

Editorial

L'arbitrage au XXIème Siècle

La validité affirmée de la clause compromissoire

Chacun se souvient des affres qui avaient précédé l'adoption du nouvel article 2061 du Code civil par l'Assemblée nationale le 15 mai 2001^[1] qui substituait au principe de nullité de la clause compromissoire (loi du 5 juillet 1972) celui de sa validité dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. Ce texte a été salué avec enthousiasme par les praticiens de l'arbitrage et a depuis lors pris sa dimension dans la pratique.

Par contre c'est en catimini que ce texte a fait l'objet d'une proposition de modification adoptée le 4 mai 2016 par la Commission des lois de l'Assemblée nationale lors de l'examen du projet de loi « Justice du XXIème Siècle » lequel devrait être adopté prochainement. « *Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée.* » L'inopposabilité n'est pas la nullité et il faut normalement l'invoquer pour en bénéficier, faculté qui normalement appartient à son bénéficiaire mais que, dans le domaine du droit de la consommation, le juge peut relever d'office (article L.141.4 du Code de la consommation) s'il constate un déséquilibre significatif en défaveur du consommateur.

Mais les autres hypothèses sont multiples et s'ouvrent ainsi à l'arbitrage des domaines jusqu'à présent exclus et que le législateur a lui-même cités (immobilier, copropriété, pactes d'associés de SCI ou ventes par internet entre particuliers) pour lesquelles l'arbitrage, en matière interne, ne serait plus interdit mais facultatif. Restent à concevoir et à mettre en œuvre les modalités auxquelles il pourrait être recouru pour satisfaire cette nouvelle clientèle.

Bertrand MOREAU
Président de l'AFA

^[1] Ph. Fouchard, La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001, Rev. arb. 2001 397.

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

DOSSIER

Arbitrage et distribution

Distribution : Prospective du droit des pratiques commerciales déloyales dans l'arbitrage international

Arbitrage et réseaux de distribution

Antoine Fourment
Avocat associé
Carbonnier Lamaze Rasle & Associés

ACTUALITÉS

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

INFORMATIONS

- Cas pratique de l'AFA
- Dîner débat de l'AFA
- After work cross-examination
- Conférence AFA - IEAM
- Rendez-vous de l'AFA | Tunis
- Centre d'Arbitrage de Malte

JURISPRUDENCE



Join our group

ARBITRAGE ET DISTRIBUTION

Distribution : prospective du droit des pratiques restrictives dans l'arbitrage international

Le droit français de la distribution est porteur d'une histoire singulière où les commandements de l'Etat et l'encadrement de l'autorité administrative ne sont jamais loin.

On rappellera à cet égard que la pratique des prix administrés depuis les ordonnances de 1945 s'est poursuivie pendant quarante ans et n'a été libéralisée, pour certaines catégories de produits, qu'à partir de 1977.

La prohibition *per se* du refus de vente, créée par la loi du 21 octobre 1940 et reprise à la Libération par l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, restera assortie de sanctions pénales jusqu'en 1986 et il faudra attendre la loi n°96-588 du 1er Juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite « loi Galland », pour que la prohibition du refus de vente entre professionnels soit enfin abolie. Entretemps, la nature ayant horreur du vide, l'administration s'était immiscée dans certains secteurs pour réguler des pratiques commerciales entre professionnels susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition du refus de vente[1].

Depuis, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est venue proclamer la liberté des prix et de la concurrence et faire reculer pour un temps la régulation administrative[2].

Cette entrée dans le droit moderne de la concurrence sera marquée cependant par une nouvelle singularité. A côté en effet de ce qui deviendra le Titre II du Livre IV du Code de commerce, traitant des pratiques anticoncurrentielles[3] par transposition du droit européen de la concurrence, sera érigé un régime de prohibition de diverses pratiques commerciales inséré dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Ce dispositif de prohibition de pratiques restrictives de concurrence, parfois qualifié de « petit droit de la concurrence », n'a cessé de se renforcer depuis trente ans. Dédié aux relations B to B, le droit des pratiques restrictives inscrit à l'article L442-6 du Code de commerce vient réprimer certains comportements unilatéraux avec un objectif de contrôle de la loyauté du marché par le biais de la protection de la partie faible, que ce soit au stade de la formation du contrat ou de la rupture des relations commerciales.

Ces comportements peuvent notamment consister dans l'obtention d'avantages sans contrepartie ou disproportionnés, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, l'obtention de conditions manifestement abusives sous la menace d'une rupture des relations commerciales ou encore la rupture brutale des relations commerciales établies. L'action est portée devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque celui-ci constate, à l'occasion des affaires relevant de sa compétence, une des pratiques en cause.

La question de l'impérativité de ces dispositions dans l'ordre juridique international se pose à l'arbitre. Si la qualification de loi de police paraît généralement retenue par la jurisprudence arbitrale (I), il est permis de s'interroger, dans un contexte de recul du contrôle de l'application des lois de police, sur une possible convergence européenne du droit des pratiques restrictives qui ferait perdre sa singularité à notre « petit droit de la concurrence »(II).

I - L'application du droit des pratiques restrictives en tant que loi de police

On rappellera à titre liminaire que la compétence de l'arbitre pour appliquer le droit européen de la concurrence est aujourd'hui généralement reconnue.

En droit français, l'arrêt *Labinal* rendu le 19 mai 1993 par la Cour d'appel de Paris^[4], avait ainsi consacré l'arbitrabilité des dispositions impératives tirées du droit communautaire de la concurrence, retenant que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux* », avec cette restriction que l'arbitre ne peut prononcer des sanctions pénales ou administratives. L'arbitrabilité des questions relevant des pratiques restrictives a identiquement été consacrée^{[5][6]}.

Le fait que l'action puisse être lancée à l'initiative du ministère public, du ministre chargé de l'économie, ou du président de l'Autorité de la concurrence, ne restreint pas plus le pouvoir de l'arbitre, comme cela a été encore récemment rappelé (« *Mais attendu (...) que la circonstance que le premier de ces textes [L. 442-6] confie au ministre chargé de l'économie et au ministère public une action autonome aux fins de protection du marché et de la concurrence n'a pas pour effet d'exclure le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés, entre les opérateurs économiques de l'application de l'article L. 442-6, la Cour d'appel en a justement déduit que l'action aux fins d'indemnisation du préjudice prétendument résulté de la rupture de relations commerciales n'était pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques* »^[7]).

La question se pose alors de savoir si le régime de prévention des pratiques restrictives relève ou non des lois de police, et s'il s'impose alors à l'arbitre indépendamment de la loi applicable au contrat. Cette question doit s'analyser, dans l'ordre juridique communautaire, au regard de la définition retenue de la loi de police :

« *disposition nationale dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale de l'Etat, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur son territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* »^[8].

« *disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat* »^[9].

La notion de « sauvegarde des intérêts publics » apparue dans la définition issue du règlement Rome I a été interprétée par une partie de la doctrine comme étant restrictive de l'intervention des lois de police. Manifestation de l'Etat dans l'ordre international, le mécanisme des lois de police et son effet d'éviction de la loi normalement applicable sont également critiqués par certains auteurs.

Une partie de la doctrine considère que ce mécanisme ne serait pas légitime à protéger les professionnels, ce qui est précisément la vocation du droit des pratiques restrictives. Pour certains auteurs, seul l'intérêt général et non des intérêts privés mériterait la protection des lois de police.

Protecteur de la partie faible, le droit français des pratiques restrictives relèverait de l'ordre public de protection et ne pourrait ainsi accéder au rang de loi de police.

Cependant, la distinction classique entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection tend à s'estomper. Un objectif de protection d'intérêts privés n'est pas nécessairement antinomique d'un objectif d'intérêt général et peut s'inscrire dans un ordre public de direction.

En l'occurrence, le droit des pratiques restrictives, s'il protège la partie faible, s'inscrit en réalité dans une démarche de régulation globale de l'ensemble du marché, voire du système économique dans son ensemble. S'il régule des relations bilatérales, il poursuit un objectif macroéconomique. Comme l'a souligné la Commission d'examen des pratiques commerciales, l'objet des dispositions du Titre IV du Livre IV est « *d'assurer un meilleur équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs et par là-même, une meilleure égalité des conditions de concurrence sur le marché* ». On notera d'ailleurs que l'action du Ministre de l'article L.442-6, III du Code de commerce est qualifiée par la jurisprudence d'action « autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence ».

De fait, la jurisprudence a retenu à plusieurs reprises le caractère de loi de police de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies, en considération cependant de la localisation des effets de la pratique reprochée.

Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 3 novembre 2009, à propos d'un litige opposant un distributeur français à un fournisseur allemand liés par un contrat de distribution soumis au droit allemand, a ainsi retenu « *que les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce devaient en l'espèce s'appliquer, alors que le contrat était soumis au droit allemand, s'agissant d'une disposition impérative constitutive de loi de police portant sur les conditions de rupture de relations commerciales nouées avec un producteur en vue de la distribution de ses produits sur le territoire français...* »^[10]. Plus récemment, la Cour d'appel de Grenoble a encore retenu le caractère de loi de police de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, en se fondant sur le fait que les livraisons avaient lieu sur le territoire français et que le contrat se rattachait suffisamment à la France, alors même que le droit luxembourgeois était applicable au contrat^[11].

En matière d'arbitrage international, l'arbitre retiendra le caractère de loi de police si le texte en cause est interprété comme tel par le droit dont il relève. Selon l'arrêt *Labinal* précité, l'arbitre « *dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui [relèvent de l'ordre public international] ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation* ». Un certain nombre de sentences arbitrales se sont prononcées en ce sens^[12], retenant que l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce devait être qualifié de loi de police.

Ainsi notamment, le tribunal arbitral dans la sentence CCI n° 15759 (2010) constate que cette disposition légale est une loi de police, applicable lorsque les intérêts qu'elle tend à protéger sont concernés : « *S'il est exact et non contesté que l'article L. 442-6, I, 5° est bien une loi de police, cela n'est pas de nature à exclure son application lorsque le droit français n'est pas applicable mais que les intérêts qu'elle tend à protéger sont en jeu* »^[13].

II - L'émergence d'un nouveau droit européen des pratiques restrictives érigé au rang de l'ordre public de la concurrence

On a vu que l'arrêt *Labinal* a consacré le pouvoir de l'arbitre d'assurer le respect des lois de police. En effet, l'arbitre « *dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui [relèvent de l'ordre public international] ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation* ».

Constatant l'exploitation par les arbitres du pouvoir qui leur est reconnu de trancher des litiges en appliquant des lois de police, un auteur relève que les arbitres « *ne sont pas les défenseurs naturels des politiques législatives suivies par les Etats* » mais que « *l'intérêt bien compris des arbitres dans le cadre de ce que nous pouvons appeler « l'ordre juridique arbitral » est de respecter les intérêts que les Etats entendent défendre dans l'ordre international par le biais des lois de police* »^[14].

Il avait en ce sens été soutenu qu'en fait de « pouvoir », l'application des lois de police relevait en réalité du devoir de l'arbitre : « *Il importe de ne pas se méprendre sur le sens à donner à l'emploi du mot « pouvoir » par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt Labinal. Il ne s'agit certainement pas, dans l'esprit du juge, de laisser à l'arbitre une faculté discrétionnaire de prendre ou non en compte les lois de police. La référence au « contrôle du juge de l'annulation » témoigne au contraire d'une véritable obligation mise à la charge de l'arbitre d'appliquer ces lois lorsqu'elles se veulent applicables* »^[15].

L'arrêt *Eco Swiss* de la CJCE du 1er juin 1999^[16], qui reconnaissait l'existence d'un ordre public européen distinct des ordres publics nationaux, n'avait pas défini précisément l'étendue du contrôle étatique sur les sentences arbitrales de sorte qu'aujourd'hui ce contrôle s'exerce différemment selon les Etats.

C'est depuis l'arrêt *Thalès*^[17] que le droit français, à l'instar du droit de certains autres pays européens comme l'Allemagne, s'est délibérément orienté vers un contrôle minimaliste des sentences arbitrales internationales, qui aboutit à relativiser le caractère impératif du droit des pratiques restrictives dans l'ordre international, aussi bien d'ailleurs que du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Selon cette conception, réaffirmée depuis, « le recours à la clause d'éviction d'ordre public international n'est concevable que dans la mesure où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental (...) la violation alléguée d'une loi de police n'autorisait aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction de la révision au fond, le juge de l'annulation ne pouvant donc, en l'absence de fraude ou de violation manifeste, contrôler l'application des règles par l'arbitre »[18].

Deux conceptions contraires se sont ici télescopées en arrière-plan, alors même qu'elles revendiquaient chacune leur cohérence au regard du développement des échanges transnationaux dans le contexte de la mondialisation. La première aurait voulu que les lois de police, dont la multiplication a été constatée, viennent tempérer le déficit de règles dans l'espace des échanges commerciaux transnationaux. La seconde, qui l'a emporté, s'oppose à la prise en compte des lois de police, afin de garantir aux acteurs économiques la plus large autonomie possible dans la sphère internationale, ce qui implique de leur refuser corrélativement de se protéger par le recours à des lois protectrices impératives.

Cette seconde conception est sans doute également soutenue au plan européen par l'idée que le mécanisme d'éviction que produisent les lois de police peut sembler difficilement compatible avec les impératifs de libre circulation sur le territoire de l'UE. La singularité du droit français des pratiques restrictives pourrait à cet égard constituer une entrave potentielle à la libre circulation, ne serait-ce qu'au regard du formalisme qu'il impose aux opérateurs économiques au stade de la formalisation du contrat[19].

Quoiqu'il en soit, on peut difficilement se satisfaire d'une situation qui renonce à ce point à tout contrôle effectif. A quoi bon, si donner et retenir ne vaut, reconnaître le pouvoir de l'arbitre sur l'application dans l'ordre international de dispositions impératives si ce pouvoir échappe *in fine* à tout contrôle ? Veut-on demain sanctuariser les échanges internationaux en laissant des opérateurs économiques de plus en plus puissants baigner dans des espaces de non-droit mondialisés en concluant des accords incompatibles avec le droit de la concurrence européen, conduisant malgré eux les Etats à édicter de plus en plus de lois impératives pour tenter ; vainement, de se protéger territorialement des effets négatifs des pratiques restrictives ?

Il est alors permis de penser que le contrôle excessivement restreint des sentences arbitrales contredit d'une certaine manière la volonté des parties. Si l'on ne peut exclure que l'arbitrage puisse à l'occasion servir à valider des accords incompatibles avec le droit européen de la concurrence dans une démarche de *forum shopping* menant vers des places d'arbitrage à faible contrôle, le choix de recourir à l'arbitrage ne procède généralement pas, et, en tout état de cause, ne devrait pas procéder de la volonté des parties d'échapper à toute prise en compte des intérêts publics. On a d'ailleurs vu précédemment que la jurisprudence arbitrale faisait le plus souvent application des lois de police.

Mais le sens de l'histoire pourrait un jour s'inverser, au moins régionalement dans un premier temps, car l'on pressent que les Etats ont pris conscience de l'intérêt, plutôt que d'édicter unilatéralement des lois de police dont l'impérativité est diversement accueillie, d'exploiter le fait qu'ils partagent généralement les mêmes valeurs et les mêmes objectifs. Ainsi, certaines évolutions en cours touchant au droit des pratiques restrictives pourraient bien aboutir et permettre un jour de contourner à terme, aussi bien les réticences vis-à-vis des lois de police que leur prolifération.

La Commission européenne a publié le 31 janvier 2013 un livre vert sur les pratiques commerciales déloyales (« PCD ») dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe[20]. Ce document a mis en évidence les effets négatifs des PCD, notion proche des pratiques restrictives du Code de commerce français, prenant en compte, pour la première fois, les rapports interentreprises et les effets négatifs sur la concurrence du déséquilibre sensible de la force économique entre les parties contractantes un tel déséquilibre menaçant la réelle liberté contractuelle.

La Commission a également constaté les disparités des approches selon les Etats. Nombre de pays concernés n'ont pas de dispositifs propres à lutter contre les PCD. D'autres offrent des lois sectorielles. Les mécanismes existants de lutte contre les pratiques commerciales déloyales, sont généralement considérés comme insuffisants.

La France, avec son Titre IV du Livre IV, échappe naturellement à ces critiques, et, comme le relève l'avis du Conseil économique et social européen sur le livre vert de la Commission[21] **c'est en France que l'on est le mieux parvenu à se soucier du déséquilibre significatif et des menaces de référencement, la répression des pratiques déloyales se fondant « sur la protection des intérêts économiques de l'État et non de ceux de la partie contractante la plus faible ».**

Le 7 juin 2016, le Parlement européen a adopté une résolution sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire[22] qui a notamment :

- relevé qu'il n'existait pas de réglementation européenne destinée à lutter contre les pratiques déloyales entre les différents acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, alors qu'il en existait en cette matière dans les relations entre entreprises et consommateurs [23];
- souligné que la lutte contre les PCD contribuera à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur et à développer le commerce transfrontalier au sein de l'Union et avec des pays tiers;
- observé que la fragmentation des marchés et les disparités entre les législations nationales sur les pratiques commerciales déloyales exposent les opérateurs de la chaîne d'approvisionnement à des conditions de marché très diverses, ce qui peut déboucher sur des pratiques visant à rechercher la juridiction la plus favorable et, partant, sur une incertitude juridique;
- demandé à la Commission et aux États membres d'appliquer pleinement et avec cohérence le droit européen de la concurrence, les règles sur la concurrence déloyale et les règles antitrust, et notamment de sanctionner fermement les abus de position dominante pratiqués dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire;
- invité la Commission à présenter une ou plusieurs propositions de cadre au niveau de l'Union, établissant des principes généraux et tenant dûment compte des situations nationales et des meilleures pratiques de lutte contre les PCD dans toute la chaîne d'approvisionnement alimentaire, afin d'assurer des conditions égales dans tous les États membres, qui permettront de garantir le bon fonctionnement des marchés, ainsi que des relations loyales et transparentes entre les producteurs, les fournisseurs et les distributeurs de denrées alimentaires.

Peut-être sommes-nous en train d'assister à l'émergence d'une nouvelle composante de l'ordre public européen de la concurrence s'accompagnant d'une perte de singularité d'une partie du droit économique français.

Faut-il s'en réjouir ? Certains regretteront le risque de progression de l'impérativité des règles par l'effet de leur harmonisation et de leur translation à l'échelle européenne. D'autres au contraire se féliciteront de voir « *qu'à l'effacement des ordres publics nationaux correspond, et c'est heureux, le développement d'un ordre public régional* » car il est grand temps de renforcer l'effectivité de celui-ci « *dans le cadre d'une économie mondiale qui décuple la liberté des parties* » [24].

Indépendamment des perspectives d'évolution éventuelle de la conception française du contrôle minimaliste des sentences arbitrales internationales, il est vraisemblable que l'évolution que semble connaître le droit des pratiques restrictives ou, pour adopter sans plus attendre la terminologie européenne, le droit des « pratiques commerciales déloyales » ou « PCD », vienne consolider cet « ordre public arbitral » sous l'égide duquel les tribunaux arbitraux ont, jusqu'à présent, généralement appliqué les lois de police, avec le souci de cet équilibre entre intérêts privés et publics que les parties, en recourant à l'arbitrage, ont le plus souvent souhaité voir préserver.

Antoine FOURMENT

Avocat associé

Carbonnier Lamaze Rasle & Associés



[1] Voir par exemple l'échange de lettres de 1976 à 1982 entre la DGCCRF et le Président de la Fédération Française des Industries des Produits de Parfumerie de Beauté et de Toilette - FFIPPBT) - « Le droit du parfum » - Jean-Pierre Pamoukdjian - LGDJ 1982 - « La distribution des produits de luxe » -

Claude Lebel, Arnaud Casalonga, Christine Ménage - LGDJ 1990

[2] Les tentations régressives demeurent cependant comme en témoigne la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite « loi Hamon », relative à la consommation qui investit les agents de la DGCCRF d'un pouvoir d'injonction en matière de pratiques restrictives de concurrence, assorti du prononcé d'amendes administratives - Articles L465-1 et L465-2 du Code de commerce.

[3] Prohibition des ententes et des abus de domination, objet des articles L420-1 et L420-2 du Code de commerce.

[4] Paris, 19 mai 1993, affaire Société Labinal/Sociétés Mors et Westland Aerospace -Rev arb.1994, p.164, note Ch. Jarrosson.

[5] Cass. civ. 1 8 juillet 2010 n°09-67.013, www.courdecassation.fr

[6] Paris 1^{er} juillet 2014, JurisData n°2014-015198, et « Arbitrage et rupture brutale de relations commerciales établies » - Nicolas Mathey - Contrats concurrence consommation n°10, octobre 2014, comm 218

[7] Cass. civ. 1 21 octobre 2015 n° de pourvoi 14-25080, publié au bulletin.

[8] CJCE 23 novembre 1999, aff. C-369/96, *Arblade*.

[9] Règlement Rome I article 9.1

[10] Rennes 3 novembre 2009 - Audio AGc/Arbiter France - JurisData n°2009-018531

[11] Grenoble 5 septembre 2013,- Sarl Chimiquement Votre c/ Etimine - JurisData n°2013-019591

[12] « *Les lois de police dans l'arbitrage international : exemples de sentences récentes* » - Sébastien Bonnard et Sabrina Touchard - Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI), 2015, n°5, p. 453 et s.

[13] Sentence CCI n° 15759, citée par S. Bonnard & S. Touchard, Les lois de polices dans l'arbitrage international : exemples de sentences récentes, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2015, n°5, p. 459

[14] « *Droit économique et lois de police* » - Jean-Baptiste Racine - Revue internationale de droit économique 2010/1 t. XXIV, 11, pages 61 à 79

[15] « *Lois de police et justice arbitrale internationale* » - Christophe Seraglini pages 86 -87 n°^s 179 et 180 - Dalloz 2001

[16] Affaire C-126/97

[17] Paris 18 novembre 2004, Rev. arb. 2005, p.751 ; JCP éd. G., 2005, I, 134, n°8, obs. Christophe Seraglini

[18] www.courdecassation.fr - rapport 2008

[19] « Le champ d'application dans l'espace des dispositions de la LME en matière de pratiques restrictives de concurrence - Quelques observations sur une position récente de la DGCCRF » - Alexandre Malan - Contrats Concurrence Consommation n°3, Mars 2010, étude 4

[20] COM 2014 0037

[21] 2013/C 327/06

[22] 2015/2065(INI)

[23] Directive 2005/29/CE

[24] « *Droit économique et lois de police* » - Jean-Baptiste Racine précité - Revue internationale de droit économique 2010/1 t. XXIV, 11, page 79

Arbitrage et réseaux de distribution

Recours à l'arbitrage et pouvoir de négociation

Le recours à l'arbitrage au sein des réseaux de « distribution organisée » est parfois critiqué. Le rapport de force entre la tête de réseau et les commerçants affiliés, le coût relativement élevé de l'accès à la justice arbitrale pour la partie faible, l'asymétrie de l'information entre la tête de réseau, capitalisant l'expérience découlant de l'exposition des clauses de son contrat standard à des procédures d'arbitrage successives, et les membres dudit réseau liés individuellement par la confidentialité desdites procédures, pourraient insinuer l'idée que la stipulation de clauses compromissaires dans les contrats

de distribution serait inspirée par d'autres considérations que celles qui justifient habituellement le choix de se détourner des juridictions étatiques.

Un mode traditionnel de résolution des conflits entre commerçants

Pour autant, même si le droit économique est sensible aux équilibres entre les acteurs de la chaîne d'approvisionnement et aux menaces susceptibles de découler d'un excès de concentration du pouvoir de négociation, il entend préserver avant tout la liberté contractuelle, dont le choix de recourir à l'arbitrage pour régler les litiges opposant enseigne à l'un ou plusieurs de ses affiliés. Comme l'avait souligné la Commission d'examen des pratiques commerciales dans son avis du 22 juin 2004[i], « *une telle technique de résolution des litiges est une pratique très ancienne du monde du commerce (...) Une telle clause est valable par principe, si elle est conclue entre deux professionnels. Elle n'est donc en rien contraire aux principes généraux du droit processuel français et ne réduit pas le droit d'accès à la justice des justiciables professionnels en général, des franchisés en particulier. La formule même de l'arbitrage a toujours connu comme terrain d'élection les relations commerciales et la validité des clauses compromissoires a été élargie par la loi « NRE » du 15 mai 2001. Insérée dans un contrat d'approvisionnement exclusif ou prioritaire, elle ne constitue nullement une pratique abusive : le recours à l'arbitrage relève de la liberté contractuelle et, choisi, il devient une obligation pour chacune des parties qui ne disposent pas du choix de recourir à une juridiction étatique ou arbitrale. Si, en droit, la présence d'une telle clause compromissoire est pleinement valable, il est entendu que, économiquement et socialement sans doute, le poids d'une telle clause est éminemment plus lourd pour le franchisé que pour le franchiseur. Cependant, une réponse économique et sociale pourrait passer par des techniques de mutualisation, voire d'assurance, du risque d'arbitrage...».*

Quelques années plus tard, après s'être autosaisie dix mois plus tôt, l'Autorité de la concurrence prenait également soin de ne pas stigmatiser le recours à l'arbitrage dans son avis du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire[ii]. A partir du constat de l'importance du degré de concentration de divers formats de distribution alimentaire dans certaines zones de chalandises, l'avis relève le caractère figé de situations résultant non seulement de l'existence de barrières à l'entrée, essentiellement imputables à la réglementation et à la rareté du foncier éligible, mais également de l'importance des difficultés rencontrées par les magasins franchisés ou affiliés pour changer d'enseigne, difficultés résultant de diverses clauses (longues durées d'engagement, clauses de non-réaffiliation, clauses de non-concurrence post-contractuelles etc...). Dans le but de favoriser la mobilité entre enseignes, l'avis préconisera essentiellement de plafonner la durée des contrats d'affiliation à 5 ans maximum, de limiter les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles et d'interdire les droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation, le non-suivi de ces recommandations pouvant justifier l'intervention du législateur.

Certes, l'Autorité de la concurrence n'avait pas manqué de souligner incidemment dans ledit avis que « *l'ensemble de ces pratiques génèrent de nombreux contentieux, souvent initiés par les groupes de distribution lors du départ de l'un de leur magasin affilié sous un réseau concurrent. Le plus souvent, ces conflits donnent lieu à des procédures judiciaires ou arbitrales longues et coûteuses et constituent donc un élément de dissuasion supplémentaire à l'égard des magasins indépendants souhaitant quitter le réseau* »[iii]. Mais il convient précisément de relever que les inconvénients prêtés aux actions majoritairement engagées par les têtes de réseau visaient de manière indifférenciée les procédures d'arbitrage aussi bien que les procédures de droit commun.

La question du coût de l'arbitrage

Il reste qu'une presse assez nourrie persiste à décocher exclusivement ses flèches à l'encontre des procédures d'arbitrage au sein des réseaux de la grande distribution. La première critique porte sur les coûts, d'autant que le franchisé, au moment du litige, « *est très souvent dans une situation catastrophique* », au point de devoir parfois « *renoncer à un arbitrage dont le coût est de l'ordre de 20 000 à 80 000 euros en moyenne* »[iv]. On peut ici souscrire aux pistes évoquées par la Commission d'examen des pratiques commerciales dans son avis précité du 22 juin 2004. Une mutualisation, voire

un dispositif d'assurance du risque d'arbitrage pourraient sans doute permettre à la « partie faible » de financer son action.

Il convient incidemment de relativiser la portée de cette critique qui omet généralement de prendre en compte les avantages que l'arbitrage peut précisément apporter sur le plan économique. Le premier de ces avantages tient à l'absence de procédure d'appel et à l'étroitesse des voies de recours qui limitent naturellement les coûts par rapport à une procédure classique devant les juridictions étatiques. Il existe également un aspect de la question qui peut tenir au fait que les arbitrages au sein des réseaux sont généralement des arbitrages ad hoc et non des arbitrages institutionnels. Or, l'on oublie trop souvent que l'arbitrage ad hoc, s'il est réputé moins dispendieux que l'arbitrage institutionnel du fait de l'économie des sommes versées à l'institution pour les frais, encore que ces sommes comptent relativement peu dans le coût global de la procédure d'arbitrage, est potentiellement plus coûteux si des blocages surviennent au cours de la procédure. Privées des services que procure habituellement tout centre d'arbitrage, les parties se trouvent alors contraintes de financer elles-mêmes les coûts engendrés par le recours au juge d'appui pour résoudre les situations de blocage.

Confidentialité et asymétrie de l'information

L'autre critique importante à l'endroit de l'arbitrage au sein des réseaux de distribution porte sur la confidentialité traditionnellement attachée à ce mode alternatif de règlement des litiges. On sait que ce principe a profondément évolué au cours des dernières décennies dans le monde de l'arbitrage international, mais que la réforme de 2011 a consacré en droit français le principe de confidentialité dans l'arbitrage interne, à moins que les parties n'en disposent autrement, ce dans les termes de l'article 1464 alinéa 4 du Code de procédure civile. La règle est reprise dans les règlements d'un certain nombre d'institutions. La critique tient au fait que la confidentialité servirait les intérêts de la tête de réseau « *car le directeur juridique d'un groupe a accès à toutes les décisions rendues face à ses affiliés, tandis que chacun d'eux, tenu dans l'ignorance, ne dispose d'aucune jurisprudence pour étayer ses arguments* »^[v]. Cette asymétrie de l'information est consubstantielle à la structure même du réseau, lequel est formé par l'ensemble de conventions qui unissent chacun des membres à la tête de réseau. Mais il est vrai que la confidentialité de l'arbitrage vient empêcher que se crée l'agora où se propagerait horizontalement l'information. C'est sans doute cette absence de transparence qui aura permis trente-cinq désignations successives d'un même arbitre, avocat et professeur d'Université, dans des litiges opposant des sociétés d'un même groupe de distribution à leurs franchisés. Statuant sur renvoi après cassation, la Cour d'appel (Douai) avait notamment considéré qu'il appartenait aux demandeurs de requérir des renseignements sur la fréquence et le nombre de ces précédents arbitrages, et que la découverte de la participation de l'arbitre à trente-quatre procédures d'arbitrage antérieures ne l'exposait pas « *à un risque de sujétion ou de subordination* ». La cassation s'imposait : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »^[vi].

Imposer la transparence et opter pour un arbitrage institutionnel

Deux observations peuvent être formulées pour conclure. La première est que les parties, on l'a vu, peuvent déroger conventionnellement à la règle de la confidentialité. Il serait sans doute temps que les franchisés et les affiliés des réseaux de distribution fassent passer le message au travers de leurs organismes professionnels. La seconde est que l'arbitrage institutionnel apporte une sécurité incomparable, notamment au stade de la composition du tribunal arbitral et du suivi de la désignation des arbitres quant à leur indépendance. Jamais l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation n'aurait pu se produire si les parties avaient été liées par une clause d'arbitrage renvoyant au règlement d'un centre d'arbitrage.

[i] Avis n° 04-06 du 22 juin 2004

[ii] Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010

[iii] Page 50 paragraphe 191 de l'avis précité

[iv] www.lesechosdelafranchise.com « Contrat de franchise : les dangers de la clause d'arbitrage » - Charlotte Bellet et Olivier Tiquant - 27 novembre 2015

[v] « Comment les franchisés sont pris en otages » - Le Point 23 juin 2011

[vi] Cass. civ 1, 20 octobre 2010, n° de pourvoi: 09-68131, publié au Bulletin



ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

> Conférence annuelle de l'Association Française d'Arbitrage



Notre manifestation annuelle aura lieu le **mardi 20 septembre 2016** à la **Maison du Barreau** à Paris. Monsieur Matthieu de BOISSÉSON, Avocat, tiendra à 18 heures la conférence sur le thème « **Le Conseil dans l'arbitrage** ».

Précédée de l'Assemblée générale de l'AFA, elle sera suivie d'un cocktail dans les Salons de la Maison du Barreau.

[Lire la suite](#)

> Colloque | D@NTE

Le Laboratoire de droit des affaires et des nouvelles technologies de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles - Paris Saclay organise le **26 septembre 2016** à la **Maison du Barreau à Paris** un colloque sur le thème « **L'exécution des sentences arbitrales internationales** » sous la direction juridique de Maximin de Fontmichel et Jérémy Jourdan-Marques.

[Lire la suite](#)

> Wake up (With) Arbitration !

Le prochain petit déjeuner "Wake up (With) Arbitration!" aura lieu le **27 septembre 2016** et aura pour thème « **Le délibéré : on refait le match ?** », avec Catherine Kessedjian, Professeur à l'Université Panthéon-Assas et Pierre Duprey, Avocat.

[Lire la suite](#)

> Conférence trimestrielle | CFA

Le Comité Français de l'Arbitrage organisera une conférence sur le thème « Arbitrage d'investissement et Union Européenne » le mardi 4 octobre 2016 à l'Université Dauphine à Paris avec une communication de Madame le Professeur Sophie Lemaire, co-directrice du Centre de Recherche Droit Dauphine.

[Lire la suite](#)

> Colloque annuel | CFA

Le colloque 2016 du Comité français de l'arbitrage aura lieu le vendredi 4 novembre 2016 à la Maison du Barreau à Paris sur le thème « Le contrat devant l'arbitre, à l'épreuve de la réforme française du droit des contrats » sous la direction scientifique de Monsieur le Professeur Laurent Aynes.

[Lire la suite](#)

> In-house Counsel World Summit 2016

The In-House Counsel World Summit 2016 will bring General Counsel and In-House Counsel to meet face-to-face with their counterparts from all over the globe, as well as regulators and academics. This congregation of legal professional will be able to influence the changing legal landscape as a result of new realities of globalization. The summit is centered around the theme "the In-House Counsel going global: global business, local rules - local business, global rules", which stimulates In-House Counsel and their partners to reflect upon future trends. The French Corporate Counsel Association (Association française des juristes d'entreprise - AFJE) will host and organize the 2016 In-House Counsel World Summit (ICWS) in Paris, October 24th and 25th 2016.

[Lire la suite](#)



A L'INTERNATIONAL

> CIArb Asia Pacific Diploma in International Commercial Arbitration

Following the success of the Diploma course held in Sydney, Australia last year, the Chartered Institute of Arbitrators has launched the CIArb Asia Pacific Diploma in International Commercial Arbitration Course as a joint venture between the Australia, East Asia and Singapore branches. The inaugural course will be held in Singapore between 20 and 28 August 2016.

[Lire la suite](#)

> The Swedish Arbitration Days

The Swedish Arbitration Days is a two-day conference arranged biannually by the SAA. The conference is arranged in Stockholm in September and brings together the views of leading international arbitration practitioners, world renowned arbitrators, scholars and other experts. On 8-9 September 2016 the Swedish Arbitration Association will host its biennial international conference Swedish Arbitration Days. The event will take place at the Grand Hôtel in Stockholm. The topic of the Swedish Arbitration Days 2016 will be Contractual Issues in International Arbitration.

[Lire la suite](#)



ACTUALITES DE LA MEDIATION

> European Mediation Training for Practitioners of Justice

The EMTPJ is an 11-day intensive training course on cross border mediation in civil and commercial matters. The training is unique because it is tailored to cover both theoretical and practical elements of mediation with a European perspective. This new course will take place **from 15 till 26 august 2016 in Brussels**. The EMTPJ is an initiative of the Association for International Arbitration.

[Lire la suite](#)

> Formation à la médiation | IEAM

Cette formation sur huit journées est basée sur des exposés théorique brefs alimentés de nombreux exercices et mises en situation. La totalité du programme est réalisé en fonction des préoccupations et questions des participants. **La prochaine session débutera les 13 et 14 septembre 2016 et se clôturera les 6 et 7 décembre 2016 à Paris.**

[Lire la suite](#)

> Forum ouvert | ANM

À l'initiative de l'Association Nationale des Médiateurs et dans le contexte actuel de réglementation de la médiation par les Pouvoirs publics, ce forum ouvert est proposé à toutes les associations, médiateurs et personnes concernées le **15 septembre 2016**. Indépendance, critères de qualité et professionnalisation en seront les axes majeurs.

[Lire la suite](#)

> 6e Biennale internationale de la négociation

La Biennale internationale de la négociation est un congrès scientifique organisé par Novancia Business School Paris. Elle a pour vocation de réunir, à chaque édition, des spécialistes de la négociation (chercheurs ou praticiens) afin d'échanger sur leurs travaux et de faire évoluer l'état des connaissances sur la discipline. Ainsi, la 6e édition invite les chercheurs et les praticiens de la négociation (mais aussi de la médiation) à adresser leurs propositions de communication, de table ronde et d'atelier de simulation dans tous les domaines que couvre la négociation : négociation internationale, commerciale, diplomatique, économique, sociale, culturelle, environnementale notamment. La 6ème édition aura lieu du **16 au 18 novembre 2016 à Paris**.

[Lire la suite](#)

> Médiation Afrique - MOOC (Massive Online Open Courses)

MÉDIATION AFRIQUE forme, dans 24 pays d'Afrique, des médiateurs d'entreprises certifiés et opérationnels. La formation comprend deux parties : une étape d'initiation et une étape certifiante. Les leçons sont accessibles depuis les ordinateurs, tablettes ou téléphones portables.

[Lire la suite](#)

> Global Pound Conference Series 2016-17

Launched in Singapore and finishing in London, the GPC Series will convene all stakeholders in dispute resolution - commercial parties, chambers of commerce, lawyers, academics, judges, arbitrators, mediators, policy makers, government officials, and others - at conferences around the world. Currently scheduled to take place in 40 cities across 31 countries, these conferences will provoke debate on existing tools and techniques, stimulate new ideas and generate actionable data on what corporate and individual dispute resolution users actually need and want, both locally and globally.

[Lire la suite](#)

INFORMATIONS

Cas pratique de l'AFA



L'AFA organise une **nouvelle session de formation approfondie à l'arbitrage**, les **10 et 11 octobre 2016** à la Maison du Barreau à Paris. Deux journées au cours desquelles la simulation d'un arbitrage international est organisée afin de découvrir tous les outils essentiels pour le mener à bien.

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

[Lire la suite](#)

Dîner débat de l'AFA



Le dîner débat de l'AFA du 14 juin 2016 a fait salle comble à la Maison du Barreau à Paris. Messieurs les Professeurs Jean-Philippe DOM et Daniel COHEN sont intervenus sur le thème « **La réforme du droit des contrats, quel impact sur l'arbitrage ?** ».

Le discours du Professeur Jean-Philippe DOM est disponible dans [nos publications](#) en ligne :

« A lire l'important Rapport au Président de la République accompagnant la réforme du 10 février 2016, ce thème pourrait être perçu comme un non-sujet.

Pétrie de qualités, la réforme affirme, modernise, clarifie, simplifie, précise, aménage et regroupe les règles du droit des contrats.

Elle est présentée comme une œuvre de sécurité juridique et d'attractivité du droit français.

Elle opère une codification des évolutions jurisprudentielles, procède au nettoyage d'expressions et de concepts vieillis ou paraissant trop complexes. Elle innove également, de façon importante, sur des terrains que la doctrine a déjà abordés en profondeur.

Qu'en est-il des rapports qu'elle entretient avec l'arbitrage ? »

[Lire la suite](#)

Précédemment au dîner, Monsieur le Président Bertrand MOREAU a présenté l'ouvrage collectif de la Fédération des Centres d'Arbitrage « **L'arbitrage institutionnel en France** » paru cette année dans la collection Arbitrage chez [Bruylant](#).

[Retour sur l'After work cross-examination](#)



Le 1er juin 2016 a eu lieu la formation « Cross-examination of witnesses : Quand la common law s'invite chez les civilistes », organisée par l'AFA. Cette formation, très interactive, a donné lieu de très nombreux échanges avec les confrères, juristes et experts présents.

Fort de ce succès, **une prochaine session de formation sera organisée à la fin de l'année.**

Témoignages

« Trois personnes de la Société ont participé à la formation dispensée par l'AFA le 1er juin 2016 concernant la cross-examination.

Notre avis unanime est que cette formation nous a apporté énormément d'informations pratiques sur, notamment, le cadre général de l'audition des témoins/experts et sur la manière dont ceux-ci doivent être préparés par leurs conseils.

Cette formation a d'autant plus répondu à nos attentes qu'elle était dispensée par des intervenants d'une très haute qualité technique et pédagogique.

Je tiens également à mentionner la bonne qualité des locaux et la haute tenue des interventions des participants, principalement des professionnels du droit.»

Stéphane NOVAK

*Chef de la Division Juridique, Fiscale et Assurances
Société du Pipeline Sud-Européen (SPSE)*

« Un After-Work organisé avec brio par l'AFA. Bien que les participants soient d'horizons divers et variés et ne soient pas tous aguerris à l'exercice de la cross-examination, les intervenants ont su remarquablement adapter leurs retours d'expérience en fonction des questions de chacun. Ayant pour ma part assisté à de multiples cross-examinations en Asie-Pacifique sur des arbitrages de procédure common law et de droit civil, il était extrêmement intéressant de connaître la pratique en France. »

Estelle BRISSON

*Avocat associée
Bird & Bird
estelle.brisson@twobirds.com*

[Lire la suite](#)



L'Association Française d'Arbitrage (AFA) et l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (IEAM) ont organisé le 12 avril dernier leur première conférence conjointe sur le thème « **Les partenariats de la nouvelle économie après la réforme des contrats : Anticiper les différends** ».

Sous la direction scientifique du Professeur Jean-Philippe DOM, avocats, professeurs, dirigeants et directeurs juridiques d'entreprises ont échangé sur la prévention des nouveaux risques et la mise en œuvre, créatrice de valeur, des modes alternatifs de règlement des litiges.

Sont intervenus au cours de cette conférence :

Sena Agbayissah, Avocat à la Cour, Hughes Hubbard
François Dessault, Directeur juridique, Louis Vuitton Malletier
Loïc Rivière, Délégué général, Tech in France
Gilles de Courcel, Expert financier, Ricol Lasteyrie
Christiane Féral-Schuhl, Ancien Bâtonnier de l'Ordre
Jean-Pierre Charlet, Directeur juridique, Gemalto, Administrateur, Cercle Montesquieu
Bernard Saintourens, Professeur de droit
Marie Danis, Avocat à la Cour, August & Debouzy
Alain Bensoussan, Avocat à la Cour
Geneviève Augendre, Avocat à la Cour, Président d'honneur de l'AFA

[Rendez-vous de l'AFA | Tunis](#)

[Colloque annuel du CCAT](#)



Les 20 et 21 mai dernier, Madame Geneviève AUGENDRE, Messieurs Noël MÉLIN et Ali ZARROUK sont intervenus au cours du colloque annuel du [Centre de Conciliation et d'Arbitrage de Tunis \(CCAT\)](#), « [Regards croisés sur l'arbitrage](#) ».

[Lire le rapport de synthèse](#)

Formation à l'arbitrage international



L' AFA a co-organisé les 1er et 2 avril 2016 avec la Section Régionale des Avocats de Tunis une session de formation en matière d'arbitrage international à Tunis.

Malta Arbitration Centre

L'Association Française d'Arbitrage a pour vocation de promouvoir en France et à l'étranger le choix de l'arbitrage et collabore en ce sens avec de nombreuses autres institutions.

Un accord de coopération a été récemment signé avec le [Centre d'Arbitrage de Malte](#).

Cet accord a pour objet : la promotion de l'arbitrage en tant que moyen de règlement de litiges dans les échanges commerciaux nationaux et internationaux, l'organisation de conférences, séminaires, formations et tout autre moyens appropriés pour le développement de l'arbitrage tels que des études et publications, l'organisation et l'application de procédures arbitrales dans l'autre pays.

JURISPRUDENCE

● Cass. 1^{ère} civ. 16 mars 2016 n° 14-23699

En vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, l'existence et la validité d'une clause compromissoire sont appréciées sans référence à une loi nationale, mais uniquement au regard de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage.

Les pouvoirs du cabinet d'avocats qui représentait une partie étant apparents, la croyance de l'autre partie en sa volonté de recourir à l'arbitrage était légitime.

● Cass. 1^{ère} civ. 11 mai 2016 n° 14-29767

L'appel irrecevable interjeté à l'encontre d'une sentence arbitrale internationale ne permet pas au juge du recours de lui substituer un recours en annulation, et il n'en résulte pas une limitation à l'accès au juge. Il en est de même aujourd'hui en matière interne où subsiste éventuellement un concours entre l'appel et le recours en annulation.

● Cass. 1^{ère} civ. 19 mai 2016 n° 15-14464

Clause de conciliation préalable.

Dans ses derniers arrêts, la Cour de cassation avait exigé que la clause de conciliation ou de médiation préalable à l'arbitrage exprime son caractère obligatoire et les modalités précises de sa mise en œuvre (voir Cass. 3^{ème} civ 29 janvier 2014 n° 13-10833).

Il faut constater que l'importance accrue donnée à la recherche d'un accord (voir le Rapport de la loi sur la Justice du XXI siècle) semble avoir supprimé l'exigence de la constatation du caractère obligatoire de la clause.

En l'espèce il était stipulé que « les parties s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord avant tout recours à une autre juridiction ». Clause assurément pathologique pour ce qui concerne « l'arbitre » mais sans aucune précision quant à la mise en œuvre de cette tentative préalable. La Cour de cassation n'en a pas moins décidé qu'elle était obligatoire et rendait donc irrecevable la saisine du juge.

● Cass. 1^{ère} civ. 25 mai 2016 n° 14-20532

Indépendance de l'arbitre : Il faut consulter internet.

La situation de l'arbitre figurant sur des sites internet librement accessibles est considérée comme notoire.

● Cass. 1^{ère} civ. 25 mai 2016 n° 14-29264

Corruption et Ordre public international

Aucune limitation n'est apportée au pouvoir de la Cour d'appel saisie d'un recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale internationale de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant la contrariété à l'ordre public international d'une sentence dont il était soutenu qu'elle donnait effet à un contrat entaché de corruption.

Estimant que la corruption n'était pas établie, c'est à bon droit que la Cour a rejeté la demande d'annulation de la sentence .

● **Cass. 1^{ère} civ. 30 juin 2016 n° 15-13755, 15-13904, 15-14145**

Cet arrêt était très attendu par le monde de l'arbitrage tant l'affaire concernée avait été médiatisée (pour son exposé complet il faut se reporter à l'article de Marc Henry publié dans le n°1 du Bulletin de l'ASA 2016 n° 34).

Si la qualification d'un arbitrage est déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige (article 1492 ancien applicable en l'espèce et devenu article 1504), c'est à la date du compromis qu'il faut se placer pour les apprécier, alors qu'en cas de clause compromissoire ce sont les conventions de la contiennent qui doivent être prises en considération. Constatant qu'au jour du compromis le litige ne comportait plus aucun élément d'extranéité la Cour d'appel en avait tiré la conclusion logique que l'arbitrage était interne, ce en quoi elle est approuvée par la Cour de cassation.

L'appréciation de la Cour d'appel relative à la recevabilité du recours en révision est souveraine.

Le secret de l'instruction n'est opposable ni aux parties civiles ni au Ministère public en sorte qu'il ne s'oppose pas à la production par les unes ou l'autre de pièces extraites du dossier de l'information en cours.

Si l'article 595 du Code de procédure civile dispose que le recours en révision est ouvert s'il se révèle que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue, l'occultation par un arbitre de circonstances susceptibles de provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à son impartialité et à son indépendance dans le but de favoriser une partie, constitue une fraude dès lors que la décision a été surprise par le concert frauduleux existant entre l'arbitre et cette partie ou les conseils de celle-ci.

Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, la Cour d'appel, malgré le secret du délibéré attaché à la sentence arbitrale, a pu se fonder sur le contenu des échanges intervenus entre les arbitres au cours du délibéré (probablement tirés du dossier d'instruction pénale).

La Cour d'appel a donc pu décider à bon droit que la décision du tribunal arbitral avait été surprise par la fraude commise par l'arbitre de connivence avec la partie au profit de qui elle avait été rendue.

Par **Bertrand MOREAU**
Président de l'AFA