

## Editorial

Les ambitions de la loi justice du XXI<sup>e</sup> siècle sont immenses et qui ne souscrit à ce souhait du rapport à l'Assemblée nationale : « *Il n'y a pas au XXI<sup>e</sup> siècle de cloisonnement rigide du service public de la justice mais une palette adaptée de réponses aux situations conflictuelles, en amont, en alternative, ou en complément du procès.* ».

Certes il faudra du temps et les efforts de chacun de ceux qui concourent au service de la justice pour que les objectifs en soient atteints, mais ils participent des enjeux de notre société.

L'attention ainsi portée aux MARD (Modes Amiables de Résolution des Différends) n'est pas surprenante après l'évolution de l'état d'esprit des justiciables et des acteurs de la justice pendant ces 20 dernières années, au point que le procès est devenu la dernière extrémité à laquelle recourir, tant pour les particuliers que pour les entreprises.

Les incitations à la conciliation, la procédure participative, la médiation, l'arbitrage pour résoudre les différends (et non les conflits ou litiges) sont toutes bienvenues à condition d'être envisagées non sous l'angle commercial de nouveaux marchés, mais comme une participation à l'évolution des rapports personnels, familiaux, du travail, sociétaux et commerciaux.

Toutes ces dispositions tendent à la contractualisation de la justice et participent d'une nouvelle représentation de la société par une responsabilisation de ses acteurs.

Pour ce qui concerne l'arbitrage le pas franchi est considérable. La clause compromissoire déclarée nulle de principe (loi du 5 juillet 1972), puis valide dans le cadre d'une activité professionnelle (loi du 15 mai 2001) est désormais laissée au bon vouloir de la partie qui n'agit pas dans le cadre d'une activité professionnelle :

*« Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause (compromissoire) ne peut lui être opposée. »*

Le choix de l'arbitrage est ainsi étendu, en matière contractuelle, à des domaines qui jusqu'à présent ne le permettaient pas faute du caractère commercial ou professionnel de l'activité pour les deux parties, à défaut d'une disposition législatives particulière : copropriété, société civile immobilière, assurance, prestations de services, achats en ligne ... L'option, pour la partie qui n'a

## SOMMAIRE

### ÉDITORIAL

### DOSSIER

#### Garantie d'actif et de passif et arbitrage

L'apport d'un tribunal arbitral pour régler les litiges de garantie de passif

Didier FAURY  
Expert-comptable  
Commissaire aux comptes

#### L'arbitrage des litiges de garantie d'actif et de passif selon le règlement d'arbitrage de l'AFA

Jean-Jacques UETTWILLER  
Avocat associé, UGGC Avocats

### ACTUALITÉS

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

### INFORMATIONS

- Comité de médiation de l'AFA
- Point de vue sur le projet de décret instaurant des listes de médiateurs
- Med Arb et Arb Med
- Arbitrage d'urgence
- Revue togolaise de droit des affaires et de l'arbitrage

### JURISPRUDENCE

pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, se fera à la naissance du litige en fonction de chaque situation ponctuelle, à chacun de mesurer son intérêt ce qui n'est que l'expression de la liberté.



Join our group

Il appartient alors aux institutions de médiation et d'arbitrage de développer une communication à destination de ces nouveaux usagers potentiels, éventuellement en articulant ces modes de résolution des différends, pour aboutir à une solution si possible amiable et à défaut seulement contraignante, mais voulue comme telle.

La seule exigence, légitime, soulignée par la loi est celle d'un consentement qu'il convient de rendre aussi éclairé que possible pour éviter les abus qui sclérosent la portée de cette reconnaissance de la volonté individuelle.

À court terme le désencombrement des tribunaux n'est pas prévisible comme les travaux préparatoires le reconnaissent, il convient auparavant que chacun se forme à cette évolution et c'est aussi la vocation de l'Association Française d'Arbitrage d'y participer, notamment en poursuivant ses formations en direction de ces nouveaux usagers.

Notre savoir-faire et l'envie d'aller ensemble de l'avant seront les moteurs de notre contribution tout au long de l'année 2017.

Le dossier qui constitue la substance de cette lettre est consacré à l'arbitrage dans les garanties de passif car il s'agit d'un domaine où il est fréquemment utilisé compte tenu à la fois de la matière, puisqu'en effet le droit comptable et le droit fiscal y jouent un rôle majeur, alors que les parties, parfois multiples, continuent souvent d'entretenir des relations commerciales ou de travail. La souplesse de l'arbitrage et le choix d'arbitres compétents et de disciplines différentes permettent le plus souvent d'aboutir à une résolution du différend correspondant à l'esprit dans lequel la convention avait été conclue. C'est la raison de son succès en cette matière qui s'allie bien souvent aux difficultés nées de l'application de conventions entre actionnaires.

Nous souhaitons à tous et à l'AFA nos meilleurs vœux.

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

## GARANTIE D'ACTIF ET DE PASSIF ET ARBITRAGE

### L'apport d'un tribunal arbitral pour régler les litiges de garantie de passif



Un quotidien économique indiquait récemment que 40 000 à 50000 entreprises seraient prochainement à céder en France (les Echos du 29 novembre 2016).

L'association « Cédants et Repreneurs d'Affaires » et la BPCE ont, par ailleurs, précisé que 15000 entreprises étaient cédées en moyenne par an.

Ce nombre important de transmissions d'entreprises s'inscrit dans les caractéristiques de la démographie française et l'arrivée à la retraite de la génération des chefs d'entreprise issue de la génération d'après-guerre.

Lorsque ces transmissions prennent la forme de cessions de droits sociaux, les actes sont très fréquemment assortis de clauses de garantie relatives au patrimoine transmis, clauses qui contribuent normalement à faciliter ces opérations et à en fluidifier le cours.

En effet, la cession de contrôle est une opération complexe, le cessionnaire désirant très généralement obtenir des garanties sur la réalité et la valeur des actifs repris, sur l'exhaustivité des passifs transmis ainsi que les principaux éléments constitutifs de la rentabilité de l'exploitation.

De plus, des audits ne sont pas systématiquement réalisés lors des changements de contrôle et même lorsque cela est le cas ces audits, souvent partiels, sont complétés par des garanties spécifiques.

Ces garanties ont donc principalement pour objectif de prémunir le cessionnaire des titres de la société acquise d'événements qui interviendraient postérieurement à l'acquisition mais dont la cause serait antérieure et qui conduiraient à un accroissement du passif ou à une diminution d'actif. D'autres catégories de clauses sont relatives à la rentabilité de l'entité transmise

Ces dispositions contractuelles, qui relèvent de la seule loi des parties, doivent, pour être efficaces, être claires et couvrir l'ensemble des situations pouvant surgir après leur conclusion

Cependant, ces clauses sont fréquemment à l'origine de litiges lors de leur mise en œuvre.

Ces litiges ont pour origine, soit des questions relatives à l'interprétation de dispositions qui manquent de clarté quant à leur portée, soit des difficultés de mise en œuvre liées à l'imprécision des notions comptables ou financières utilisées.

## La grande diversité des clauses de garantie

Le patrimoine transmis à travers une cession de droits sociaux comprend des actifs et des passifs dont la réalité, l'exhaustivité et la valeur constituent nécessairement des éléments pris en considération par l'acquéreur, quelle que soit la méthode d'évaluation retenue pour fixer le prix de cession.

La règle en matière de garantie étant la liberté conventionnelle, les clauses peuvent être d'une grande diversité.

Les parties ont pu stipuler que seul le passif apparu après la cession mais ayant une cause antérieure à celle-ci était couvert, ou que la clause concernait également la diminution de la valeur des actifs du bilan garanti, ou encore que c'est l'actif net après compensation des ajustements négatifs et positifs qui sera considéré.

Au-delà des éléments patrimoniaux apparaissant sur les comptes garantis, les clauses peuvent également consister en des garanties de niveau de trésorerie et ou de rentabilité. Elles peuvent également constituer des clauses de révision du prix de base mentionné à l'acte de cession et bénéficier au cédant si des objectifs de rentabilité post cession sont atteints.

Les clauses peuvent porter sur les états financiers du dernier exercice social approuvés par les associés, la gestion de la société entre la date de ce bilan et la date de cession faisant alors l'objet de considérations et d'engagements particuliers. La situation garantie peut également être une situation comptable intermédiaire, plus proche de la date de la cession.

Les clauses sont également généralement accompagnées de déclarations générales du ou des cédants sur le respect de la réglementation sociale, fiscale et de celle en matière de sécurité pour les installations industrielles ou les obligations environnementales.

Cette grande diversité des clauses de garantie, peut conduire à divers types de contentieux. Certains sont relatifs à des questions purement juridiques telles que la validité des clauses lorsque, mentionnées dans des promesses synallagmatiques de ventes, elles ne sont pas reprises dans les actes définitifs de cession ; d'autres peuvent porter sur la transmissibilité de la garantie, voire sur la qualification même de la clause en clause de révision de prix ou de clause de garantie d'actif et de passif ou encore sur le bénéficiaire même de la clause, cessionnaire ou société transmise.

Mais au-delà de ce type de difficultés un contentieux ressortant davantage de la technique comptable et financière naît fréquemment de la mise en œuvre des clauses de garantie.

## La complexité fréquente de la mise en œuvre des clauses de garantie

La complexité possible de la mise en œuvre des clauses de garantie vient des notions comptables et financières utilisées qui ne sont pas toujours maîtrisées par les rédacteurs des actes et qui peuvent susciter des difficultés lorsqu'il s'agit de les appliquer.

Deux exemples illustreront ce propos :

Il est systématiquement indiqué dans ces clauses que leur mise en œuvre ne peut provenir de l'application de méthodes comptables différentes de celles retenues pour arrêter le bilan ou la situation garantie, les comptes établis par le cessionnaire devant l'être en respectant les méthodes appliquées par le cédant.

Ces dispositions sont logiques les comptes post cession devant être arrêtés avec le même instrument de mesure que les comptes de référence pour apprécier la mise en œuvre éventuelle des garanties.

Il faut cependant bien comprendre et définir les notions de méthodes et d'estimations comptables.

En matière de choix comptable, les marges de manœuvre des responsables de l'établissement des états financiers sont relativement limitées, les règles applicables étant précises. Les méthodes qui sont définies par des textes, prévoient, en effet, un nombre limité d'options et définissent, lorsque plusieurs méthodes sont possibles, celles qui sont considérées comme préférentielles :

- ainsi, en matière de comptabilisation des retraites les entreprises ont dans les comptes sociaux l'option entre comptabiliser des provisions ou indiquer le montant des retraites acquises dans l'annexe comptable, la première méthode étant la méthode préférentielle ;

- en matière de contrats dépassant la durée de l'exercice les résultats peuvent être comptabilisés selon la méthode dite de l'avancement, c'est à dire au fur et à mesure de leur déroulement ou selon la méthode de l'achèvement de ceux-ci, la première méthode étant préférentielle.

Le suivi de ces méthodes, dans leur principe, ne pose donc pas de difficultés.

Il n'en est pas de même en matière d'estimations. La mise en œuvre des méthodes précitées nécessite, en effet, des jugements de la part des auteurs de l'arrêté des comptes afin de retenir les solutions les plus adaptées aux situations rencontrées.

Ainsi les modalités de constitution des provisions pour dépréciation des stocks ou des créances ou encore des provisions pour risques nécessitent la mise en œuvre d'estimations spécifiques aux situations existantes et à leur évolution.

L'application des méthodes et principes comptables passe donc par la mise en œuvre de modalités pratiques choisies au cas par cas par l'entreprise. Ces modalités peuvent, dans le cadre d'une même méthode, différer d'une entreprise à l'autre et être révisées en fonction des évolutions constatées.

En ce qui concerne les révisions d'estimations, un avis du Conseil national de la comptabilité précise : *en raison des incertitudes inhérentes à la vie des affaires, de nombreux éléments des états financiers ne peuvent être évalués avec précision ; ils ne peuvent faire l'objet que d'une estimation. La procédure d'estimation dépend de jugements fondés sur les dernières informations disponibles. Le recours à des estimations raisonnables est une part essentielle de la préparation des comptes. Une estimation est révisée si les circonstances sur lesquelles elle était fondée sont modifiées par suite de nouvelles informations ou d'une meilleure expérience ».*

Il est aisé de comprendre que la révision d'estimations par le cessionnaire peut être source de difficulté.

Par ailleurs, les clauses de révision de prix font fréquemment référence à des notions financières comme l'EBITDA<sup>[1]</sup> et l'endettement ou la trésorerie nette.

Ces notions, si elles sont familières pour les professionnels de la comptabilité et de la finance, ne sont pas normées et peuvent donner lieu, à défaut de définition précise dans les actes, à des problèmes d'interprétation lors de leur mise en œuvre.

Il s'agit donc de notions techniques qui peuvent être à l'origine de nombreux contentieux d'autant que les cessionnaires, déçus de leur acquisition, peuvent être tentés au travers d'une utilisation abusive des clauses de faire supporter au cédant les risques de l'exploitation future dont ils ont cependant seuls la charge.

## L'apport d'une juridiction arbitrale spécialisée

Le contentieux qui en résulte est un contentieux spécialisé dans lequel l'arbitrage est particulièrement efficace et ce même si aujourd'hui certaines juridictions civiles et consulaires ont des compétences incontestables sur ces sujets.

Il est généralement reconnu à la procédure d'arbitrage ses avantages en matière de confidentialité et de rapidité du fait notamment de l'absence d'un deuxième degré de juridiction.

Mais l'arbitrage permet surtout, au cas particulier des contentieux afférents aux clauses de garantie, d'adapter la composition de la formation arbitrale à la nature et à la technicité du litige et de désigner notamment des spécialistes de la comptabilité, de la finance et de la fiscalité.

Par ailleurs, confrontés à des problématiques techniques de nature comptable et financière, les arbitres spécialisés seront mieux à même de motiver de façon détaillée et explicite leur décision, ce qui est de nature à faciliter leur acceptation par les parties.

La possibilité de recourir à l'amicable composition permet, enfin, de prendre en considération la réalité économique de la cession ce qui est nécessairement un gage de la pertinence de la décision.

Ces avantages, reconnus à l'arbitrage dans des contentieux de ce type, sont accrus dans le cadre du recours à une Institution d'arbitrage. Ce recours est, en effet, de nature à sécuriser la procédure, les délais, la qualité formelle de la sentence et la maîtrise de son coût par l'application du barème prévu au règlement d'arbitrage.

Ainsi un règlement d'arbitrage comme celui de l'AFA permet la mise en place d'une procédure exactement adaptée aux caractéristiques du litige intégrant si nécessaire audition de sachants, désignation d'experts, ...

Il permet également une gestion stricte des délais qui offre aux parties une meilleure visibilité sur la durée d'immobilisation des provisions d'honoraires.

Ce règlement comporte en outre des dispositions spécifiques de gestion des situations d'urgence avec l'organisation de mesures adaptées de sauvegarde.

Il me semble donc opportun que mes confrères experts comptables fassent connaître à leur client l'intérêt de l'insertion dans les protocoles de cession d'une clause compromissoire mentionnant une Institution d'arbitrage comme l'AFA, l'arbitrage institutionnel étant particulièrement adapté au traitement des contentieux relatifs aux clauses de garantie d'actif et de passif et de révision de prix.

**Didier FAURY**

*Expert-comptable  
Commissaire aux comptes  
Expert près la Cour d'appel de Paris  
Expert près les Cours administratives d'appel de Paris et Versailles  
Expert agréé par la Cour de cassation*

---

[1] Earnings before interest, taxes, depreciation amortization, notion anglo-saxonne proche de l'Excédent brut d'exploitation français (EBE)

## L'arbitrage des litiges de garantie d'actif et de passif selon le règlement d'arbitrage de l'AFA



L'arbitrage est un mode de résolution des conflits qui convient particulièrement bien à l'exercice des garanties d'actif et de passif lorsque cet exercice est conflictuel et ceci pour plusieurs raisons liées à la matière.

La première de celles-ci est liée au concept même des garanties d'actif et de passif.

L'exercice de la garantie n'est pas une sanction mais le mécanisme objectif voulu par les parties pour rétablir la situation de la société cible (celle dont le transfert du contrôle a été organisé) au niveau qui avait été pris en compte pour déterminer les paramètres économiques de la transaction. Ce fondement de la garantie est partagé par la plupart des praticiens chevronnés, mais il est souvent bien difficile de le faire partager par le cédant lorsque la garantie est mise en œuvre, mais surtout par le magistrat, fut-ce au commerce, qui est habitué à raisonner en terme de sanction. L'arbitrage permet de choisir des arbitres spécialistes des transactions sur entreprises, habitués à cette pratique, mélangeant les professionnels du droit et ceux du chiffre.

Ce point est source de bien des difficultés. L'exercice de la garantie n'est en rien subordonné à la démonstration d'une faute du vendeur, pas plus que le fait pour l'acheteur de ne pas avoir fait d'audit préalable ne constitue une faute selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Il faut et il suffit qu'un sujet soit garanti (par exemple l'absence de passif fiscal autre que celui provisionné) et que le fait générateur se soit produit (dans le même exemple un redressement fiscal pour la période antérieure à la cession) pour que la réparation prévue par la garantie doive être décidée. Il n'est pas nécessaire d'apporter la démonstration de la faute du vendeur dans sa gestion fiscale de la société cible. Pas plus n'est-il efficace de soulever la négligence de l'acheteur qui aurait dû le découvrir (sous la seule réserve de la bonne foi contractuelle). Cet aspect est tout-à-fait fondamental pour notre matière, l'arbitre de la garantie va avoir à appliquer le contrat à une réalité, traduite ou à traduire dans les comptes, bien plus qu'à apprécier une faute.

La deuxième raison est liée au temps. Lorsque la garantie est mise en œuvre, généralement la société cible a subi le dommage qu'il s'agit de réparer et il peut être crucial pour l'acheteur que cette réparation soit rapide. Attendre 14 ans, comme il est arrivé à l'auteur de ces lignes, pour obtenir une décision définitive, est bien peu compatible avec la vie des affaires. Même si la tendance croissante à la judiciarisation de l'instance arbitrale ralentit quelque peu le processus, il ne fait aucun doute que l'arbitrage est bien plus rapide que la voie de la juridiction étatique (dès lors que les parties ont renoncé à l'appel).

La troisième raison est la discrétion de la procédure arbitrale à laquelle le journaliste d'investigation ou le commentateur ne sont pas invités et en tout cas ne peuvent citer les parties lorsque la sentence est publiée. Rien n'est plus perturbant, en cours de procédure, que de voir les journaux s'en emparer et les avocats plaider le dossier dans les colonnes de la presse bien avant de pouvoir le faire devant le tribunal. Le règlement d'arbitrage de l'Association Française d'Arbitrage prévoit la confidentialité de la procédure et de la sentence elle-même (article 16 § 4).

La quatrième raison est la compréhension, à la fois de la matière et des parties. D'une part, les litiges découlant de l'application d'une garantie d'actif et de passif, mettent en jeu des principes de droit mais également des problèmes de nature comptable et financière. Il en résulte un réel besoin de pluridisciplinarité et le choix des arbitres revêt ici une particulière importance, tant pour ceux qui doivent être nommés par les parties que pour le troisième arbitre. La constitution du tribunal arbitral sera donc un bel exercice de dosage et de choix des compétences, ce qui suppose un large panel, il sera souvent utile que les avocats ou professeurs de droit désignés en premier s'adjoignent un homme du chiffre pour faciliter l'appréhension des problèmes parfois complexes découlant de l'exercice de la garantie.

D'autre part, le juge arbitral n'a pas l'éloignement du juge étatique dans la conduite de la procédure et lors des explications orales et notamment des auditions de témoins, il s'établit un véritable dialogue entre le juge et les parties et leurs conseils, dialogue qui permet d'éclaircir les éléments en débat et qui fait progresser les conseils comme l'arbitre dans la connaissance des données du litige.

Lorsque le choix a été fait de l'arbitrage, il faudra ensuite choisir entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*. L'arbitrage institutionnel est celui dans lequel les parties, initialement dans la clause compromissoire ou lorsque le litige est né, dans la convention d'arbitrage, décident de confier à une institution d'arbitrage le soin d'organiser leur arbitrage. Entendons-nous bien, ces institutions ne sont pas des cours d'arbitrage dont émane la sentence, même si parfois elles empruntent ce terme (par exemple la Cour Internationale d'Arbitrage de ICC, ou la Cour Arbitrale Internationale de Paris), mais ont une mission d'organisation procédurale. Elles sont le juge d'appui de l'arbitrage institutionnel.

L'avantage de l'arbitrage institutionnel sur l'arbitrage *ad hoc* réside essentiellement dans le sérieux de l'organisation sur les points essentiels que sont l'indépendance des arbitres, le contrôle de la procédure, voire de la sentence elle-même. Lorsque la nullité d'une sentence arbitrale défraye la chronique et ébranle la confiance dans l'arbitrage (et donc dans Paris place d'arbitrage), cet avantage est important. On ne saurait trop être prudent en termes d'indépendance des arbitres et le contrôle de cette indépendance est fondamental.

On peut se féliciter ou déplorer le fait, mais il est là et l'arbitrage est aujourd'hui une affaire de spécialistes et sa pratique s'uniformise sous l'effet de la convergence des règlements d'arbitrage, des lois nationales et des efforts normatifs de certaines institutions édictant des règles (comme celles de l'IBA sur l'administration de la preuve ou sur l'indépendance des arbitres).

L'institution d'arbitrage va être le gestionnaire administratif de l'arbitrage, dans la mesure où elle reçoit la demande d'arbitrage, les désignations des arbitres puis, s'il y a lieu, la désignation du troisième arbitre, les récusations et remplacements d'arbitres. Elle va enfin exercer un contrôle de forme sur la sentence arbitrale.

L'Association Française d'Arbitrage dispose de beaucoup d'atouts dans notre matière, d'abord en raison de l'étendue de son panel, non exclusivement juridique, qui permet de composer un tribunal arbitral disposant des compétences diversifiées que requière le fait de statuer sur l'exercice d'une garantie d'actif et de passif. Le dialogue entre l'homme du droit et celui du chiffre est nécessaire pour réaliser une application juste et rationnelle des concepts contractuels qui ont présidé à la rédaction, la négociation et la conclusion d'une garantie d'actif et de passif. Ceci d'autant plus que la rédaction de ce type d'actes est encore loin d'être normée et que chaque garantie fait l'objet d'âpres négociations sans toujours que la pluridisciplinarité des acteurs de la négociation ait été respectée et, parfois, les aléas de la négociation peuvent rendre un peu difficile la lecture des clauses de garantie, retouchées à de multiples reprises avant leur signature.

Ensuite, la souplesse du règlement d'arbitrage de l'AFA permet de dégager des solutions rapides. En effet, la judiciarisation et la professionnalisation de la pratique moderne de l'arbitrage tendent à rapprocher les délais de ceux de la procédure judiciaire ce qui est souvent inadapté pour ce type de dossiers et ne correspond pas à l'une des raisons pour lesquelles les parties décident de recourir à l'arbitrage. Il est donc utile de disposer d'un règlement d'arbitrage souple qui n'accumule pas les délais et les interventions.

Le règlement d'arbitrage de l'AFA laisse toute latitude au tribunal arbitral pour régler la procédure applicable devant lui, ce qui va supposer, au moins à l'origine de la procédure, l'accord des parties qui signent (article 12 du règlement) le procès-verbal de la première réunion, sauf bien sûr si les parties l'ont déjà fait dans la convention d'arbitrage (article 12 § 2 du règlement).

L'allongement des délais des procédures arbitrales comme l'évolution de leurs coûts sont d'ailleurs une des raisons de l'apparition d'institutions d'arbitrage en ligne, certes actuellement faites pour les très petits litiges mais qui ne manqueront pas d'évoluer. Ce n'est en fait rien d'autre, au niveau des fondamentaux, que le raccourcissement des délais et la diminution des frais administratifs et nos institutions d'arbitrages pourraient mener une réflexion pour s'adapter, sans pour autant déshumaniser l'arbitrage.

**Jean-Jacques UETTWILLER**

*Avocat au Barreau de Paris (AMCNB, AMCO)*

*Président d'honneur de l'ACE*

*Immediate past president de l'Union Internationale des Avocats*

## ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

### > After work de l'AFA | Cross-examination

Forte du succès du premier After work « **Cross-examination of witnesses : quand la common law s'invite chez les civilistes** », une seconde session se tiendra le **18 janvier 2017 de 19 heures à 22 heures** à la **Maison du Barreau à Paris**.

L'audition de témoins en général est un exercice auquel les praticiens civilistes de l'arbitrage sont rarement préparés et formés. Or, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, cet exercice délicat est essentiel.

**Marie Danis** (August & Debouzy) et **Caroline Duclercq** (Altana), animeront cette formation aux côtés de **Pierre Duprey** (Linklaters) et **Peter Rosher** (Pinsent Masons), avocat au barreau d'Angleterre et du Pays de Galles. Ces derniers partageront leur expérience de la *cross-examination* tant comme conseil que comme arbitre notamment dans des arbitrages de « common law ».



[Lire la suite](#)

### > Les Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux - 3<sup>e</sup> édition

La 3ème édition des Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux organisé par Option Finance se tiendra le **2 février 2017 à Paris**. Cet événement rassemblera, autour des dirigeants et directeurs juridiques des entreprises, tous les acteurs de l'arbitrage, de la médiation et du contentieux. L'AFA est partenaire de cette manifestation.

[Lire la suite](#)

### > Cas pratique de l'AFA

L'AFA organise une **nouvelle session de formation approfondie à l'arbitrage**, les **13 et 14 mars 2017** 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](#)

## A L'INTERNATIONAL

### > Colloque - Cepani

Le CEPANI organise le **12 janvier 2017 à Bruxelles** un colloque sur le thème, rarement traité et pourtant de grand importance, « **La stratégie dans l'arbitrage international** ». Le comportement des parties, de leurs conseils, des arbitres peut-il ou non être influencé par une stratégie prédéterminée ?

[Lire la suite](#)

### > SCC Centennial

On **19-20 January 2017 in Stockholm**, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) will celebrate its **100-year anniversary**. The event will honor a century of SCC history, and highlight the SCC's continuing role in promoting efficient and peaceful dispute resolution through arbitration. The January event will mark the starting point for a year-long anniversary celebration at the SCC.

[Lire la suite](#)

## > C5's 6<sup>th</sup> Annual Conference

C5 Communications invites to the 6th Annual Conference, which will take place on **26 and 27 January 2017 in London**, on «**International Dispute Resolution involving Russian and CIS Parties**». Russia and CIS related arbitration and litigation cases - known to be highly notorious not only for the vast sizes of claims but also for their complexity - continue to feature heavily in Western courts and international arbitral tribunals. The rapidly changing political and regulatory landscape coupled with perennial difficulties with recognition and enforcement call for a thorough knowledge of rules and procedures of various jurisdictions. Parties seeking legal safeguards for their cross-border projects and trades must understand the latest tools and remedies which won't only deliver victory but also achieve this with the greatest efficiency.

[Lire la suite](#)

## > ASA Annual Conference 2017

On **3 February 2017 in Geneva**, Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) will organise its annual conference. This conference will examine the interrelation between substantive legal issues relating to monetary relief and how arbitral tribunals can structure the proceedings to best deal with these issues efficiently. The perspectives of arbitrators, counsel and quantum experts will be explored.

[Lire la suite](#)

## > 3rd EFILA Annual Conference

The 3rd Annual Conference of European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA) will take place on **23 February 2017 in Vienna**. The topic is «**The External Relations Aspects of the EU's Investment Law & Policy**». This conference will focus on how the EU's investment law and policy is perceived in other parts of the world. This is in contrast with the usual introspective approach of most investment law events held in Europe. Inviting the perspectives from outside the EU will enable the participants to gain a more realistic view on the impact of the EU's investment policy so far.

[Lire la suite](#)

## > Vienna Arbitration Days 2017

The Vienna Arbitration Days 2017 will take place from **24 - 25 February 2017** and discuss the topic «**Repositioning Arbitration**». On their 10th anniversary in 2017 the organizers will again welcome participants from numerous jurisdictions around the globe for two days of discussion on leading topics in international arbitration.

[Lire la suite](#)

## > Colloque Cepani

Le CEANI organise le 9 mars 2017 à Bruxelles un colloque sur le thème « **Third party funding en matière d'arbitrage** ». Ce colloque se tiendra en anglais.

[Lire la suite](#)

## > 20th Annual International Arbitration Day

The 20th Annual International Arbitration Day, presented by the IBA Arbitration Committee, supported by the IBA European Regional Forum, will held on **30-31 March 2017, in Milan**. The main idea of this

conference is to study the impact on the gathering and weighing of evidence in international arbitration when related proceedings are simultaneously pending.

[Lire la suite](#)

## ACTUALITES DE LA MEDIATION

### > 4e édition du Business Mediation Summit

Organisée par bMediation, l'édition 2017 du Business Mediation Summit aura lieu le 24 janvier 2017 à Bruxelles : «(In)decent proposal, take back control of your disputes!»

[Lire la suite](#)

### > Formation de base 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 24 et 25 janvier et se clôturera les 25 et 26 avril 2017 à Paris.

[Lire la suite](#)

### > 23e Forum mondial des Centres de médiation

Le 23ème Forum mondial des Centres de Médiation aura lieu à Cracovie les 27 et 28 janvier 2017. Il réunit des praticiens de la médiation commerciale et les centres de MARCS (Modes Alternatifs de résolution de conflits) du monde entier et offre l'opportunité d'échanger des points de vue sur le développement des modes alternatifs de règlement des conflits et sur les bonnes pratiques en la matière.

[Lire la suite](#)

## INFORMATIONS

### Nomination du Comité de médiation de l'AFA



Le Comité de médiation de l'AFA, chargé de suivre l'application du règlement, a, par décision du Conseil d'administration, été ainsi composé :

Monsieur Daniel TRICOT, Président  
Monsieur Gilles de COURCEL,  
Madame Christine GUERRIER,  
Madame Laurence KIFFER.

Les clauses, le règlement de médiation et le barème de l'AFA sont disponibles sur notre site.

[Lire la suite](#)



## Point de vue sur le projet de décret instaurant des listes de médiateurs

À noter que le projet de décret d'application de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle instituant une liste des médiateurs auprès de la Cour d'appel agite beaucoup le monde la médiation judiciaire.

**Qu'il nous soit permis de soutenir les membres de la Plateforme de la Médiation Française dont est signataire l'Institut d'Expertise d'Arbitrage et de Médiation en leur confiant que pour nous ce décret va à l'encontre de la médiation telle que nous la concevons.**

Ce texte nous paraît, en effet, transformer le médiateur en un auxiliaire de la justice alors que la médiation telle que nous la concevons est un processus en dehors. La constitution d'une liste ne favorise pas l'indépendance.

La médiation est l'affaire des parties et son succès réside dans la liberté et la confidentialité.

**Liberté : liberté des parties** d'accepter le processus et le médiateur, **liberté du médiateur** d'accepter sa mission.

En conséquence pour être accepté le médiateur doit réunir les qualités suivantes :

- Compétence : Celle-ci résulte de son expérience (ce qui ne signifie pas fonction ou profession mais confrontation à des situations), de sa formation et de son caractère.

Point n'est besoin de diplôme. Seuls ses pairs et le retour des parties sont en mesure de le reconnaître apte. C'est donc aux institutions de médiation et à elles seules de dire si une telle ou un tel est ou non qualifié pour être médiateur de telle affaire.

- Indépendance : Vis-à-vis des parties, cela s'entend mais aussi de la justice. C'est pourquoi il est préférable que les tribunaux demandent aux institutions de proposer des noms de médiateurs pour telle ou telle affaire à moins que les parties soient d'accord sur un nom et le propose au juge.

- Impartialité : On est impartial ou on ne l'est pas ; Cette qualité tient au savoir être. Les institutions de médiation qui disposent de commission de nomination sont aptes à discerner cette qualité chez un individu.

**Confidentialité** : En aucun cas le médiateur ne doit rendre un rapport au juge. Il ne doit rien révéler si ce n'est que la médiation a réussi ou a échoué.

Noël MÉLIN  
Secrétaire Général de l'AFA

## Arbitrage VS Médiation

### MED ARB et ARB MED, de quoi s'agit-il ?

Les frontières étaient autrefois assez nettes entre arbitrage, médiation et autres modes alternatifs de résolution des litiges.

Le premier avait pour but de rechercher la justice, les seconds de mettre fin au litige.

Ce n'est plus vrai aujourd'hui, l'arbitrage cherche aussi à mettre un terme au litige et la preuve en est le nombre d'accords intervenus en cours de procédure arbitrale. De son côté la médiation voudrait apparaître plus efficace dans la recherche d'une solution.

L'imagination des juristes, qu'ils soient avocats ou conseils d'entreprise, n'a pas de limite et pour parvenir à concilier justice et efficacité ils ont eu recours à toutes sortes de processus qui émanent de cultures différentes et méritent d'abord d'être recensés avant que ne soient exposées les questions qui résultent du rapprochement entre l'arbitrage et la médiation.

[Lire la suite](#)

Besançon, 16 novembre 2016

Conférence du Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté

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

## Groupe de réflexion de l'AFA : l'arbitrage d'urgence

Dans le cadre de la promotion de l'arbitrage qu'elle organise, l'AFA met en place des groupes de réflexion ouverts à ses membres à l'effet de parvenir à une amélioration de l'accès et de la pratique de l'arbitrage.

Le groupe de réflexion sur le thème de l'**arbitrage d'urgence** est dirigé par [Monsieur Andrea PINNA](#), Avocat au Barreau de Paris (De Gaulle Fleurance & Associés).

Les inscriptions sont ouvertes en ligne.

[Lire la suite](#)

Maître Jérôme ORTSCHIEDT, Avocat aux Conseils, a piloté le premier groupe sur le thème de la consolidation d'arbitrages connexes. Monsieur le Professeur François-Xavier TRAIN a dirigé le second groupe sur les décisions du Comité d'arbitrage. Les réflexions de ces deux premiers groupes, [disponibles sur notre site](#), ont conduit à l'ajout d'un nouvel article 4 et à la modification de l'article 8, anciennement l'article 5- §8, au Règlement d'arbitrage de l'AFA entré en vigueur au 1er janvier 2016.

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

Revue spécialisée dans le droit des affaires et l'arbitrage, « **Les Mercuriales Infos** » a été lancée à l'initiative d'un groupe d'avocats au Barreau de Lomé dirigé par [Martial AKAKPO](#). La création de ce trimestriel coïncidait avec l'ouverture au Togo de la [Cour d'Arbitrage \(CATO\)](#), au sein par de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Togo (CCIT).

Au sommaire du N° 14 de septembre dernier : parmi les contributions doctrinales, en Droit commercial OHADA, l'article de Monsieur André EYANGO DJOMBI de l'Université de Douala, qui expose les réformes du législateur OHADA en matière de bail professionnel, la rubrique Legalnews, dont l'un de ses articles traite de la loi du 14 mars-loi uniforme n°2016-005, enfin, le *Coin du Praticien*, une nouvelle rubrique de la revue qui propose des pistes de solutions à des questions de droit importantes issues des instruments communautaires.

[Lire la suite](#)

Pour répondre à l'intérêt que cette revue suscite en Europe en général et en France en particulier, la Revue Togolaise de Droit des Affaires et de l'Arbitrage est maintenant disponible à Paris au siège de l'AFA (nous contacter pour information).

## Rejoignez-nous sur LinkedIn !

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

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

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

## JURISPRUDENCE

● **Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 21 septembre 2016 n° 15-22338**

### Arbitrage et Expertise

Il est surprenant que les clauses de résolution des différends dans les contrats puissent encore entretenir la confusion entre expertise et arbitrage, au point de croire que les services juridiques des entreprises ne portent aucune attention à la prévention des risques et que leurs conseils ne soient pas consultés pour la rédaction d'un CCAP dont dépend évidemment l'économie du contrat.

En l'espèce, ce CCAP prévoyait que les contestations se rapportant au marché concerné, non réglées amiablement, seraient soumises dans un premier temps à « l'arbitrage d'un expert désigné par requête sur ordonnance du Président du tribunal de grande instance, et dans un deuxième temps à la compétence d'un tribunal de grande instance ».

Double antinomie par conséquent entre d'une part arbitrage et expertise, et d'autre part entre compétence arbitrale et compétence judiciaire.

Il n'y a pas lieu de s'attarder sur la procédure de nomination de « l'arbitre expert » mais de constater que sollicité de se prononcer sur « la nature et l'étendue de son investiture », ce qui témoigne d'une prise de conscience tardive, l'expert-arbitre a fait savoir qu'il interviendrait en qualité d'arbitre, ce qui pouvait s'avérer contestable compte tenu de la rédaction de la clause de résolution des litiges.

Mais quoi qu'il en soit, les parties n'ont élevé aucune réserve et « l'arbitrage », a abouti à une sentence qui fera alors l'objet d'une contestation quant à la qualité de l'arbitre, mais un peu tard et la contestation sera déclarée irrecevable.

La vertu 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 ») est de vider la procédure arbitrale de toute contestation le plus tôt possible, l'expression « en temps utile » signifiant qu'au plus tard elle doit être soulevée avant la clôture des débats. L'attitude de la partie qui s'abstient d'élever toute réserve pendant l'instance arbitrale et poursuit celle-ci jusqu'à son terme sera dès lors nécessairement interprétée comme une renonciation à son objection possible.*

On peut s'en féliciter pour l'efficacité qui en résulte ainsi pour la procédure d'arbitrage et l'entreprise ne peut s'en prendre qu'à elle-même de son incurie, mais on doit aussi constater que rien de ce litige n'aurait pu exister si les parties avaient fait choix d'une institution d'arbitrage.

● **Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 21 septembre 2016 n° 15-28941**

**Compétence-compétence : Projet de contrat**

L'existence d'une clause compromissoire dans un projet de contrat n'était niée par aucune des parties et le défendeur faisait état de cette clause pour contester la compétence du tribunal judiciaire saisi d'une demande en rupture abusive et déloyale, bien que le projet de contrat n'ait été signé par aucune des parties.

La Cour de cassation retient cependant que c'est à tort que la Cour d'appel a rejeté l'exception d'incompétence en « procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations entre les parties » pour conclure à leur absence d'engagement.

Cette recherche à laquelle s'est livrée la Cour, se heurte en effet à la lettre de l'article 1448 alinéa 1 du Code de procédure civile que la Cour a rappelé en tête de son arrêt. L'existence de la clause compromissoire était en effet établie et il n'appartenait donc pas à la Cour d'appel de déterminer sa portée, seul le tribunal arbitral pouvant le faire. On peut penser que le fait qu'il se soit agi d'un projet de contrat non signé ait entraîné la Cour d'appel vers une recherche de consentement alors que seule était en cause l'existence non déniée de la clause compromissoire.

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 novembre 2016 n° 15-27341**

**Compétence-compétence : successions de contrats**

Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation rendue ces dernières années que l'application du principe compétence-compétence exclut toute interprétation de la part de la juridiction saisie sur la portée de la clause compromissoire qui ne peut être déterminée que par le tribunal arbitral.

En l'espèce cette interprétation résultait nécessairement de ce que, par suite d'une succession de contrats qui avaient divisé l'objet du contrat historique contenant la clause compromissoire, il fallait apprécier l'effet des modifications intervenues (novation ?, résiliation ?) sur la clause compromissoire.

La Cour d'appel avait eu recours à l'expression de la volonté et les parties dont elle disait qu'elle était clairement de remplacer l'ancien contrat par le nouveau, appréciation qui sans conteste revenait au tribunal arbitral, aucune appréciation de volonté ne pouvant prévaloir pour l'application du principe énoncé à l'article 1448 du Code de procédure civile et rappelé en chapeau de l'arrêt.

● **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 novembre 2016 n° 15-25554**

**Extension de la clause compromissoire**

Parmi une succession d'ordres de vente de vanille, dont les conditions générales accessibles contenaient une clause compromissoire, un seul ordre avait été signé et d'autres avaient fait l'objet de livraisons et avaient été payées. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir étendu l'application de la clause compromissoire à l'ensemble des ordres de vente.

Alors qu'en matière internationale, à l'inverse du droit interne qui exige un écrit pour la validité de la clause compromissoire, le contrôle de l'exécution de la sentence arbitrale au regard de la compétence du tribunal arbitral ne s'effectue en France que pour rechercher la commune volonté des parties. La solution donnée par la Cour ne pouvait être différente lorsque deux sociétés entretiennent un courant d'affaires. La réception et l'exécution sans réserve d'ordres successifs, pratique courante notamment dans le négoce des céréales, café, cacao, épices, fruits, légumes et autres produits alimentaires, a toujours entraîné même en droit interne, l'application de la clause compromissoire figurant dans les conditions générales des ordres à tous les litiges survenant à propos des ordres successifs, même si un seul d'entre eux, comme en l'espèce, a été signé, à partir du moment où l'exécution de l'un ou de plusieurs des ordres est intervenue, confirmant ainsi la volonté des parties quant à leur acceptation. On notera cependant que la Cour de cassation s'est contentée de ce que les conditions générales étaient seulement « accessibles », c'est à dire en l'espèce qu'elles n'avaient pas même été communiquées, mais qu'elles étaient consultables et pouvaient être envoyées sur demande.

## Justice du 21<sup>ème</sup> Siècle

### 1° - L'application immédiate du nouvel article 2061 du Code civil

#### Texte nouveau (Loi du 18 novembre 2016)

*« 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. »*

#### Texte ancien (Loi du 15 mai 2001)

*« Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. »*

L'application immédiate de l'article 2061 du Code civil tel que modifié par la loi du 15 mai 2001, qui n'indique rien sur cette question, s'est imposée en jurisprudence aux clauses conclues avant l'entrée en vigueur de la loi. (TGI Paris, ord. réf., 8 oct. 2002, D. 2003. 1928, note B. Moreau et S. Sihvola ; Rev. arb. 2003. 199, note L. Jaeger - Orléans, 18 mars 2004, Rev. arb. 2004. 391, note D. Bureau - T. confl. Paris, 17 févr. 2004, Rev. arb. 2004. 451. - Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2005, n° 04-12.655, Bull. civ. I, n° 423 ; D. 2006. Pan. 3026, obs. T. Clay ; D. 2006. 277, note Le Bars et Callé ; RTD com. 2006. 302, obs. Loquin ; JCP E 2005. 1196, note Croze ; JCP 2006. II. 10015, note J. Cornut ; Rev. arb. 2005. 1011, note D. Bureau. - Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, n°04-20.350, D. 2006. Pan. 3026, obs. T. Clay ; Rev. arb. 2007. 545, obs. J. Rouche ; CA Paris 25 novembre 2015 n°13-22010).

La loi du 18 novembre 2016 n'indique rien à cet égard et la même solution devrait donc prévaloir pour une application immédiate. On peut rappeler que l'application immédiate a été précédemment justifiée par l'autonomie de la clause compromissoire et du fait qu'il s'agit d'une clause de résolution des différends de nature presque procédurale. En l'espèce l'application immédiate de la loi nouvelle éviterait que ne se pose pendant de longues années les questions nées de la coexistence de textes dont les domaines d'application sont différents.

### 2° - L'inopposabilité doit aussi être manifeste

Si la juridiction arbitrale n'est pas encore saisie, la juridiction étatique, c'est-à-dire le tribunal de commerce ou de grande instance, à la demande d'une partie, se déclarera incompétente, c'est ce qu'il est convenu d'appeler l'effet négatif du principe compétence-compétence et il en est ainsi sauf si la convention d'arbitrage invoquée par l'une des parties est « manifestement nulle ou manifestement inapplicable » (CPC, art. 1448). Mais c'est aussi le juge d'appui qui est concerné dans les mêmes termes (CPC, art. 1455).

L'article 2061 du Code civil modifié par la loi du 18 novembre 2016 stipule en son alinéa 2 : « *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 de la clause compromissoire ainsi conclue s'impose donc à la juridiction qui serait saisie du moins si la partie protégée le revendique, ce que ne peut pas faire l'autre partie à qui la clause demeure opposable.

Cependant l'inopposabilité n'est pas visée par l'article 1448 et ne constitue pas la nullité manifeste non plus que l'inapplicabilité manifeste dont l'application a été considérée jusqu'à présent comme recouvrant des hypothèses d'impossibilité matérielle de mise en œuvre de la clause compromissoire ou parce que celle-ci ne concerne pas le contrat litigieux. Les juridictions devront donc revenir sur l'acception du terme « inapplicabilité » pour y inclure l'inopposabilité laquelle devra aussi être manifeste pour que l'esprit de la loi soit respecté. L'activité professionnelle devra donc pouvoir être constatée sans discussion ni interprétation.

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