être annulé.

---

« Vu les articles 1520, 1°, et 1525 du code de procédure civile, **attendu qu'il incombe au juge de contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage** ; Attendu que, pour confirmer l'ordonnance d'exequatur de la sentence, l'arrêt retient que la circonstance, à la supposer établie, que le contrat ait été transmis, n'affecte pas l'efficacité de la clause d'arbitrage, mais détermine, le cas échéant, la qualité à défendre à la procédure de la société EGPC, ce qu'il appartenait au tribunal arbitral d'apprécier et qui ne peut être contesté devant le juge de l'exequatur sur le fondement de l'article 1520, 1°, du code de procédure civile, Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

→ 1<sup>re</sup> Chambre Civile 1<sup>er</sup> juin 2017 n°16-13.729

### **PRINCIPE DE BONNE FOI**

La Cour rappelle qu'en vertu du principe de bonne foi dans l'exécution des conventions un Etat ne peut soulever la violation de sa propre législation pour obtenir l'annulation de l'exequatur.

« **Considérant, en premier lieu, qu'en vertu du principe de bonne foi dans l'exécution des conventions, un Etat ne peut invoquer devant le juge de l'annulation, afin de se délier de ses engagements contractuels, la violation de sa propre législation** »

→ Cour d'appel de Paris 16 mai 2017 n°15/17442

### **APPEL DE L'ORDONNANCE D'EXEQUATUR**

Seule la juridiction saisie de l'appel d'une ordonnance d'exequatur a qualité pour connaître des difficultés relatives à l'ordonnance d'exequatur et à sa signification.

« **Attendu que, pour rejeter la demande d'annulation des actes de signification du 8 avril 2011 de l'ordonnance d'exequatur, l'arrêt retient que la nullité de ces actes ne peut être déduite de ce que M. Y... a fait signifier à nouveau l'ordonnance d'exequatur, après l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 2011 ; Qu'en statuant ainsi, alors que seule la juridiction saisie de l'appel de l'ordonnance d'exequatur pouvait connaître des griefs relatifs à cette décision et à sa signification, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs.** »

→ Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Chambre Civile, 13 mai 2015, n°14-17.015

La circonstance selon laquelle une partie ne serait pas en mesure d'engager une nouvelle procédure d'arbitrage, afin d'obtenir des dommages et intérêts, en raison de ses difficultés financières est indifférente à la validité de la sentence arbitrale et de son exequatur.

« **Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les demandes reconventionnelles de la société YOUSTINA, indissociables de celles, principales, de la société MAREX, ont été examinées et rejetées ipso facto par l'analyse que le tribunal arbitral a fait des responsabilités respectives des parties dans la rupture du contrat ; Considérant, au surplus, que la société YOUSTINA ne démontre pas que ses difficultés financières qu'elle allègue aient été irrémédiables et qu'elle se soit trouvée dans l'impossibilité d'engager à l'avenir une nouvelle procédure arbitrale pour statuer sur d'éventuelles demandes de dommages intérêts contre la société MAREX ; Que l'ordonnance d'exequatur doit donc être confirmée.** »

→ Cour d'appel de Paris 25 avril 2017 n°15/00260

### 3. L'exécution provisoire

La Cour de Cassation a eu à connaître d'une question inédite en matière d'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales internes. Lorsque le 1<sup>er</sup> Président ou le CME arrête ou aménage l'exécution provisoire d'une sentence le pourvoi reste ouvert, alors même que tel n'est pas le cas pour les décisions du premier président qui se prononcent sur l'arrêt de l'exécution provisoire d'un jugement.

→ *Cour de cassation, 2<sup>e</sup> chambre civile, 28 mai 2015, n°14-27.167*

## 3. L'arbitrage international

### LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ET L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Comme en matière d'arbitrage interne, l'arbitrage international suppose que les parties aient prévu la possibilité de soumettre leur litige devant un Tribunal arbitral par le biais d'une clause compromissoire.

S'agissant d'un litige entre avocats européens, la Cour de Cassation énonce qu'il est possible d'appliquer une clause compromissoire qui permet le recours à un arbitre sur désignation du Bâtonnier de Paris. Celle-ci est alors exclusive de l'article 21 de la loi du 31 décembre 1971.

La Cour retient encore dans cet arrêt que « les prétendues irrégularités affectant les modalités de désignation de l'arbitre sont sans incidence sur la validité de la clause compromissoire elle-même ».

→ *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 9 juillet 2014, n°13-13.598*

### LA SOLIDARITÉ EN MATIÈRE D'HONORAIRE ET L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Une partie à un arbitrage international a critiqué un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui l'avait condamnée à payer les frais d'arbitrage solidairement avec l'autre partie. Elle arguait de ce que la solidarité doit être expressément prévue selon les dispositions du code civil. La Cour de cassation estime que les juges du fond ont retenu à bon droit que l'arbitrage avait un caractère international et qu'ainsi, aucune loi étatique ne pouvait être adoptée pour le paiement des frais d'arbitrage. Il convient de s'en référer à la convention d'arbitrage.

*« Mais attendu qu'après avoir relevé le caractère international de l'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi étatique, en a exactement déduit, par une décision motivée, que la nature solidaire de l'obligation des parties au paiement des frais et honoraires des arbitres résultait du contrat d'arbitre, de sorte que cette dernière, non discutée en son montant, n'était pas sérieusement contestable ; que le moyen, qui, en ses quatrième et cinquième branches, critique des motifs surabondants de l'arrêt, n'est pas fondé ».*

→ *1<sup>re</sup> Chambre Civile 1<sup>er</sup> février 2017 n°15-25.687*

La jurisprudence en matière d'arbitrage international de ces trois dernières années a été marquée par des questions de compétences entre les juridictions étatiques et arbitrales, mais également par des questions de compétence relatives à l'exequatur des sentences arbitrales internationales entre l'ordre administratif et judiciaire.

### CONFLIT DE COMPÉTENCE ENTRE JURIDICTIONS ARBITRALES ET ÉTATIQUES

L'action du Ministre de l'Economie et des Finances fondées sur l'article L442-6-III du code de commerce est une action autonome réservée aux juridictions étatiques

---

au regard de sa nature et de son objet. La clause compromissaire contenue dans le contrat de distribution internationale en cause est donc manifestement inapplicable.

« Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'article L. 442-6, III, du code de commerce réserve au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles, l'arrêt énonce, à bon droit, que l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution ; que le moyen n'est pas fondé ».

→ **1<sup>re</sup> Chambre Civile 6 juillet 2016 n°15-21.811**

### **CONFLIT DE COMPÉTENCE ENTRE L'ORDRE ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE**

La Cour de cassation affirme avec vigueur, dans un attendu de principe, que l'ordre judiciaire est le seul compétent pour connaître de l'exequatur des sentences arbitrales internationales.

« Vu les articles III, V et VII de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ensemble l'article 1516 du code de procédure civile ; Attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées ; qu'il résulte des textes susvisés que **l'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'étranger est exclusif de tout jugement sur le fond et relève de la compétence des juridictions judiciaires** »

→ **Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 8 juillet 2015, n°13-25.846**

Cette position est en contradiction avec celle retenue quelques mois plus tard par le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat.

Dans un arrêt du 3 décembre 2015, concernant un litige né à l'occasion d'un contrat administratif soumis à l'arbitrage, le Conseil d'Etat, qui avait à statuer sur la réformation ou l'annulation de la sentence arbitrale, a renvoyé la question de l'ordre juridictionnel compétent pour trancher ce litige devant le Tribunal des conflits au motif suivant :

« Il est sursis à statuer sur la requête de la société Fosmax A...jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché **la question de savoir si le litige né de son action tendant à la réformation ou à l'annulation de la sentence arbitrale n° 18466/ND/MHM du 13 février 2015 du tribunal de la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale relève ou non de la compétence de la juridiction administrative** ».

Le Tribunal des Conflits rappelle la compétence de principe de l'ordre judiciaire en matière de réformation et d'annulation d'une sentence arbitrale internationale.

Toutefois, le Tribunal des Conflits considère que le juge administratif est compétent par exception lorsque « le recours implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives de droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles régissant la commande publique » ainsi que les « contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public ».

Le Tribunal des conflits a donc renvoyé le litige devant le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 9 novembre 2016, a précisé que le contrôle qu'il opèrerait sur la sentence arbitrale serait limité et porterait sur deux axes : d'une part la licéité de la convention d'arbitrage, et, d'autre part, le contrôle des moyens soulevés devant lui.

Ces moyens ne pourront être que de deux ordres : les conditions irrégulières dans lesquelles seraient rendue la sentence arbitrale et le respect de l'ordre public.

Le Conseil d'Etat précise enfin qu'il jugera le litige si la sentence était annulée.

→ *Conseil d'Etat, 3 décembre 2015, n° 388806 FOSMAX*

→ *Tribunal des conflits, 11 avril 2016, n°4043*

→ *Conseil d'Etat, 9 novembre 2016, n°388806*

Les parties ont le choix d'organiser l'arbitrage international qui statuera sur leur litige mais les conditions d'exercice des recours contre la sentence arbitrale sont régies par les dispositions du code de procédure civile pour ce qui concernent les conditions de la notification et la compétence du juge judiciaire.

→ *Cour d'appel de Paris, 26 mai 2015, n°15/06910*

La demande en annulation d'une sentence arbitrale pour défaut de pouvoir d'une partie doit être rejetée lorsque l'autre partie à l'arbitrage pouvait légitimement croire en son pouvoir de compromettre au nom et pour le compte d'un Etat.

« *Mais considérant que la recourante ne conteste pas l'authenticité de la signature et du cachet apposés sur la Garantie par 'le Colonel M. Djibo T., Secrétaire Général'; qu'au regard du rang et des fonctions de cet officier, A. a pu croire légitimement à son pouvoir d'engager l'Etat nigérien; que, du reste, il n'est nullement allégué que cette signature, dont la République du Niger prétend qu'elle aurait été donnée par une personne dénuée de pouvoir, ait donné lieu à une sanction à l'encontre de son auteur* ».

→ *Cour d'appel de Paris 30 mai 2017 N° 15/16412*

#### EXEQUATUR INTERNATIONAL

La question préjudicielle suivante avait été posée à la Cour de Justice de l'Union Européenne : le règlement Bruxelles 1 s'oppose-t-il à ce qu'une juridiction étatique d'un Etat membre accorde l'exequatur à une sentence arbitrale prononçant une «anti-suit injonction» ? La Haute Cour énonce qu'une telle sentence arbitrale est compatible avec le règlement Bruxelles 1, elle peut donc être exequaturée.

→ *Cour de Justice de l'Union Européenne, grande chambre 13 mai 2015, n°536/13, GAZPROM*

## 4. La saga Tapie

Afin de bien comprendre les décisions arbitrales et judiciaires, il importe de rappeler brièvement les faits de l'affaire dite «Tapie».

Début des années 1990 : Bernard TAPIE et son épouse ont organisé leur patrimoine en deux sociétés dont ils étaient les seuls associés : les Sociétés FIBT et GBT.

La société GBT détenait la majorité du capital de BTF SA, qui elle-même détenait les participations individuelles de BTF GmbH.

---

La société BTF GmbH, de nationalité allemande, a acquis dans le début des années 1990 la société ADIDAS pour une valeur de 244 millions d'euros.

Afin de financer son achat, via la société BTF GmbH, Monsieur Bernard TAPIE a contracté un prêt auprès de la banque du Crédit lyonnais qui était à l'époque encore une banque publique.

En 1992, le groupe TAPIE souhaite revendre BTF GmbH dont les remboursements d'emprunts sont trop lourds à financer depuis l'acquisition d'ADIDAS. Il ne trouve aucun acheteur. Le groupe Reebok, un temps approché, rompt les négociations quand il comprend la réalité des comptes.

Il s'adresse alors à la même banque, le Crédit lyonnais au travers de sa filiale CONSORTIUM DE REALISATION, ci-après CDR (ex SDBO), afin que celle-ci trouve des repreneurs.

La société BTF SA conclut avec le CDR un mandat irrévocable de solliciter les acquéreurs et de percevoir le prix des parts.

Le CDR et le Crédit lyonnais proposent à des investisseurs de racheter la société BTF GmbH grâce à des prêts aux taux d'intérêts très faibles. En contrepartie, le CréditLyonnais devait percevoir 66% de la plus-value éventuelle réalisée par les investisseurs.

La vente de la société BTF GmbH (qui détenait ADIDAS), est réalisée le 12 février 1993 pour un montant de 318 millions d'euros aux profits de huit sociétés. Une de ces sociétés était détenue par Monsieur Robert Louis-DREYFUS. Toutes les autres sociétés ont consenti à M. Robert Louis-DREYFUS une promesse de cession de titres ce qui lui permettait de racheter l'entier capital de la société BTF GmbH à terme si l'entreprise était redressée.

En parallèle, un protocole d'accord est signé entre le Crédit lyonnais et Bernard TAPIE permettant à M. TAPIE de solder ses dettes.

En 1994, Robert LOUIS-DREYFUS met en œuvre son option d'achat et récupère 100% du capital d'ADIDAS pour un montant de 709 millions d'euros. Conformément à l'accord entre le Crédit lyonnais et les cessionnaires 66% de la plus-value réalisée (environ 390 millions d'euros) est reversée directement à la banque.

Certaines sociétés du groupe de Bernard TAPIE sont placées en procédure collective.

Les organes des procédures collectives des sociétés TAPIE ont assigné en responsabilité le Crédit lyonnais et la société CDR pour soutien abusif et accord frauduleux avec Robert Louis-DREYFUS afin de revendre au double du prix initialement fixé les parts dans la société BTF GmbH.

Le protocole d'accord régularisé entre les deux parties devient caduc.

La procédure judiciaire se déroule entre 1995 et 2005.

Le 31 décembre 2005, la Cour d'appel de Paris a condamné la SAS CDR et le Crédit lyonnais à verser 135 millions d'euros aux mandataires liquidateurs des sociétés TAPIE.

L'assemblée plénière de la Cour de Cassation a partiellement cassé la décision rendue par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 octobre 2006.

En mai 2007, après l'élection de Nicolas SARKOZY, Jean-Louis BORLOO, puis Christine LAGARDE (ministre de l'économie) et leur directeur de cabinet successif Stéphane RICHARD, ont demandé au CDR d'accepter le recours à un tribunal arbitral pour trancher le litige les opposant aux mandataires liquidateurs et ont mandaté un nouveau cabinet d'avocats, pendant que le cabinet précédent

continuait à travailler sur les conclusions devant la Cour d'appel de renvoi après la cassation partielle.

Le 16 novembre 2007, les liquidateurs, les époux TAPIE et la CDR ont régularisé un compromis d'arbitrage avec désistement des instances en cours pour renvoi devant un Tribunal arbitral composé de trois arbitres : Monsieur MAZEAUD président, Monsieur BREDIN et Monsieur ESTOUP. Le compromis précisait que le Tribunal Arbitral resterait tenu des décisions antérieures rendues par la justice étatique et devenues définitives et les condamnations éventuelles étaient plafonnées.

Le tribunal arbitral a rendu 3 sentences les 7 juillet et 27 novembre 2008. Le tribunal arbitral a considéré que le CDR avait commis deux fautes à savoir la violation de son obligation de loyauté et la violation de l'interdiction de se porter contrepartie (dans le cadre du mandat de cession conclu avec BTF SA).

La société CDR a été condamnée à verser 240.000.000 € de dommages et intérêts (outre les intérêts), 45.000.000 € en réparation du préjudice moral des époux TAPIE, 8.450.000 € liés aux dépenses des frais de liquidation.

Face au tollé provoqué par ces condamnations, la Commission des Finances de l'Assemblée nationale a mené une enquête, et la Cour des comptes a rendu un rapport en mars 2011. Le procureur général près la Cour de cassation a alors décidé de saisir la Cour de justice de la République, pendant que le procureur de la République de Pairs ouvrait une enquête préliminaire en juin 2011. Cette enquête sera convertie en information judiciaire en septembre 2012.

A l'occasion de la mise en place du gouvernement HOLLANDE en mai 2012, l'Etat a porté plainte pour escroquerie en bande organisée.

En mai 2013, Pierre ESTOUP, Bernard TAPIE, son avocat Me Maurice LANTOURNE, Stéphanie RICHARD, Jean-François ROCCHI et Bernard SCEMAMA ont été mis en examen du chef d'escroquerie en bande organisée, tandis que Madame LAGARDE était renvoyée devant la Cour de justice de la République.

Le CDR a saisi la Cour d'appel de Paris d'un recours en révision des 3 sentences le 28 juin 2013.

Dans un arrêt en date du 17 février 2015, la Cour d'appel de Paris a annulé les sentences arbitrales pour fraude de Messieurs TAPIE, LANTOURNE et ESTOUP qui a « circonvenu » les deux autres arbitres.

La société GBT a été placée en sauvegarde le 30 novembre 2015, étendue à la société FIBT le 3 décembre 2015.

Les mandataires judiciaires du groupe TAPIE et les époux TAPIE ont formé un pourvoi en cassation.

### **1) 1<sup>re</sup> Chambre civile 30 juin 2016 n°15-13.755 - 15.13-904 - 15.14.145**

#### **Au soutien de leur pourvoi, les mandataires liquidateurs du groupe TAPIE et les époux TAPIE arguaient :**

1. L'arbitrage n'est pas interne mais international, la nature de l'arbitrage est déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige. Or la Société BTF GmbH est une société allemande, la cession des parts de cette société confère donc un caractère international au litige.
2. Le recours en révision n'a pas été introduit par le CDR dans le délai de 2 mois prévu par l'article 596 du Code de procédure civile (sentence : 2008 - recours : 2013).

3. Sur la violation du droit au procès équitable : pas d'accès aux pièces du procès pénal (sur la mise en examen de Bernard TAPIE, Me LANTOURNE et M. ESTOUP pour escroquerie en bande organisée, mises en examen qui ont été validées le 20 janvier 2016 par la Cour de Cassation).
4. Le recours en révision est ouvert seulement si la sentence arbitrale a été obtenue par la fraude. Le Tribunal arbitral détermine les règles de l'arbitrage sans être tenu des règles établies par les Tribunaux étatiques. La Cour d'appel a retenu la fraude de l'arbitre M. ESTOUP mais sans faire la preuve d'une collusion entre M. ESTOUP, Bernard TAPIE et son avocat.

**La Cour de Cassation a rejeté l'ensemble de ces arguments aux motifs suivants :**

1. Le compromis d'arbitrage précisait que les arbitres étaient tenus de respecter les décisions antérieures irrévocables. Or au moment où le compromis d'arbitrage (novembre 2007) a été régularisé, toutes les relations économiques se déroulaient désormais en France (la cession des parts de la société Allemande étant intervenue en février 1993). L'arbitrage était donc bien interne.
2. La société CDR n'a eu connaissance de la fraude ouvrant droit au recours en révision que le 7 juin 2013 (lorsqu'elle a eu accès au dossier pénal) : le recours exercé le 28 juin 2013 a donc bien respecté le délai de deux mois ouvert par l'article 596 du code de procédure civile.
3. ur la violation du droit à un procès équitable : le secret de l'instruction n'est pas opposable aux parties civiles ni au Ministère Public. Or la société CDR étant partie civile, elle pouvait valablement faire état des pièces de la procédure pénale en cours pour organiser sa défense. Par ailleurs, les parties ont été invitées à solliciter toutes les pièces provenant des procédures pénales au Ministère Public. Enfin, devant la Cour d'appel, les époux TAPIE et la Société GBT ont indiqué qu'il n'était pas nécessaire de demander la production des pièces des procédures pénales au motif que celles utilisées par la société CDR étaient suffisantes. Les époux TAPIE et les sociétés TAPIE ne peuvent donc se contredire au détriment de la société CDR.
4. L'occultation par un arbitre de circonstances susceptibles de provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à son impartialité et son indépendance, dans le but de favoriser une partie, est une fraude qui rend possible la rétractation de la sentence dès lors que la décision a été surprise par le concert frauduleux d'un arbitre avec une partie et son conseil. M. ESTOUP a orienté l'arbitrage en faveur de Bernard TAPIE. Il a joué un rôle prépondérant au sein du Tribunal arbitral et a marginalisé les co-arbitres. Il y a donc bien eu une fraude qui justifie la rétractation des sentences arbitrales.

**2) Chambre Commerciale 18 mai 2017 n°15-2.683 - 16-10.339 - 16-10.344**

La Cour d'appel de Paris (3 décembre 2015) avait rejeté les demandes de condamnation de la société CDR à des dommages et intérêts pour les fautes commises lors de la vente des titres de la société BTF GmbH, mais également pour rupture brutale des crédits et pour recouvrement abusif des créances.

- **Sur la question de la qualité à agir**, la Cour considère que Bernard TAPIE en était dépourvu compte tenu des procédures collectives en cours : seuls les liquidateurs ont donc qualité à agir en réparation des préjudices.
- **Sur la vente des titres** : le projet de cession a été préparé par l'avocat de la société BTF SA. La Société BTF SA avait donné un mandat irrévocable au Crédit lyonnais de trouver des acquéreurs et de percevoir le prix de cession des titres. En réalité, le secret entourant la vente de ADIDAS portait non pas sur la revente à M. Robert Louis-DREYFUS, mais sur le fait de ne pas faire

entrer la société dans le domaine public et de ne pas attirer l'attention sur la faveur consentie à un Ministre en exercice consistant à faire peser sur les banques publiques l'intégralité des risques liés à la vente.

La Cour de Cassation considère que la Société BTF SA a donc donné un consentement libre et éclairé à la vente des titres à son mandataire.

- **Sur l'obligation de loyauté du mandataire** (Crédit lyonnais) **envers son mandant** (BTF SA) : cette obligation ne peut être respectée que si toutes les informations de nature à influencer le consentement du mandant sont révélées par le mandataire.

En l'espèce la cession des titres a eu lieu pour trois raisons : 1) Bernard TAPIE entrant au gouvernement en avril 1992 en qualité de Ministre, 2) le règlement de la seconde échéance du prêt consenti en 1990 à la société BTF SA devenant exigible, 3) la nécessité urgente de retrouver des fonds pour recapitaliser ADIDAS.

La société BTF SA avait cherché des acquéreurs par elle-même sans succès.

La société BTF SA a donc accepté la cession des titres en toute connaissance de cause (notamment sur la question d'une négociation parallèle de la banque pour un rachat des titres à un prix supérieur). Le mandataire a donc rempli son obligation de loyauté à l'égard de son mandant.

- **Sur la rupture brutale des relations de crédit** : un protocole d'accord avait été régularisé en mars 1994 au terme duquel il était précisé que le but des cessions était de mettre fin à l'ensemble des relations entre les sociétés du groupe TAPIE et le Crédit Lyonnais. Il n'y a donc pas eu de rupture brutale de crédit mais une cessation conventionnelle des relations bancaires.
- Enfin, **sur le remboursement des sommes attribuées par la sentence** : une somme qui a été payée, suivant attribution par une sentence ou un jugement étatique qui a ensuite été rétractée, doit être restituée. Aucun motif juridique ne justifie que le paiement des créances contractuelles admises dans la procédure collective ne vienne en déduction des indemnités à restituer.

Enfin, pour en finir sur cette saga judiciaire qui a duré plus de 20 ans, la Cour de Justice de la République a considéré que Mme LAGARDE était coupable de négligence du fait de l'absence de recours au nom de l'Etat contre les sentences arbitrales de 2008. La Cour a toutefois dispensé de peine Mme LAGARDE qui encourait 1 an d'emprisonnement et 15.000 € d'amende.

---

# ANNEXES



# CHARTRE D'ETHIQUE DE L'ARBITRAGE<sup>40</sup>

La présente Charte est un instrument n'ayant pas valeur normative en lui-même, destiné à faciliter le bon déroulement des procédures arbitrales, tant internes qu'internationales.

Elle n'est pas uniquement destinée aux avocats français, mais constitue une contribution offerte à tous les praticiens de l'arbitrage, qu'ils soient ou non français, qu'ils soient ou non avocats, que l'arbitrage se déroule ou non en France.

Les principes qu'elle pose sont valables tout au long de la procédure arbitrale : de la phase de nomination de l'arbitre jusqu'à la reddition de la sentence définitive.

Cette Charte n'a valeur contraignante que si les parties y font contractuellement référence. Les parties qui souhaitent se l'approprier peuvent inclure dans leur convention d'arbitrage ou dans leur acte de mission le paragraphe suivant :

*« La Charte éthique de l'arbitrage du Conseil National des Barreaux, dans sa version en vigueur au moment du commencement de l'arbitrage, s'appliquera à tout arbitrage introduit en vertu de la présente convention d'arbitrage / du présent acte de mission ».*

Il est cependant précisé que ces principes éthiques n'ont pas pour objectif de faciliter la contestation des sentences ou de rechercher la responsabilité de l'arbitre devant les tribunaux étatiques.

## 1. RÔLE DE L'ARBITRE

L'arbitre se trouve dans une relation de confiance avec les parties, qui l'ont investi de la mission de régler leur différend. Il accomplit de bonne foi et personnellement sa mission.

La mission de l'arbitre est d'origine contractuelle et de nature juridictionnelle.

L'arbitre tranche le litige par référence aux règles de droit, ou à l'équité si les parties lui ont confié le rôle d'amiable compositeur.

L'arbitre tranche le litige en respectant les garanties fondamentales de bonne justice. L'arbitre peut à tout moment concilier les parties.

## 2. APTITUDE, DISPONIBILITÉ ET DILIGENCE

Un arbitre pressenti ne doit accepter la mission qui lui est proposée que s'il possède la compétence juridique et/ou technique nécessaire en fonction du litige, et s'il s'est assuré de sa disponibilité pour arbitrer le litige dans des délais raisonnables au regard des circonstances et de la complexité du litige.

L'arbitre garantit le bon déroulement de la procédure arbitrale.

L'arbitre agit avec diligence tout au long de l'exercice de sa mission, y compris pour favoriser la célérité de la procédure arbitrale, en veillant toutefois à éviter une augmentation des coûts de l'arbitrage excessive au regard des intérêts en jeu.

Les parties doivent elles aussi agir de bonne foi et avec diligence, en évitant toute manœuvre abusive ou dilatoire dans le but de retarder ou de perturber la procédure.

## 3. INDÉPENDANCE ET IMPARTIALITÉ

Un arbitre pressenti de doit accepter la mission qui lui est proposée que s'il est à la fois indépendant et impartial vis-à-vis de l'ensemble des parties, excepté dans les cas où ces dernières, informées des éléments propres à mettre en doute l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, s'accordent néanmoins pour permettre sa nomination.

Un arbitre pressenti doit immédiatement dévoiler à l'ensemble des parties l'ensemble des éléments propres à mettre en doute son indépendance ou son impartialité. Si de tels éléments apparaissent au cours de la procédure arbitrale, l'arbitre concerné doit également les révéler sans délai.

L'indépendance de l'arbitre se définit comme la révélation de toute relation d'affaires ou personnelle passée ou présente, directe ou indirecte, entre l'arbitre ou un tiers qui lui est étroitement lié personnellement ou professionnellement, et l'une ou l'ensemble des parties, leurs représentants ou les coarbitres, ou avec toute personne étroitement liée à l'une des parties, à leurs représentants ou les coarbitres.

L'impartialité de l'arbitre se définit comme l'absence de préventions à l'égard des prétentions des parties, par un traitement égal des parties et par une indépendance d'esprit, notamment vis-à-vis des pressions extérieures.

Il ne peut en aucun cas être exercé sur l'arbitre ou sur le Tribunal arbitral de quelconques pressions ou influences, directes ou indirectes.

<sup>40</sup> - Cf. aussi la Charte éthique publiée en 2014 par la Fédération des centres d'arbitrage, téléchargeable in <http://www.fca-arbitrage.com/charte-ethique>.

#### 4. PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

Une fois que l'arbitre ou le Tribunal arbitral est saisi de l'affaire, il ne peut communiquer avec une seule des parties, à son initiative ou à celle de la partie, sur un sujet concernant le fond du litige, sauf à informer - ou demander à la partie d'informer - les autres parties et le cas échéant les autres arbitres de l'existence et du contenu de cette communication.

En cas de communication écrite, une copie doit être envoyée aux autres parties et, le cas échéant, aux autres membres du Tribunal arbitral.

Les communications non contradictoires sont néanmoins possibles dans le cadre des procédures ex parte destinées à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires.

#### 5. CONFIDENTIALITÉ

Toute information relative à un arbitrage est confidentielle, sous réserve des stipulations contraires des parties, des obligations légales et réglementaires, ou dans le strict cadre d'actions judiciaires liées à l'arbitrage.

L'arbitre ne doit en aucune manière user d'informations auxquelles il a eu accès à l'occasion de la procédure dans un but étranger, soit pour en tirer un avantage personnel ou à l'avantage d'un tiers, soit pour préjudicier à quiconque.

En particulier, sauf s'il considère que la procédure arbitrale a été frauduleuse, ou en cas d'obligation légale ou réglementaire, l'arbitre ne peut participer, directement ou indirectement, à une quelconque procédure relative à l'arbitrage.

L'arbitre est tenu par le secret du délibéré. Il ne peut révéler à quiconque un élément concernant les discussions, orientations ou décisions de la juridiction arbitrale.

L'arbitre ou la partie ne doit révéler à aucun tiers, excepté dans le cadre de l'exécution de sa mission ou si le tiers est associé au déroulement de la procédure, l'existence ou le contenu du litige et de la procédure arbitrale. Les tiers informés sont tenus à la même confidentialité que l'arbitre.

La sentence demeure confidentielle, sauf nécessité dans le cadre d'une action judiciaire liée à l'arbitrage.

## CLAUSE COMPROMISSOIRE INTERNE TYPE

Les modèles présentée ici indiquent toutes les options qu'ont les parties pour rédiger la clause compromissoire la plus adaptée à leur contrat, et peut-être à leur litige.

Tout différend relatif au présent contrat [qui n'aura pu être réglé amiablement par les parties dans un délai de ..... jours à compter de la date de réception par la partie B de la notification par la partie A de la survenance de ce différend] sera tranché par voie d'arbitrage.

### Arbitrage institutionnel

...par voie d'arbitrage conformément au règlement de [choix de l'institution]. Le tribunal arbitral sera composé de [un ou trois] arbitre(s) et siègera à .....

### Arbitrage ad hoc

Le tribunal arbitral sera composé de [un ou trois] arbitre(s) et siègera à .....

### Arbitrage unique

L'arbitre unique sera nommé d'un commun accord entre les parties. A défaut d'accord dans un délai de ..... jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage, celui-ci sera nommé par le juge d'appui [Cf. Art. 1959 CPC] saisi comme en matière de référé par la partie la plus diligente.

### Trois arbitres

La partie A devra faire connaître le nom de l'arbitre qu'elle a choisi dans sa demande d'arbitrage. La partie B disposera d'un délai de ..... jours à compter de la date de réception de la demande pour choisir un arbitre. Le troisième arbitre, qui exercera les fonctions de président du tribunal arbitral, sera nommé par deux arbitres dans un délai de ..... jours à compter de la date de nomination du deuxième arbitre. En cas de difficulté de désignation d'un arbitre, la partie la plus diligente pourra saisir le juge d'appui [Cf. Art. 1459 CPC].

Le tribunal arbitral ainsi constitué statuera ...

... en droit.

... en équité.

La sentence sera...

... signifiée aux parties. [En cas d'arbitrage institutionnel, les parties peuvent s'en tenir à ce que prévoit, le cas échéant, le Règlement d'arbitrage].

... notifiée aux parties selon les modalités suivantes, en précisant les modalités de recours [au choix : Lettre simple, L.R.A.R., envoi électronique, envoi par les arbitres, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage, etc.].

Aucune mention requise. [L'Art. 1489 CPC pose désormais le principe de l'exclusion de l'appel réformation, en l'absence de volonté contraire exprimée par les parties].

La sentence rendue par le tribunal arbitral sera susceptible d'appel. [Art. 1494 al. 2 CPC : l'appel doit être exercé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence. Il est suspensif, sauf si la sentence est assortie de l'exécution provisoire].

[En vertu de l'art. 1491 CPC, les parties peuvent toujours former un recours en annulation, à moins que la voie de l'appel reste encore ouverte. Le recours est suspensif, à moins que la sentence soit assortie de l'exécution provisoire].

# COMPROMIS D'ARBITRAGE INTERNE TYPE

Entre les soussignés

M. [nom A], [profession], demeurant à [adresse], d'une part,  
M. [nom B], [profession], demeurant à [adresse], d'autre part,

Un litige est né entre les parties susvisées à la suite de l'exécution du contrat passé le [date] ayant pour objet [Vente de biens, prestation de service, cession de parts sociales etc.]

M. [nom A], prétend que [les parties exposent ici leurs prétentions car conformément à l'art. 1145 du CPC, il est indispensable de définir l'objet du litige « à peine nullité »]  
M. [nom B], prétend que [Idem]

Les parties se sont mises d'accord pour faire trancher ce litige par voie d'arbitrage conformément aux règles fixées par

*(Option)*

## > [Pour un arbitrage ad hoc]

- le Code de procédure civile

## > [Pour un arbitrage institutionnel]

- le règlement de [choix de l'institution]. En cas de silence dudit règlement sur la procédure arbitrale visée par cette clause, les arbitres devront se référer aux règles de procédure françaises du Code de procédure civile français.

et aux conditions suivantes en ce qu'elles y dérogent ou y ajoutent :

## ART. 1 - LE TRIBUNAL ARBITRAL

Le tribunal arbitral sera composé de [un ou trois] arbitre(s) et siègera à .....

*(Option réservée en cas d'arbitrage ad hoc)*

## > [Si les arbitres désignent d'ores et déjà les arbitres]

- Les parties désignent comme unique arbitre M. [nom arbitre A], [profession], demeurant à [adresse] (Arbitre unique)

- Les parties désignent respectivement comme arbitres :  
M. [nom A], M. [nom arbitre A], [profession], demeurant à [adresse]  
M. [nom B], M. [nom arbitre B], [profession], demeurant à [adresse]

- Le troisième arbitre, qui exercera les fonctions de Président du tribunal arbitral, sera nommé par les deux arbitres, en accord avec les parties, dans un délai de ..... jours à compter de la date de signature du présent compromis. En cas de difficulté de désignation du Président, la partie la plus diligente pourra saisir le Président du Tribunal de Grande instance qui statuera comme juge d'appui. (Trois arbitres)

## > [Si les parties ne font que prévoir les modalités de désignation des arbitres]

- L'arbitre unique sera nommé d'un commun accord entre les parties. A défaut d'accord dans un délai de ..... jours à compter de la signature du présent compromis d'arbitrage celui-ci sera nommé par le Président du Tribunal de Grande instance qui statuera comme juge d'appui. (Arbitre unique)

- Les parties disposeront d'un délai de ..... jours à compter de la signature du présent compromis d'arbitrage pour choisir les co-arbitres. Le troisième arbitre, qui exercera les fonctions de Président du tribunal arbitral, sera nommé par les deux arbitres susvisés, en accord avec les parties, dans un délai de ..... jours à compter de la date de nomination du deuxième arbitre. En cas de difficulté de désignation d'un arbitre, la partie la plus diligente pourra saisir le Président du Tribunal de Grande instance qui statuera comme juge d'appui. (Trois arbitres)

Le tribunal arbitral ainsi constitué statuera en droit [ou en amiable composition.]

## ART 2 - L'OBJET DU LITIGE

[Conformément à l'art. 1445 du CPC, il est indispensable de définir l'objet du litige « à peine nullité »]

Les arbitres ainsi désignés auront à trancher les points suivants :

- 1.....;
- 2.....;
- 3.....;

...

et, plus généralement, toutes les questions en rapport avec ces points qui nécessitent l'examen.

## ART 3 - LIEU DE L'ARBITRAGE

Le siège de l'arbitrage est fixé à [ville].

Toutefois le Tribunal arbitral pourra tenir les audiences et réunions en tout autre lieu qu'il estimera approprié.

## ART. 4 - CLAUSE DE CONFIDENTIALITÉ

La procédure arbitrale est [n'est pas] soumise au principe de confidentialité.

## ART. 5 - L'INSTANCE ARBITRALE

> *[Pour un arbitrage ad hoc]*

Le tribunal arbitral est seul compétent [n'est pas seul compétent ; dans ce cas mentionner quelle juridiction peut le faire] pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.

La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est [n'est pas] réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

Le tribunal arbitral peut [ne peut pas] ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune.

Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut [ne peut pas], [même] sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

Sauf stipulation contraire, le tribunal arbitral a [n'a pas] le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299 CPC.

Le tribunal arbitral peut [ne peut pas], surseoir à statuer.

> *[Pour un arbitrage institutionnel]*

Voir le règlement

## ART. 6 - LES MESURES PROVISOIRES

> *[Pour un arbitrage ad hoc]*

Tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, une partie peut [ne peut pas] saisir une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

> *[Pour un arbitrage institutionnel]*

Voir le règlement applicable.

## ART. 7 - LA SENTENCE ARBITRALE

> *[Pour un arbitrage ad hoc]*

Les arbitres statueront dans un délai de..... à compter de ce jour et feront parvenir aux parties leur sentence

*(Option)*

- par voie de signification [ou selon les modalités convenues entre les parties : lettre simple, L.R.A.R., envoi électronique, envoi par les arbitres, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage, etc.].

La sentence sera motivée et rendue à la majorité.

Elle peut être [ne pas être] assortie de l'exécution provisoire.

A la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui affectent la sentence ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. La demande doit être présentée dans un délai de [3] mois et les arbitres se prononcent dans un délai de [3] mois à compter de la saisine du tribunal.

> *[Pour un arbitrage institutionnel]*

En cas d'arbitrage institutionnel, les parties peuvent s'en tenir à ce que prévoit le Règlement d'arbitrage.

## ART. 8 - LES VOIES DE RECOURS

> *[Pour un arbitrage ad hoc]*

*(Option pour l'appel)*

- En cas de silence des parties, la sentence n'est pas susceptible d'appel. Si les parties souhaitent se ménager la voie de l'appel, elles doivent le mentionner, sous la forme suivante : « La sentence rendue par le tribunal arbitral sera susceptible d'appel ».

> *[Pour un arbitrage institutionnel]*

Pour un arbitrage institutionnel, s'en référer au Règlement de l'institution mais en théorie le recours en annulation est toujours ouvert.

## ART. 9 - LES FRAIS DE L'ARBITRAGE

Le montant des honoraires de l' [des] arbitre(s), ainsi que tous les frais liés à l'instruction, dont les parties sont solidairement tenues, seront :

*(Option)*

> **[Pour un arbitrage ad hoc]**

- répartis par le tribunal arbitral qui décide à laquelle des parties le paiement incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés.
- supportés par la partie qui succombe.
- supportés à hauteur de la moitié de l'ensemble des frais, par chacune des parties.

> **[Pour un arbitrage institutionnel]**

- Voir les dispositions du Règlement d'arbitrage applicable.

Fait à....., le..... 20...., en [nombre] exemplaires originaux.

## CONTRAT D'ARBITRE TYPE\* [à conclure avec l'Acte de mission]

### ENTRE

[Nom / Raison sociale]

[Etat civil / adresse / immatriculation]

[Représenté par ... en sa qualité de ...]

ayant pour Avocat:

Me [...], Avocat au Barreau de [...], [Coordonnées]

selon pouvoir spécial de représentation et de ministère en date du [...]

Demanderesse à l'arbitrage [ad hoc / conduit sous l'égide de ...] dont le siège a été fixé à [...]

### ET

[Nom / Raison sociale]

[Etat civil / adresse / immatriculation]

[Représenté par ... en sa qualité de ...]

ayant pour Avocat:

Me [...], Avocat au Barreau de [...], [Coordonnées]

selon pouvoir spécial de représentation et de ministère en date du [...]

Défenderesse à l'arbitrage [ad hoc / conduit sous l'égide de ...] dont le siège a été fixé à [...]

ci-après désignées ensemble les « Parties litigantes », ou chacune, une « Partie litigante »

### D'UNE PART

### ET

M. ou Mme. [...]

[Etat Civil]

[Coordonnées]

Désigné(e) en qualité d'arbitre le [date] sur proposition du [Demandeur / Défendeur / Centre d'arbitrage / Coarbitre / Juge d'appui] au nom et pour les compte des Parties à l'arbitrage ci-dessus mentionnées

ci-après désigné(e) « l'Arbitre »

### D'AUTRE PART

Les Parties litigantes et l'Arbitre sont désignées ensemble les « Parties au contrat d'arbitre ».

\* - Pour un autre modèle de contrat d'arbitre, cf. «Le contrat d'arbitre», Revue *Procédures*, 2012, Formules, n° 7 et Juris-Classeur *Procédure civile*, formulaire, 2013, n° 25.

# PREAMBULE

Les Parties litigantes s'opposent [relativement à un contrat [préciser] contenant la convention d'arbitrage suivante] [ou dans un litige au sujet duquel la convention d'arbitrage suivante a été conclue] : [citer in extenso].

Sur le fondement de cette convention d'arbitrage [la partie Demanderesse] a initié une procédure le [date] pour laquelle la nomination de M. ou Mme. [...] en qualité d'Arbitre a été proposée.

La convention d'arbitrage, indépendamment des questions éventuelles relatives à sa validité et à son champ d'application, jouit d'une autonomie et doit être suivie d'effet qui elle est mise en œuvre ne serait-ce que pour permettre à un tribunal arbitral de statuer sur sa propre investiture et sa propre compétence avant que de juger du litige qui oppose les parties.

En conséquence la mise en œuvre de la convention d'arbitrage entraîne la conclusion :

- d'un contrat d'arbitre entre chaque arbitre et les parties litigantes ensemble ;
- d'un contrat d'organisation de l'arbitrage entre l'institution permanente d'arbitrage (chargée d'organiser l'arbitrage) et les parties litigantes (dans l'hypothèse d'un arbitrage institutionnel)
- d'un contrat de collaboration arbitrale entre l'institution permanente d'arbitrage et chacun des arbitres (dans l'hypothèse d'un arbitrage institutionnel).

Ces deux derniers contrats (d'organisation de l'arbitrage et de collaboration arbitrale) existant en cas d'arbitrage institutionnel seulement et étant constitués par les dispositions du règlement d'arbitrage applicable (sauf accord spécifique des parties litigantes, de tous les arbitres et de l'institution permanente d'arbitrage), il est apparu en revanche utile de préciser le contenu et le régime du contrat d'arbitre.

C'est dans ce contexte que le présent contrat d'arbitre, emportant nomination et investiture de l'Arbitre, a été conclu aux termes des dispositions suivantes.

\*  
\* \*

## 1. Désignation de l'Arbitre

1.1 La nomination de M. ou Mme. [...] en qualité d'arbitre n'emporte pour les Parties litigantes ou l'une quelconque d'entre elle aucune renonciation, non plus qu'aucun acquiescement que ce soit, dans le litige qui les oppose ou pour la régularité de la procédure arbitrale à venir.

1.2 Il est notamment souligné que la désignation de l'Arbitre au nom des Parties litigantes n'a aucun effet ou incidence sur leur qualité de parties ou non, à la convention d'Arbitrage ou à l'arbitrage, ou sur l'appréciation de la compétence du Tribunal arbitral.

1.3 Les Parties litigantes déclarent, chacune pour ce qui la concerne, être valablement représentées et avoir tout pouvoir pour désigner M. ou Mme. [...] en qualité d'arbitre.

1.4 Compte tenu des éléments connus par les Parties litigantes sur la personne de l'Arbitre et notamment ceux qui ont été déclarés par l'Arbitre dans sa déclaration d'acceptation de mission et d'indépendance, ainsi que des modalités convenues de l'arbitrage (procédurales et financières), les Parties litigantes actent de la nomination de M. ou Mme. [...] en qualité d'arbitre.

1.5 Compte tenu des éléments connus par l'Arbitre à propos du litige et des parties litigantes, ainsi que des modalités convenues de l'arbitrage (procédurales et financières), M. ou Mme. [...] accepte, confirme et réitère sa nomination en tant [qu'arbitre unique / que membre ou Président(e) du Tribunal arbitral composé par ailleurs de M. ou Mme. [...] et M. ou Mme. [...]].

## 2. Droits et obligations des Parties au contrat d'arbitrage

Les Parties litigantes et l'Arbitre s'engagent à agir avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.

## 3. Droits et obligations de l'Arbitre

3.1 L'Arbitre exercera sa mission en toute indépendance et impartialité. Tout au long de sa mission, il s'engage à révéler toutes circonstances qui pourraient, aux yeux des parties, remettre en cause son indépendance et son impartialité.

3.2 Lié aux Parties litigantes par le présent contrat, l'Arbitre n'est cependant pas le simple mandataire de l'une quelconque des Parties et sa responsabilité civile contractuelle ne saurait être recherchée en ce qui concerne le libre exercice de son pouvoir juridictionnel. Pour le reste, l'Arbitre est contractuellement responsable et prend à cet égard ses dispositions pour être assuré concernant une éventuelle action en responsabilité.

3.3 L'Arbitre doit exercer avec la disponibilité et le dévouement requis sa mission jusqu'à son terme. En contrepartie, il perçoit des honoraires fixés conventionnellement avec les Parties litigantes et est remboursé par elles des frais afférents à sa mission.

3.4 L'Arbitre s'engage à respecter et à faire respecter les règles d'arbitrage applicables dans le strict respect de l'égalité des parties et du principe de la contradiction.

3.5 [Il s'engage en outre à respecter la Charte d'Ethique de l'arbitrage du CNB].

#### 4. Droits et obligations des Parties litigantes

4.1 Les Parties litigantes sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice, en ce compris la justice arbitrale, et donc le respect dû à l'arbitre investi d'une mission juridictionnelle.

4.2 Chaque Partie litigante ne doit pas limiter ou ne doit pas faire obstacle à la liberté de jugement de l'Arbitre par le biais d'une quelconque pression ou manœuvre à l'encontre de l'Arbitre, soit directement, soit indirectement, y compris en cherchant à obtenir le prononcé de tout type d'injonction par un tiers (Juge étatique, Institution permanente d'arbitrage, autorité de nomination...).

4.3 Tout en se conformant à cette obligation de réserve, elles demeurent toutefois libres d'exercer leurs droits de la défense, les actions procédurales ainsi que les actions en justice dont elles sont titulaires, y compris à l'égard de l'Arbitre :

- (a) pour contester l'investiture de l'Arbitre découlant du présent contrat,
- (b) pour contester la validité ou l'étendue de son pouvoir juridictionnel devant le juge arbitral lui-même conformément au principe de compétence-compétence,
- (c) pour demander sa récusation à la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou au juge d'appui, ou pour le révoquer ensemble,
- (d) ainsi que pour mettre en jeu sa responsabilité civile contractuelle conformément aux stipulations du présent contrat.

4.4 Les Parties litigantes sont solidairement tenues à l'égard de l'Arbitre du paiement de ses honoraires et du remboursement de ses frais, et ce, quelle que soit la décision de l'arbitre sur la répartition entre elles des frais et honoraires d'arbitrage et de conseil.

4.5 Elles s'engagent à respecter les règles d'arbitrage applicables et l'exigence de loyauté procédurale tant entre elles qu'à l'égard de l'Arbitre.

4.6 [Elles s'engagent enfin à respecter la Charte d'Ethique de l'arbitrage du CNB]

#### 5. Articulation avec les autres contrats qui fondent l'arbitrage, droit applicable et résolution des litiges

5.1 Sans préjudice des stipulations du présent contrat et des dispositions convenues par ailleurs par les Parties litigantes entre elles ou avec le Tribunal arbitral ou avec la personne en charge de l'organisation de l'arbitrage, le présent contrat est régi par le droit français.

5.2 En cas de litige découlant du présent contrat et sans préjudice des pouvoirs dévolus ou reconnus par la Loi ou par convention au juge étatique (notamment le juge d'appui et le juge en charge du contrôle des sentences), ou à la personne chargée d'organiser l'arbitrage, celui-ci à défaut de règlement amiable sera lui-même soumis à l'arbitrage par l'une quelconque des parties au contrat d'arbitre conformément aux dispositions suivantes.

5.3 La mise en œuvre par l'Arbitre d'un arbitrage à l'encontre d'une ou des Parties litigantes est incompatible avec le maintien de la mission de l'Arbitre dans le litige opposant les parties litigantes.

5.4 Dans l'hypothèse où un arbitrage entre les Parties au contrat d'arbitre se déroulerait alors que l'arbitrage entre les Parties litigantes est toujours en cours (avec ou non la participation de l'Arbitre), il appartient au seul Tribunal arbitral saisi du litige opposant les Parties litigantes de décider de la continuation ou non des opérations d'arbitrage.

5.5 [Reprendre ici le modèle de clause type d'arbitrage proposé par le CNB]

Fait à..., le... 20..., en [nombre] exemplaires originaux.

Date :

Signatures :

# ACTE DE MISSION TYPE

[Nom de la partie Demanderesse]

DEMANDERESSE

c/

[Nom de la partie Défenderesse]

DEFENDERESSE

## 1. LES PARTIES

### 1.1 - La Demanderesse / ou Les Demanderesses<sup>39</sup>

[Nom, Adresse, Dénomination sociale, Forme sociale, Siège]  
(ci-après désigné la «Demanderesse»)

La Demanderesse est représentée par:

[Nom de l'avocat représentant]

Avocats à la Cour

[Nom du cabinet]

[Adresse du cabinet]

Tél. :

Télééc. :

Courriel :

dûment habilité à assister et représenter la Demanderesse selon pouvoir spécial délivré le [Date] par [Nom du signataire] agissant en qualité de [Titre] de la [Nom de la Demanderesse] (annexé au présent acte de mission)

### 1.2 La Défenderesse / ou Les Défenderesses

[Nom, Adresse, Dénomination sociale, Forme sociale, Siège]  
(ci-après désigné la «Défenderesse»)

La Défenderesse est représentée par:

[Nom de l'avocat représentant]

Avocats à la Cour

[Nom du cabinet]

[Adresse du cabinet]

Tél. :

Télééc. :

Courriel :

dûment habilité à assister et représenter la Défenderesse selon pouvoir spécial délivré le [Date] par [Nom du signataire] agissant en qualité de [Titre] de la [Nom de la Défenderesse] (annexé au présent acte de mission)

## 2. LE TRIBUNAL ARBITRAL

Le Tribunal arbitral est composé de:

[Nom de l'arbitre]

[Société/Cabinet]

[Fonction]

[Adresse]

Tél. :

Télééc. :

Courriel :

nommé par lettre de la demanderesse du [Date]

[Nom de l'arbitre]

[Société/Cabinet]

[Fonction]

[Adresse]

Tél. :

Télééc. :

Courriel :

nommé par lettre de la défenderesse du [Date]

[Nom de l'arbitre], Président

[Société/Cabinet]

[Fonction]

[Adresse]

Tél. :

Télééc. :

Courriel :

nommé par [accord des parties] ou [par accord des co-arbitres] ou [par décision de la personne chargée d'organiser l'arbitrage] ou [par ordonnance du juge d'appui du...] en date du [Date] qui lui a été notifié(e) le [Date]

(ci-après désigné ensemble le «Tribunal arbitral» ou les «Arbitres»)

## 3. LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Sur la base des éléments portés à leur connaissance à ce jour, figurant dans les déclarations d'indépendance des Arbitres annexées au présent acte de mission, les Parties n'ont pas d'objection à la constitution du Tribunal arbitral, qui est donc constitué et saisi du litige à la date de signature des présentes.

En cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre, l'instance arbitrale est suspendue jusqu'à l'acceptation par le nouvel arbitre de sa mission.

A défaut d'accord des parties [la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou le juge d'appui] statue sur la difficulté de constitution du Tribunal arbitral.

<sup>39</sup> - Dans le cadre de cet Acte de Mission type, nous prendrons en exemple une seule partie demanderesse contre une seule partie défenderesse.

#### 4. LA PROCÉDURE ARBITRALE

Le [Date], la Demanderesse a transmis à la Défenderesse sa Demande d'arbitrage et a désigné [Nom de l'arbitre désigné] en tant qu'arbitre.

Le [Date], la Défenderesse a transmis sa réponse à la Demande d'arbitrage à la Demanderesse et a désigné [Nom de l'arbitre désigné] en tant qu'arbitre.

Par [lettre, courrier électronique, ...] en date du [Date], les Parties ont désigné [Nom de l'arbitre désigné] en qualité de Président du Tribunal arbitral.

Par décision du [Date], la personne chargée d'organiser l'arbitrage a désigné [Nom de l'arbitre désigné] en qualité de Président du Tribunal arbitral.

Par ordonnance du [Date], le juge d'appui a désigné [Nom de l'arbitre désigné] en qualité de Président du Tribunal arbitral.

Par [lettre, courrier électronique, ...] du [Date], le Président du Tribunal arbitral a proposé l'organisation [d'une réunion ou d'une conférence téléphonique] le [Date], à [Horaire]; afin de fixer [le calendrier, les règles de procédure et l'avance des frais et de discuter de tout autre point que les Parties souhaitent aborder à ce stade].

Par [lettre, courrier électronique, ...] du [Date], [la Défenderesse ou son représentant] a confirmé son accord pour une première réunion de travail le [Date].

Par [lettre, courrier électronique, ...] du [Date], [la Demanderesse ou son représentant] a également indiqué sa disponibilité pour une première réunion ou conférence téléphonique le [Date].

Par [lettre, courrier électronique, ...] du [Date], le Tribunal arbitral a confirmé l'organisation d'une première réunion le [Date], à [Lieu].

Une première réunion s'est tenue le [Date], à [Lieu] en présence du Tribunal arbitral et des conseils des Parties. Les projets du présent Acte de mission et des règles de procédure ont été revus et acceptés. Un calendrier prévisionnel de la procédure a aussi été établi.

#### 5. LE FONDEMENT CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE

Le présent arbitrage a été introduit par la Demanderesse sur la base de [ou des] (l')article(s) [Numéro(s)] du contrat qui est (sont) rédigé(s) comme suit:

«[Citer la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage]»

#### 6. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

La signature du présent Acte de mission n'emporte pas reconnaissance de la compétence [ratione personae ou ratione materiae] du Tribunal arbitral pour statuer sur le litige dont il est saisi.

En cas de contestation sur la compétence du Tribunal arbitral, l'exception doit être soulevée ou, en cas de fait nouveau ou de demande nouvelle, dans le cadre du présent Acte de mission et au plus tard avant toute défense au fond.

Dans l'hypothèse où une nouvelle partie interviendrait à l'instance, toutes les Parties peuvent soulever une éventuelle exception d'incompétence dans les 15 jours de la notification à chacune d'elle de ladite intervention.

Les Parties à l'arbitrage signataires du présent Acte de mission, acceptent d'ores et déjà que l'une d'entre elles puisse appeler en la cause une partie «tierce» ayant la qualité d'assureur, de garant, de caution, ou de cessionnaire des droits litigieux, à condition que celle-ci accepte la constitution du Tribunal arbitral déjà saisi.

Pour toute autre intervention volontaire ou forcée, l'accord des Parties est requis.

#### 7. EXPOSÉ SOMMAIRE DES PRÉTENTIONS DES PARTIES ET DÉCISIONS SOLLICITÉES

##### 7.1 Remarques préliminaires

L'exposé sommaire des prétentions des Parties et des décisions qu'elles sollicitent est fait en l'état de leurs écritures et au vu de leurs déclarations à date du présent Acte de Mission [et au vu de leur objet de satisfaire les exigences de l'Article [Numéro] du Règlement d'arbitrage]. Cet exposé ne préjudicie en rien à toutes autres prétentions, allégations, arguments et positions formulés en défense contenus dans les écritures soumises par les Parties ou qui le seront dans le cours du présent arbitrage.

Ces résumés ne reflètent pas la position du Tribunal arbitral et, par la signature du présent Acte de Mission, aucune des Parties ne souscrit, ni n'acquiesce à l'exposé sommaire présenté par la Partie adverse, tel que reproduit ci-dessous.

##### 7.2 Prétentions de la Demanderesse

[Décrire les prétentions de la Demanderesse]

##### 7.3 Décisions sollicitées par la Demanderesse

La Demanderesse demande au Tribunal arbitral de :

[...]

##### 7.4 Prétentions de la Défenderesse

[Décrire les prétentions de la Défenderesse]

### 7.5 Décisions sollicitées par la Défenderesse

La Défenderesse demande au Tribunal arbitral de :  
[...]

## 8. POINTS LITIGIEUX À RÉSOUDRE

**8.1** [Dans les limites de l'Article [Numéro] du Règlement d'arbitrage], le Tribunal tranchera les points litigieux soulevés par les exposés ci-dessus ou qui le seront au cours du présent arbitrage, en particulier au vu des écritures des Parties, s'il l'estime nécessaire pour traiter de manière définitive les prétentions de chacune d'elles. En particulier, le Tribunal Arbitral peut être conduit à examiner et résoudre les points litigieux suivants, mais pas nécessairement tous ces points ou pas seulement ceux-ci, et pas obligatoirement dans l'ordre où ils sont énumérés :

- i) [...] ?
- ii) [...] ?
- iii) [...] ?
- iv) [...] ?
- v) [...] ?

**8.2** Les questions de fait ou de droit devant être résolues par le Tribunal pour trancher les points litigieux, seront celles qui ressortiront des déclarations, des écritures et des plaidoiries des Parties, visées ou non dans les exposés ci-dessus, étant précisé que le Tribunal reste libre de décider quelles questions doivent être résolues pour trancher définitivement les points litigieux.

## 9. LES NOUVELLES DEMANDES

Après signature de l'Acte de mission, le Tribunal arbitral décide de l'admissibilité de toutes demandes nouvelles ou additionnelles ou reconventionnelles en fonction d'une part du champ du présent Arbitrage et d'autre part de l'existence d'un lien suffisant aux prétentions originaires.

## 10. LE SIÈGE DE L'ARBITRAGE

En application de l'article [Numéro] du contrat, le siège de l'arbitrage est fixé à [Lieu], en [Pays].

Le Tribunal arbitral peut, après consultation des parties, décider de tenir les audiences et les réunions en tout lieu opportun.

## 11. LA LANGUE DE L'ARBITRAGE [LE CAS ÉCHÉANT]

La langue de l'arbitrage est le [...].

## 12. LES RÈGLES DE PROCÉDURES APPLICABLES

Aux termes de l'article [Numéro] du Contrat:

«[...]»

Si aucune règle de procédure n'a été choisie dans la clause compromissoire :

Sous réserve de l'ordre public procédural, et de la convention des parties, les règles de procédure applicables sont déterminées par le Tribunal arbitral, après consultation des parties.

En toutes hypothèses

En plus des règles de procédure déterminées, les stipulations du présent Acte de Mission, ainsi que les dispositions de l'ordonnance de procédure N°1 [remise ce jour] sont applicables à l'instance arbitrale.

## 13. LES ORDONNANCES DE PROCÉDURE ET LES SENTENCES PARTIELLES OU PROVISOIRES

Les ordonnances de procédure sont émises par le Tribunal arbitral, le Président du Tribunal arbitral est autorisé à les signer seul.

Le Tribunal arbitral a le pouvoir de rendre une sentence partielle, provisoire ou finale sur toute question qui lui semble appropriée.

Tant que la sentence partielle ou provisoire est assortie du bénéfice de l'exécution provisoire, l'instance arbitrale se poursuit nonobstant recours.

## 14. LES NOTIFICATIONS ET COMMUNICATIONS

Chaque partie envoie toutes communications (lettres, mémoires, pièces, déclarations de témoin et rapports d'expert) à chaque membre du Tribunal arbitral.

Toute communication est valablement faite :

- (a) A la demanderesse, si elle est envoyée à son représentant, à l'adresse indiquée ci-dessus à la Section 1.1 ou à celle notifiée à un stade ultérieur de l'arbitrage ;
- (b) A la défenderesse, si elle est envoyée à son représentant, à l'adresse indiquée ci-dessus à la Section 1.2 ou à celle notifiée à un stade ultérieur de l'arbitrage ; et
- (c) Au Tribunal arbitral, si elle est envoyée aux adresses des trois Arbitres indiquées ci-dessus à la Section 2 ou à celles notifiées à un stade ultérieur de l'arbitrage.

Chaque Partie annonce immédiatement par écrit aux autres Parties et au Tribunal arbitral tout changement dans son nom, sa qualité ou l'adresse indiquée sous Section 1 ci-dessus. A défaut d'une telle annonce écrite, les communications seront effectuées valablement, pour autant qu'elles reprennent les informations indiquées sous Section 1.

Les mémoires ainsi que leurs annexes (pièces, rapports, déclarations de témoins, etc.) doivent être communiqués par courriel (copies word et pdf), un exemplaire étant signifié par courrier recommandé, courrier spécial ou par porteur.

La notification est effectuée dans le délai fixé si elle est adressée par courriel ou remise au service qui l'expédie le dernier jour du délai au plus tard.

Les ordonnances de procédure sont communiquées par courriel et par courrier recommandé ou courrier spécial.

Les sentences sont communiquées par courrier recommandé ou courrier spécial.

Les autres communications peuvent être effectuées par courriel uniquement.

### 15. CONFIDENTIALITÉ

La présente procédure d'arbitrage est soumise au principe de confidentialité.

En conséquence, l'objet du litige, les écritures des Parties et actes de procédure, les documents communiqués, les éventuels témoignages et rapports d'expertise, les décisions intermédiaires et ordonnances de procédure, ne doivent pas être divulgués en dehors des Parties, de leurs Conseils, du Tribunal arbitral [et de la personne chargée de l'organisation de l'arbitrage], sauf si la Loi, une autorité judiciaire ou administrative, ou une personne chargée d'une mission réglementaire le requiert.

En cas de violation, la Partie la plus diligente peut s'adresser au Tribunal arbitral en vue d'y mettre fin et/ou d'obtenir toute réparation de son préjudice.

### 16. LA DESTRUCTION DES DOCUMENTS

Trois mois après la notification aux Parties de la sentence finale, les Arbitres sont autorisés à détruire le dossier, à moins qu'une Partie demande expressément qu'un ou plusieurs documents soient renvoyés au Conseil qui les a initialement soumis. Le Tribunal arbitral retournera ces documents aux frais de la partie requérante.

### 17. CALENDRIER ET DÉLAIS

Le calendrier de l'arbitrage est fixé par le Tribunal arbitral en accord avec les parties. Il sera établi par voie d'ordonnance de procédure. Les parties s'engagent à observer, dans le respect du principe du contradictoire, le calendrier des opérations ainsi arrêté.

Au regard du calendrier ainsi établi les parties conviennent par le présent acte de mission de proroger le délai d'arbitrage jusqu'au cas où le Tribunal arbitral ordonnerait une mesure d'instruction, il devra fixer le délai dans lequel celle-ci sera accomplie. La date de la sentence sera alors reportée jusqu'à

l'expiration d'un délai de trois mois après la fin de la mesure d'instruction.

### 18. EMPÊCHEMENT D'UN ARBITRE

En cas d'empêchement d'un arbitre, quelle qu'en soit la cause, celui-ci sera remplacé dans les conditions qui ont présidé à sa désignation et l'instance arbitrale reprendra là où le tribunal arbitral précédent était parvenu, sans recommencer au début.

Le calendrier de procédure sera suspendu jusqu'à l'acceptation par le nouvel arbitre de sa mission.

### 19. AVANCE DE FRAIS ET RÉMUNÉRATION DES ARBITRES

Compte tenu des éléments dont il a connaissance à ce stade, le Tribunal arbitral arrête le montant de l'avance de frais à 000 € HT. Ces honoraires seront répartis de la manière suivante : 000 € HT pour le président et 000 € HT pour les coarbitres, soit la charge par partie de 00 € HT pour le président, et la charge par partie de 000 € HT pour chacun des coarbitres.

Si l'instance devait connaître des complications ou des prolongements, le Tribunal arbitral pourrait demander des compléments d'honoraires. Dans le cas contraire, ceux-ci n'auraient pas lieu d'être.

La facturation, par chaque arbitre à chacune des parties, sera faite dans les 24 heures qui suivent la signature du présent acte. Les règlements devant intervenir dans les meilleurs délais, et au plus tard lors de la réception du mémoire en demande.

Les arbitres seront également remboursés par les parties des frais occasionnés par la présente procédure arbitrale, sur présentation de justificatifs.

Les parties sont tenues solidairement du paiement des honoraires et du remboursement des frais.

Il est entendu que le paiement scrupuleux des honoraires des arbitres et des frais d'arbitrage constitue une des conditions déterminantes du présent arbitrage pour les arbitres. Tout manquement des parties sur ce point entraînerait sa résolution de plein droit, sauf si l'une des parties se substituait à l'autre. En cas de résolution, les honoraires déjà versés seront restitués à celles des parties qui les auront payés, sous déduction justifiée des frais engagés par les arbitres et du temps passé.

### 20. TVA

Les honoraires des Arbitres étant, selon la loi fiscale applicable, soumis à la TVA, les Parties s'engagent solidairement à verser toute somme due au titre de la TVA sur les honoraires des Arbitres concernés sur présentation par les Arbitres de leurs factures respectives.

Par la signature du présent Acte de Mission, les Parties reconnaissent qu'elles n'ont à ce jour aucune objection à formuler à l'encontre des Arbitres ou quant à la validité de la présente procédure.

#### Les Parties

---

**[Nom de la Demanderesse]**

---

Nom :

Titre :

**[Nom de la Défenderesse]**

---

Nom :

Titre :

#### Le Tribunal Arbitral

---

\_\_\_\_\_

[Nom de l'arbitre]

Arbitre

\_\_\_\_\_

[Nom de l'arbitre]

Président

\_\_\_\_\_

[Nom de l'arbitre]

Arbitre

PJ:

- Pouvoirs, spécial de représentation des avocats.

- Déclaration d'acceptation et d'indépendance.

## DÉCLARATION D'ACCEPTATION ET D'INDÉPENDANCE TYPE

Arbitrage X c/ Y...

Affaire N°

Je soussigné

Nom / Prénom

### Acceptation et indépendance

- Déclare personnellement accepter la mission d'arbitre [selon le règlement d'arbitrage du CNB] dans la présente affaire. Ainsi,

- Je déclare [avoir pris connaissance des exigences du règlement d'arbitrage du CNB et de la charte éthique] avoir les aptitudes requises pour exercer la mission d'arbitre [conformément à toutes les dispositions de ce règlement, y compris le barème d'honoraires fixé] ;
- Je déclare avoir la disponibilité requise pour mener à bien la mission qui m'est confiée.
- Je suis indépendant de chacune des parties en cause et entend le rester.
- A ma connaissance il n'existe aucun fait ou circonstance passé ou présent qui nécessite d'être révélé parce qu'il pourrait être de nature à mettre en cause mon indépendance dans l'esprit de l'une quelconque des parties.

OU

- Cependant [au regard de l'article [...] du règlement d'arbitrage du CNB], je tiens à appeler l'attention sur les faits ou circonstances suivants qui pourraient être de nature à mettre en cause mon indépendance dans l'esprit de l'une quelconque des parties (Joindre au besoin une feuille séparée).

- Rien ne s'oppose en conséquence à la conclusion d'un contrat d'arbitre [voir proposition de contrat d'arbitre type] entre moi-même et les parties litigantes suivantes :

- ...
- ...
- ...

Refus de mission

- Déclare par la présente décliner la mission d'arbitre qui m'est proposée dans le litige opposant les parties suivantes :

- ...
- ...
- ...

Date

Signature

# CURRICULUM VITAE D'ARBITRE TYPE

Arbitrage X c/ Y.....  
Affaire N°.....

Nom : ..... Prénom : .....

Date de naissance : ..... Nationalité : .....

Adresse personnelle : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Courriel : ..... @ .....

Adresse professionnelle : .....

.....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Portable : .....

Courriel : ..... Site internet : .....

Adresse de correspondance privilégiée :  Personnelle  Professionnelle

Diplômes :

.....  
.....

**Activité professionnelle actuelle :**

.....  
.....

**Informations supplémentaires :**

.....  
.....

**Connaissances linguistiques :**

Anglais  Allemand  Arabe  Espagnol  
 Français  Italien  Russe  Autres.....

Date :

Signature :

Nom : ..... Prénom : .....

**Pratique :**

- Droit civil                       Droit européen  
 Droit international         Autre droit

**Pays :** .....

**Activité dominante et/ou certificat de spécialité :**

- Vente et distribution                       Assurances                       Concurrence  
 Construction ingénierie                       Droit public                       Droit des sociétés  
 Droit de l'environnement                       Finances                       Fiscalités  
 Propriété intellectuelle                       Droit du travail                       Droit de l'arbitrage  
 Autres.....

**Expérience de l'arbitrage :**

Nombre et nature des arbitrages auxquels le ou la soussigné(e) a participé en qualité de :

		Président du panel	Arbitre unique	Coarbitre	Conseil d'une partie	Secrétaire, expert, témoin
Arbitrage interne	Institutionnel					
	<i>Ad hoc</i>					
Arbitrage international	Institutionnel					
	<i>Ad hoc</i>					

**Expérience d'autres modes alternatifs de règlement des conflits :**

.....  
 .....  
 .....  
 .....

Date :

Signature :

**ORDONNANCE DE PROCEDURE TYPE**

Arbitrage X c/ Y.....

Affaire N°.....

**ORDONNANCE DE PROCEDURE N°1**

(Art. [N°] du Règlement d'Arbitrage en vigueur à compter du [Date] du CNB)

dans un arbitrage entre

**[Nom de la Demanderesse]**

**(ci-après désignée « [...] », ou la « Demanderesse »,**

contre

**[Nom de la Défenderesse]**

**(ci-après désignée « [...] », ou la « Défenderesse »,**

Vu le contrat du [Date], et notamment son article XXX qui contient la convention d'arbitrage ;

Vu l'acte de mission du [Date] signé par les parties et les arbitres ;

Après consultation des parties ;

Le calendrier prévisionnel suivant est adopté :

EVÉNEMENT	DATE
Mémoire en Demande, accompagné des pièces y afférentes et des témoignages écrits et signés des témoins et experts éventuels	[X semaines], à compter de la signature de l'Acte de Mission
Mémoire en Défense, accompagné des pièces y afférentes et des témoignages écrits et signés des témoins et experts éventuels	[X semaines], à compter de la réception du Mémoire en Demande
La Demanderesse informe le Tribunal arbitral si elle souhaite soumettre un Mémoire en Réplique et/ou simplement une Réponse à la demande reconventionnelle	1 semaine à compter de la réception du Mémoire en Défense
S'il y a Mémoire en Réplique et/ou Réponse à la demande reconventionnelle	[X semaines] à compter de la réception du Mémoire en Défense
Mémoire en Duplique et/ou Réplique à la demande reconventionnelle	[X semaines] à compter de la réception du Mémoire en Réplique et/ou Réponse à la demande reconventionnelle
Mémoire en Duplique à la demande reconventionnelle	[X semaines], à compter de la réception du Mémoire de la Réplique à la demande à la demande reconventionnelle
Audience finale (durée)	Entre 15 jours et 1 mois après la remise du dernier Mémoire pertinent
Sentence arbitrale	1 à 2 mois après l'audience finale

Le Tribunal arbitral pourra rendre ultérieurement toute ordonnance de procédure qu'il estime nécessaire ou appropriée au sujet de ce calendrier prévisionnel, et notamment, si les circonstances le requièrent, modifier cette ordonnance de procédure sur demande motivée d'une partie ou d'office.

Fait à ..., le ..., en [nombre] exemplaires originaux,

Le :

Au nom du Tribunal arbitral :

M. ou Mme X.  
Président

---

# NOTES

---

A series of horizontal dotted lines for writing notes.







---

© Conseil national des barreaux  
Cahiers de l'arbitrage | 3<sup>e</sup> édition | Octobre 2017  
Etablissement d'utilité publique  
Art. 21-1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971  
modifiée

**22 rue de Londres - 75009 Paris**  
**Tél. 01 53 30 85 60 - Fax. 01 53 30 85 62**  
**[www.cnb.avocat.fr](http://www.cnb.avocat.fr)**  
**[cnb@cnb.avocat.fr](mailto:cnb@cnb.avocat.fr)**

**Ce document à destination exclusive des avocats**

Il ne doit en aucun cas faire l'objet d'une diffusion ou d'une rediffusion en dehors du strict cadre de la profession. A ce titre, sa reproduction et sa réutilisation ne sont autorisées sans accord préalable qu'aux avocats et pour un usage lié à leur activité professionnelle. Toute autre diffusion ou réutilisation est soumise à autorisation préalable du Conseil National des Barreaux qui en conserve tous les droits de propriété intellectuelle. Elle reste ; dans tous les cas ; subordonnée au respect de l'intégrité de l'information et des données et à la mention précise des sources.

---