



Editorial

Dans la formulation «procédures collectives», il y a un parfum de collectivisme dont l'objectif est, faut-il le rappeler, de donner à la collectivité la propriété des moyens de production et d'échanges. Les procédures collectives ne tendent certes pas à la communitarisation des biens de production mais elles n'en défendent pas moins un intérêt collectif : celui de la sauvegarde de l'entreprise et donc des emplois et celui de l'apurement du passif et donc de la protection des créanciers. Autant d'objectifs prioritaires qui ne sont pas ceux de l'arbitrage lequel poursuit un but antinomique de toute collectivisation : celui de protéger les intérêts de parties à des contrats dont l'objet n'est, en principe, pas de défendre un intérêt collectif mais privé.

Le « collectivisme » des procédures de faillite appelle la centralisation de leur mode de règlement alors que l'arbitrage est par essence un mode pointilliste de règlement. Comment la haute couture propre à l'arbitrage pouvait donc s'inscrire dans le prêt-à-porter des procédures collectives ? Il nous a paru utile de faire un point sur les relations qu'entretiennent ces deux institutions qu'a priori tout pourrait opposer.

Le Bâtonnier Bruno Cressard nous donne un état des lieux fort utile des règles légales et de la jurisprudence applicables. Il en ressort que si certaines décisions relèvent forcément de la compétence exclusive du juge de la faillite, les clauses d'arbitrage ne s'en trouvent pas pour autant privées d'effet par le seul fait qu'une des parties serait soumise à une procédure collective. Les arbitres devront respecter les dispositions impératives propres à la matière des procédures collectives et les juges-commissaires devront faire prévaloir les principes de compétence arbitrale dès lors qu'ils auront à connaître de questions de nature contractuelle étrangères à l'essence de la réglementation des faillites.

Si procédures collectives et arbitrage font finalement bon ménage, il est toutefois un point de friction qui pourrait venir troubler cette cordiale entente. Il tient à l'impécuniosité de la partie soumise à procédure collective. L'arbitrage, justice payante, serait-il par principe inadapté à la situation d'une partie en faillite par hypothèse en difficulté financière ?

Qui mieux que le Vice-Doyen Maximin de Fontmichel pouvait analyser cette question qui a généré un contentieux nourri au cours des dernières années et dont un des principaux apports a été d'énoncer

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

DOSSIER

PROCÉDURES COLLECTIVES ET ARBITRAGE

ÉTAT DES LIEUX DE L'ARTICULATION ENTRE DEUX FORTES TÊTES DU DROIT DES AFFAIRES

Bruno CRESSARD
Avocat

L'ACCÈS À LA JUSTICE ARBITRALE DU LIQUIDATEUR

Maximin de FONTMICHEL
Vice-doyen de Faculté

ACTUALITÉS

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

INFORMATIONS

- Conférence de l'AFA
- Cas pratique de l'AFA
- Dîner débat de l'AFA
- N° 16 Revue togolaise de droit des affaires et de l'arbitrage

JURISPRUDENCE



Join our group

que les difficultés financières d'une société en redressement judiciaire ou en liquidation ne sont pas suffisantes à faire obstacle à l'application d'une clause d'arbitrage. L'auteur conclut ses développements par un appel « militant » à la création d'un fonds d'accès à l'arbitrage. C'est aussi cela la Lettre de l'AFA. L'occasion de donner une tribune libre aux praticiens de l'arbitrage !

Marc HENRY
Président de l'AFA

PROCÉDURES COLLECTIVES ET ARBITRAGE

ÉTAT DES LIEUX DE L'ARTICULATION ENTRE DEUX FORTES TÊTES DU DROIT DES AFFAIRES



La question de l'articulation entre arbitrage et procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire d'une partie signataire d'une clause compromissoire ou d'un compromis revient épisodiquement dans l'actualité contentieuse.

La situation particulière d'une entreprise défaillante peut avoir des répercussions sur une procédure d'arbitrage en cours ou sur l'application d'une clause compromissoire.

À l'inverse, un arbitrage est susceptible d'entraîner des conséquences sur le déroulement d'une procédure collective.

Si la Cour de cassation retient l'opposabilité d'une clause d'arbitrage lorsque le litige se serait produit même sans l'intervention de la procédure collective (I), les règles d'ordre public de la procédure collective ne manquent pas d'influer sur l'arbitrage (II).

I. L'opposabilité d'une clause compromissoire en cas de procédure collective

La Cour de cassation qui a pris conscience de la nécessité de tenir compte de l'existence de l'arbitrage dans le déroulement de la procédure collective en a tiré comme conséquence l'exclusion de la compétence de la juridiction étatique dans certaines hypothèses.

Cette reconnaissance de l'arbitrage a eu également des conséquences sur les parties à la procédure.

I - 1. L'absence d'exclusivité de compétence des juridictions étatiques

La prise en compte de l'arbitrage par la procédure collective n'a pas été une solution facilement retenue.

S'il a été jugé par la Cour de cassation dès le 26 avril 1906, que lorsque le litige a sa cause « dans des faits ou dans des contrats antérieurs à la faillite et se serait produit de la même façon en dehors d'elle » la convention d'arbitrage redevient valable, puisque lorsque le litige porte sur « l'exécution d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure collective et qui se serait produit pareillement sans

l'intervention de cette procédure » (Cass Com, 19 juillet 1982, 80-17.183), le tribunal arbitral était compétent, il était encore jugé par la Cour de cassation à la fin du XX^{ème} siècle que la compétence du juge commissaire en charge de la vérification des créances s'étendait jusqu'au litige portant sur l'existence même de la créance (Cass Com, 27 octobre 1998, 94-19.288).

Il est désormais établi que la clause compromissoire est aujourd'hui opposable au liquidateur que celui-ci soit demandeur ou défendeur à une action née d'un contrat contenant une telle clause.

C'est par un arrêt du 2 juin 2004 (Cass Com, 2 juin 2004, 02-18.700) confirmé le 25 novembre 2008 (Cass Com, 25 novembre 2008, 07-21.888) que la Cour de cassation a clairement jugé que : « *lorsqu'une instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture, le juge commissaire saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire doit se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable* ».

C'était là une illustration du principe compétence-compétence qui renvoie au tribunal arbitral le soin d'apprécier sa propre compétence (article 1448 du Code de procédure civile).

On peut par ailleurs citer deux arrêts qui illustrent cette position lorsque le liquidateur est en situation de demande.

La première espèce concerne une hypothèse dans laquelle après l'ouverture de la procédure collective, le liquidateur d'une société franchisée avait assigné le franchiseur devant la juridiction étatique. Le franchiseur avait soulevé l'incompétence du tribunal de commerce en invoquant la clause compromissoire.

Pour confirmer la décision du Tribunal de commerce rejetant l'exception d'incompétence, la Cour d'appel avait retenu que la clause compromissoire ne concernait que les relations entre le franchiseur et le franchisé et que le liquidateur n'était pas partie à l'acte mais agissait dans l'intérêt des créanciers.

La Cour d'appel ajoutait que l'action engagée était une action en responsabilité pour faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (ancienne version) et qu'elle visait la responsabilité des défendeurs au titre de la convention de portage de l'exploitation du fonds de commerce et du maintien de loyer abusif.

Précisant que l'action en responsabilité de droit commun est indépendante de la procédure collective, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel et rappelé que seul le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage était de nature à faire obstacle à la compétence prioritaire de l'arbitre pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage (Cass Civ 1^{ère}, 3 février 2010, 09-12.669).

Dans la seconde espèce, le mandataire liquidateur avait saisi un Tribunal de commerce pour obtenir le paiement de sommes dues par une entreprise ayant confié à la société placée en liquidation judiciaire des travaux de sous-traitance, aux termes de quatre contrats contenant notamment une clause compromissoire.

La Cour d'appel avait déclaré ses demandes irrecevables, faute pour le mandataire liquidateur d'avoir respecté la procédure d'arbitrage contractuellement convenue. Le mandataire forma un pourvoi en cassation.

Il soutenait principalement qu'une clause compromissoire n'est opposable aux organes de la procédure que tant qu'ils agissent en représentation du débiteur, et non lorsqu'ils le font au nom des créanciers. Ainsi, dès lors qu'il agissait en représentation des créanciers, la clause compromissoire ne lui aurait pas été opposable.

La Cour de cassation a rejeté son pourvoi, confirmant la décision d'irrecevabilité des premiers juges (Cass Civ 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, 14-14.552).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation retient qu'« *ayant relevé que le liquidateur avait usé de la faculté de poursuivre l'exécution des contrats avec tous les droits et obligations qui s'y rattachaient, ce qui impliquait l'observation de la clause compromissoire qui y était stipulée, et retenu que la discussion, au cours de la procédure de déclaration de créance, ne portait que sur la régularité de la déclaration*

et la forclusion encourue par [le donneur d'ordre], la cour d'appel a retenu, par une décision motivée et hors de toute dénaturation, que les demandes [du mandataire liquidateur], ès qualités, étaient irrecevables ».

Cet arrêt est également intéressant en ce que la Cour de cassation rappelle la solution classique selon laquelle, en vertu du principe de l'arrêt des poursuites individuelles, un créancier dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture ne peut saisir la juridiction arbitrale sans s'être soumis préalablement à la procédure de vérification des créances (cf également [Cass Com, 2 juin 2004, 02-13.940](#)).

Dans le cadre de cette procédure, le juge commissaire qui relève l'existence d'une clause compromissoire doit constater que la contestation ne relève pas de sa compétence (article L.624-2 du Code de commerce).

En application de l'article R.624-7 du Code de commerce, le recours ouvert contre la décision d'incompétence d'un juge commissaire au profit d'un arbitre est l'appel (cf [Cass Com, 22 janvier 2008, 06-18.703](#), rendu au visa des articles L.621-105 et suivants du Code de commerce alors en vigueur).

Lorsque la sentence est rendue (ou lorsque la Cour d'appel rejette un appel nullité contre la sentence), le juge commissaire admet la créance fixée par le tribunal arbitral.

Un arrêt plus récent retient qu'est impropre à établir le caractère manifeste de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage le fait de juger que, bien que la demande d'un liquidateur découle du contrat liant les parties et contenant une clause compromissoire, cette demande implique l'appréciation de la compensation opérée postérieurement au jugement d'ouverture et que cette appréciation, en ce qu'elle mettait en œuvre les règles propres au droit des procédures collectives, relevait de la compétence exclusive du tribunal de commerce ([Cass Com, 3 mai 2016, 14-28.982](#)).

En synthèse, si le litige se serait produit même sans l'intervention de la procédure collective, la clause compromissoire est opposable aux organes de la procédure collective.

I - 2. Les parties à la procédure d'arbitrage

Comme il a été vu plus haut, la Cour de cassation a rejeté à plusieurs reprises l'argumentation de liquidateurs faisant valoir qu'ils agissaient dans l'intérêt des créanciers.

Le débiteur étant dessaisi, le liquidateur agira devant le tribunal arbitral à la place et au nom du débiteur.

Le liquidateur se voit même imposer une obligation de loyauté procédurale des parties à l'arbitrage ; c'est ainsi que la Cour de cassation a étendu le principe de l'estoppel à une partie à la procédure en reprochant au liquidateur de ne pas s'être informé ([Cass Civ, 6 mai 2009, 08-10.281](#)).

Il a par ailleurs été récemment jugé que l'insolvabilité du liquidateur ne peut être valablement invoquée pour opposer l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ([Cass Civ 1ère, 13 juillet 2016, 15-19.389](#)).

Enfin, il est intéressant de noter que la caution solidaire qui n'est pas partie à la procédure arbitrale peut former tierce opposition contre la sentence condamnant le débiteur principal en redressement ou en liquidation ([Cass Com, 5 mai 2015, 14-16.644](#)).

II. L'influence d'une procédure collective sur l'arbitrage

L'ouverture d'une procédure collective a nécessairement des effets sur une procédure d'arbitrage en cours.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un recours en annulation contre une sentence arbitrale antérieure au jugement d'ouverture (Cour d'appel de Paris 16 mars 1995) ou qu'une demande d'un créancier devant une juridiction arbitrale ([Cass Com, 2 juin 2004, 02-13.940](#)) entraînent dans le champ des poursuites individuelles soumises au principe de l'arrêt.

Mais au-delà de cet effet procédural, s'imposent aussi des règles de droit d'ordre public régissant les procédures collectives. En effet, les procédures collectives tendent à sauvegarder l'entreprise défaillante mais doivent également s'assurer de protéger les autres intérêts en présence, notamment ceux des créanciers.

Certaines actions sont de la compétence exclusive du tribunal de la procédure collective (II - 1).

Le principe d'égalité des créanciers corrélé à celui de l'arrêt des poursuites individuelles gouverne par ailleurs le droit des procédures collectives (II - 2).

II - 1. La limitation de la compétence arbitrale par les règles d'ordre public

Si la clause compromissoire est opposable aux organes de la procédure collective lorsque le litige se serait produit même sans l'intervention de la procédure collective, elle est manifestement inapplicable lorsque le mandataire judiciaire engage une action spécifique résultant de la procédure collective.

On rappellera que l'article R.662.3 du Code de commerce dispose que « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L.653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal de grande instance* ».

Expressément réservés au juge de la procédure collective, certains litiges ne peuvent donc être soumis à l'arbitrage, tels ceux relatifs à l'ouverture de la procédure collective, aux nullités de la période suspecte, aux pouvoirs de gestion du débiteur après le jugement d'ouverture, aux responsabilités particulières, aux sanctions que la loi édicte à l'encontre des dirigeants de l'entreprise.

C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que « *le liquidateur, qui demande, à titre principal, la nullité d'un acte sur le fondement de l'article L.632-1, I, 2° du Code de commerce ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom, mais exerce une action au nom de l'intérêt collectif des créanciers de sorte qu'une clause compromissoire stipulée à l'acte litigieux est manifestement inapplicable au litige* » (Cass Com, 17 novembre 2015, 14-16.012).

II - 2. La limitation du pouvoir des arbitres par les règles d'ordre public

Même s'ils sont compétents, les arbitres ne sauraient violer les règles d'ordre public du droit des procédures collectives.

Une des règles les plus fortes est celle de l'égalité des créanciers.

Dans un arrêt de 1988, la Cour de cassation s'est ainsi prononcée : « *la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut, d'après l'article 1504 du nouveau Code de procédure civile, faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas énoncés à l'article 1502, lequel prévoit, en son 5°, une cause d'annulation lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont contraires à l'ordre public international, ce qui vise notamment l'hypothèse où les arbitres ont violé une règle considérée comme d'ordre public international ; qu'en l'espèce, le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite, dont la violation a été retenue par la cour d'appel, est à la fois d'ordre public interne et international* » (Cass Civ 1ère, 8 mars 1988, 86-12.015).

Un arrêt de 1992, qui fait référence à des termes aujourd'hui obsolètes tels que « règlement judiciaire », « masse des créanciers » ou « concordat », a confirmé la position de la Cour de cassation.

Cet arrêt pose en principe que le principe de l'égalité des créanciers dans la masse est à la fois d'ordre public interne et international. Il s'ensuit que, dès lors qu'une créance trouvant son origine dans l'inexécution de contrats antérieurs au règlement judiciaire du créancier, devait, comme telle, si elle n'était pas éteinte, être soumise à la loi du concordat, une cour d'appel ne peut, pour rejeter le recours en annulation contre la sentence arbitrale ayant condamné le débiteur, se borner à constater que cette

condamnation a été prononcée à une époque où le créancier avait recouvré la libre disposition de ses biens. (Cass Civ, 4 février 1992, 90-12.569).

On retiendra donc que même si un tribunal arbitral est régulièrement saisi pour connaître de la contestation d'une créance, il ne peut que constater l'existence d'une créance contre le débiteur. En effet, dès lors que la créance est antérieure à l'ouverture d'une procédure collective, du fait de la règle de suspension des poursuites individuelles, la jurisprudence affirme de façon constante que si l'arbitre peut statuer sur le principe et le montant de la créance, il ne peut en aucun cas condamner la partie débitrice à payer.

Par ailleurs, l'autorité de la chose jugée qui s'attache à une décision d'admission d'une créance constitue un obstacle à une décision arbitrale contraire qui doit être annulée (Cass Civ 1ère, 11 septembre 2013, 11-17.201).

Même si (et c'est heureux) le nombre de procédures collectives a tendance à baisser actuellement, la présence de plus en plus fréquente de clauses compromissoires dans les contrats laisse une place aux contentieux dans lesquels la délicate question de l'articulation entre procédures collectives et arbitrage reste à juger.

Bruno Cressard

*Avocat spécialiste en droit de l'arbitrage et en droit commercial, des affaires et de la concurrence
Ancien Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Rennes
Ancien Président du Collège des Avocats spécialistes en droit de l'arbitrage*

L'ACCÈS À LA JUSTICE ARBITRALE DU LIQUIDATEUR



L'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage est une des questions les plus brûlantes actuellement en droit de l'arbitrage^[1]. Les procédures collectives sont, à cet égard, le terrain de jeu privilégié pour observer et analyser les difficultés de l'accès à la justice arbitrale d'une partie qui n'a pas de capacités financières suffisantes.

En pratique, le liquidateur est souvent dans l'incapacité financière d'avancer les provisions d'un arbitrage lorsque la clause compromissoire lui est opposable. Il se retrouve dès lors face à un réel risque de déni de justice. Il n'est pas rare, surtout lorsque celui-ci est en position de demandeur, que son action s'éteigne faute de pouvoir poursuivre devant un tribunal arbitral. Le liquidateur doit donc être conscient de deux éléments importants. D'abord, il ne pourra pas invoquer un manque de capacité financière pour écarter la compétence du tribunal arbitral (I). Ensuite, les moyens à sa disposition pour financer son action restent limités en l'état actuel des choses (II).

I. La Cour de cassation affirme sans ambiguïté que l'impécuniosité ou l'insolvabilité d'une partie^[2] n'est pas de nature à caractériser l'inapplicabilité manifeste d'une convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris s'était déjà prononcée dans l'arrêt remarqué *Lola Fleurs* pour affirmer que le caractère manifestement inapplicable de la clause compromissoire ne saurait se déduire de l'incapacité alléguée à faire face au coût d'une telle procédure en raison de sa situation financière et au déni de justice qui en résulterait^[3].

La Cour de cassation s'empare de cette solution dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire dans laquelle la partie insolvable, en l'occurrence demanderesse à l'action, était dans l'incapacité financière d'assumer les frais de la procédure arbitrale chiffrée à plusieurs centaines de milliers d'euros^[4]. En jugeant que « l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne pouvait être déduite

de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de la société ATE de faire face au coût de la procédure d'arbitrage », l'arrêt rendu le 13 juillet 2016 se justifie sous le prisme du droit de l'arbitrage. Il est en effet douteux que le manque de capacité financière du liquidateur puisse conduire à conclure que la clause compromissoire est *manifestement* inapplicable. En principe, à partir du moment où il y a débat sur l'existence, la validité ou l'étendue *ratione personae* ou *ratione materiae* de la convention d'arbitrage, le caractère « manifeste » ne peut plus être établi. Or, la seule circonstance que sa liquidation judiciaire ait été ordonnée ne signifie pas nécessairement que le plaideur serait impécunieux. Ainsi, le manque de ressources financières implique une analyse *in concreto* et approfondie de la situation, incompatible avec l'examen *prima facie* attaché au caractère manifeste de l'inapplicabilité.

Le principe est donc désormais clair : l'impécuniosité d'un liquidateur, demandeur ou défendeur, lié par une convention d'arbitrage, ne fait pas échec à la compétence de l'arbitre. Mais celui-ci ne saurait être inerte face à un plaideur aux moyens financiers insuffisants pour couvrir les coûts de l'arbitrage. En effet, l'arrêt *Pirelli* a jugé en substance que le fait pour un tribunal arbitral de refuser d'examiner une demande, au motif du non-paiement par le demandeur de la provision d'arbitrage, peut être de nature à porter atteinte au d'accès à la justice et ainsi entraîner l'annulation de la sentence^[5]. C'est ainsi au stade d'un contrôle étatique *a posteriori* de la sentence que sera sanctionnée, sur le fondement de l'ordre public processuel, la violation du droit d'accès au tribunal arbitral de la partie impécunieuse.

Mais cette solution apparaît de plus en plus comme un moyen détourné de ne pas répondre à la délicate question de l'impécuniosité ou l'insolvabilité d'une partie à un arbitrage. En effet, quelle serait la sanction « *a posteriori* » de l'atteinte portée au droit d'accès au juge si aucune procédure arbitrale n'a pu être enclenchée et aucune sentence n'a été rendue ? Ne doit-on pas considérer que, toujours et dans tous les cas, l'insolvabilité d'une partie ne devra pas impliquer une sanction *ex ante* ? En effet, dans la majorité des cas aucune sentence ne sera rendue, soit parce que la procédure est bloquée au seuil de l'instance, soit parce que le liquidateur jette l'éponge.

De lege feranda, **la préservation de l'efficacité de la convention d'arbitrage face au liquidateur sans capacité financière ne s'imposera pas toujours avec la force de l'évidence**. En effet, d'un côté, faute de disposer de fonds suffisants pour régler les frais de l'arbitrage, le liquidateur ne peut saisir le tribunal arbitral des prétentions dont il est pourtant le seul à connaître. De l'autre, en vertu de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, l'accès à la juridiction étatique lui est barré. Le risque de méconnaissance du droit d'accès à la justice arbitrale est réel. Dans ce contexte difficile pour le liquidateur, quels sont les moyens à sa disposition pour financer son action ?

II. Dans cette situation délicate du liquidateur insolvable, il existe des moyens pour financer son action même s'ils demeurent aléatoires. La pratique arbitrale connaît des mécanismes permettant aux parties de pallier aux difficultés de paiement des frais de l'arbitrage bien qu'ils soient aléatoires^[6]. La partie insolvable peut s'adresser à des acteurs de la procédure arbitrale pour financer son action. En cela, le financement est interne à la sphère arbitrale. La partie en situation d'insolvabilité peut aussi essayer de bénéficier de financements extérieurs à la sphère arbitrale, c'est-à-dire, en dehors de toute sollicitation auprès des acteurs de l'arbitrage.

Concernant les financements internes d'une part. Le liquidateur peut d'abord se faire financer les frais de l'arbitrage par son adversaire. Dans ce cas il faut distinguer selon qu'il est le défendeur ou le demandeur à l'action. Si le liquidateur est défendeur, il existe la pratique habituelle de l'avance de la provision par le demandeur afin que la procédure puisse avoir lieu, et par la même occasion permettre à l'insolvable de faire valoir ses droits^[7]. Une telle avance ne fait pas disparaître l'obligation pour chaque partie de participer au paiement de la provision pour frais^[8], mais permet d'éviter le blocage de la procédure arbitrale et de l'initier rapidement. Le demandeur pourra espérer récupérer son argent ultérieurement dans la répartition des coûts déterminés dans la sentence arbitrale. Ce mécanisme de financement comporte toutefois une limite importante lorsque le demandeur est dans l'incapacité d'avancer la totalité de la provision. Ce fut le cas dans une affaire ayant donné lieu à une sentence CCI^[9]. En l'occurrence, devant le refus du défendeur d'avancer sa part de la provision, le demandeur n'a pu verser l'avance du défendeur et a ainsi été contraint de s'adresser aux tribunaux de droit

commun. Ce cas n'est pas isolé et il est de plus en plus observé l'impossibilité ou le refus du demandeur de verser l'intégralité des provisions.

Si le financement par l'adversaire peut fonctionner lorsque c'est le liquidateur impécunieux est défendeur, ce mécanisme est plus problématique lorsque c'est le demandeur qui est dans cette situation. Un défendeur solvable qui avance la totalité de la provision est très peu probable en pratique. En effet, on voit mal le défendeur régler la totalité de la provision pour initier une procédure d'arbitrage à son encontre, à moins que celle-ci ne décide de faire une demande reconventionnelle et disposer dans ce cas d'une raison pour avancer les coûts. Le liquidateur sans ressources financières en position de demandeur pourrait-il contraindre le défendeur solvable à payer la provision sur le fondement d'une obligation solidaire entre les parties ? On peut l'envisager. Si cette solidarité a été récemment reconnue une fois la sentence rendue dans le paiement des honoraires des arbitres^[10], on pourrait défendre son extension au début de l'instance, une fois les contrats d'arbitre formés^[11]. Néanmoins, il existe une objection de taille : la solidarité est supplétive de la volonté des parties. Or les parties peuvent y déroger soit directement dans la convention soit indirectement par référence aux règlements institutionnels qui prévoient dans la plupart des cas une obligation conjointe et non solidaire de payer la provision^[12].

Allant plus loin dans la difficulté pour le liquidateur en position de demande d'accéder à la justice arbitrale, le défendeur pourrait demander un ordre de *Security for costs* au tribunal pour éventuellement couvrir ses frais de justice engagés dans la procédure dans le cas où la sentence lui serait favorable. Si le tribunal arbitral venait à ordonner une telle mesure l'accès à la justice du demandeur insolvable serait encore plus difficile à satisfaire. Toutefois, on observe qu'en pratique, les tribunaux arbitraux semblent rechigner à émettre un tel ordre à l'encontre d'une partie insolvable.

Une autre méthode de financement repose sur la pratique de la rémunération des arbitres et du centre d'arbitrage uniquement à l'accomplissement de leurs missions, lorsqu'une partie est en situation d'insolvabilité. Il s'agirait d'un moyen de reporter le règlement de l'arbitrage à l'issue du procès. *A priori*, cette méthode peut relever de l'utopie mais elle existe pourtant en pratique, du moins aux États-Unis^[13].

Dans le cadre de l'insolvable visé par une procédure collective, la question serait alors celle du sort des créances de l'arbitre ainsi qu'éventuellement celles du centre d'arbitrage. En droit français, s'agissant de créances liées aux frais de justice postérieures à l'ouverture de la procédure collective, celles-ci doivent être payées dès qu'elles sont exigibles. A défaut de paiement à l'échéance, elles seront considérées comme des créances privilégiées mises en concurrence avec les autres créances bénéficiant de privilèges^[14]. Selon nous, une telle situation sera toujours plus attractive pour les arbitres que de traiter l'affaire à titre gratuit ou de rester dans le flou quant au paiement effectif de sa créance.

Concernant les financements externes d'autre part. De manière préventive, avant la naissance du litige, l'entreprise placée en liquidation a pu contracter une assurance de protection juridique. L'article 127-1 du Code des assurances définit l'assurance protection juridique comme « (...) toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi ». Le Code des assurances admet ainsi, par la généralité de ses termes, la possibilité pour les assureurs d'offrir une assurance de protection juridique couvrant les frais de procédures tant judiciaires qu'extrajudiciaires de règlement des litiges. Cette protection peut ainsi couvrir aussi bien les frais administratifs et honoraires des arbitres que les frais d'experts et de conseils prenant part à une procédure arbitrale. Toutefois, il appartient à chaque professionnel de négocier avec son assureur la couverture des frais engagés par une procédure arbitrale et l'extension d'une assurance aux litiges internationaux.

De manière curative, après la naissance du litige, le liquidateur peut essayer de faire financer son action par différents moyens. On peut d'abord imaginer que l'action soit financée par la masse des créanciers du liquidateur qui auraient intérêt à voir un débiteur solvable condamné afin de reconstituer un actif. Mais en pratique, à notre connaissance, ce cas ne s'est jamais présenté ou est extrêmement rare. Plus usuel en revanche est le dirigeant de l'entreprise placée en liquidation qui aura intérêt à

financer l'action du liquidateur afin de reconstituer un actif et éviter éventuellement une action à son encontre. D'un point de vue prospectif, avec les réflexions en cours sur la fin de l'interdiction du pacte de quota litis, les avocats seront peut-être en mesure de financer l'action du liquidateur en échange d'un pourcentage sur les émoluments de créance gagnés à l'issue du procès.

On peut évoquer enfin le cas de l'action du liquidateur financée par des tiers financeurs^[15]. Mais, là encore les chances d'obtenir des fonds pour couvrir les frais de l'arbitrage sont minces pour le liquidateur. La première raison est que, de manière générale, ces sociétés de « Litigation Funding » ne financent que les dossiers dont elles estiment pouvoir retirer un retour sur investissement. Autrement dit, seuls les dossiers avec une forte chance de succès au fond de la partie financée trouvent grâce à leurs yeux et, dès lors, ils ne financent que très peu de dossiers. La seconde raison est que ces tiers investisseurs, dans leur processus de sélection des demandes de financement, analysent la capacité de recouvrement de leur propre créance à l'issue du procès. Or, dans le cadre d'une procédure collective, en cas de sentence favorable, une incertitude existe sur le processus de recouvrement. De fait, la créance de la société de financement sur la partie financée ne sera pas immédiatement recouvrable. Bien que privilégiée, car postérieure à l'ouverture de la procédure collective, la créance de la société de financement sera en concurrence avec les autres créanciers privilégiés.

A défaut de financement et sans coopération de la part du tribunal arbitral ou de l'institution, le liquidateur peut donc se retrouver en situation de déni de justice. Dans ces conditions, cette newsletter est l'occasion d'émettre un souhait dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. La création d'un fonds d'accès à l'arbitrage au sein des centres d'arbitrage devient un impératif. En effet, les acteurs de l'arbitrage, arbitres et institutions, ne sont pas de simples prestataires de services. Ils participent à l'œuvre de justice, service qui transcende désormais les frontières du public et du privé. En ce sens, l'institution a une responsabilité : celle de garantir son accès. Surtout, il ne s'agit pas de surestimer le phénomène d'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage. Il s'agit de pouvoir traiter quelques cas par an et d'éviter ainsi d'entretenir le vent de suspicion qui peut souffler à l'égard de l'arbitrage.

Maximin de Fontmichel

*Directeur du Master Arbitrage et Commerce International (MACI)
Vice-Doyen de la Faculté de droit et de science politique, Université de Versailles - Paris Saclay*

[1] TGI Paris (ord.) 16 nov. 2015 (Garoubé), n° 15/55644, *D.* 2015 *panor.* 2592, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2015 n° 4 p. 129 note M. de Fontmichel ; *Rev. arb.* 2016 p. 258 note Ch. Jarrosson et F.-X. Train ; Paris, (Pôle 1 ch. 1) 24 mai 2016, n° 15/23553, *Cah. arb.* 2016 p. 641 note M. de Fontmichel.

[2] Sur la différence entre les deux notions d'impécuniosité et d'insolvabilité, v. E. Gaillard, « Impecuniosity of Parties and its effect on Arbitration - A French view », in *Financial Capacity of the Parties, A condition of Validity of Arbitration Agreement*, ed. German Institute of Arbitration, Peter Lang, 2004 spéc. p. 69. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, *Economica* 2013, spéc. n° 292.

[3] Paris, pôle 1, ch. 1, 26 févr. 2013, n° 12/12953 : *Rev. arb.* 2013, p. 746, note F.-X. Train ; *Cah. arb.* 2013, p. 749, note A. Pinna ; *D.* 2013 p. 2936, et p. 2945, obs. Th. Clay ; *LPA* 28 janv. 2014, p. 9, n° 19, note M. de Fontmichel).

[4] Cass. civ. 1^{re}, 13 juillet 2016 n° 15-19389.

[5] Civ. 1^{re}, 28 mars 2013 n° 11-27.770, *JCP G* 2013, 559, note J. Béguin et H. Wang ; *JCP G* 2013, act. 408, obs. J. Béguin ; *JCP G* 2013, doct. p. 784, § 4, obs. C. Seraglini ; *D.* 2013, 2944, obs. T. Clay ; *Gaz. Pal.* 30 juin-2 juill. 2013, p. 16, obs. D. Bensaude. *Cah. arb.* 2013, 479, note A. Pinna ; *Procédures* 2013, 189, note L. Weiller ; *Rev. arb.* 2013, 746, note F.-X. Train ; *LPA* 27 janvier 2014 n° 19 p. 9, note M. de Fontmichel.

[6] V. sur ces mécanismes, M. de Fontmichel, « Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable », *L'argent dans l'arbitrage*, dir. Th. Clay et W. Ben Hamida, *Lextenso* 2013 p. 37 et s.)

[7] V. sur ce point E. Gaillard: « Laws and Court Decisions in Civil Law Countries » in *ICCA Congress series n°5, Preventing Delay and Disruption of Arbitration*, 1991 p. 104, spéc. p. 106.

[8] L. Mitrovic :« La provision pour frais de l'arbitrage CCI » *Bull. CIA de la CCI*, vol. 7 n°2, 1996 p. 90.

[9] Sentence CCI n°9667, 10 août 1998, *JDI* 2000 p. 1096, note D. Hascher.

[10] Cass. civ., 1^{re}, 1^{er} févr. 2017 n°15-25.687 : *D.* 2017, 304 ; *Gaz. Pal.* 18 juill. 2017 p. 28 obs. D. Bensaude ; *Rev. arb.* 2017. 483, note Ch. Jarrosson ; *RTD civ.* 2017, 394 note H. Barbier ; *RTD civ.* 2017, 421 note P.-Y. Gautier ; *Procédures* 2017 n°4 p. 28 obs. L. Weiller ; *RDC* 2017, 299 note M. Laazouzi.

[11] V. en ce sens F.-X. Train, préc. spéc. n° 45.

[12] *Id.*

[13] V.V. Veeder, « Law and Court Decisions in Common Law Countries and The UNCITRAL Model Law », in *ICCA Congress series n°5, Preventing Delay and Disruption of Arbitration*, 1991 p. 112.

[14] V. sur ce point, les dispositions L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce.

[15] D. Mondoloni, « Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur? », in *Liber Amicorum Christian Larroumet* 2010 p. 361; le premier colloque sur la question : Financement du contentieux par un tiers, 2 avril 2012, Paris, sous la dir. de K. Kessedjan, publié aux éditions Panthéon-Assas, 2012. Ph. Pinsolle, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011.385 ; M. de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. soc.*, mai 2012 p. 279 ; J. El Adhab, « La gestion du risque arbitrale par les parties », *RGDA* 2012.274.

ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

> MOOC Droit de l'arbitrage interne et international

Le MOOC (Massive Open Online Course) Droit de l'arbitrage de la Faculté de Droit de Montpellier est un diplôme universitaire qui propose aux étudiants et aux professionnels une formation entièrement à distance, consacrée au Droit de l'arbitrage tant interne qu'international. La formation intéresse avant tout ceux qui, déjà orientés vers le Droit des affaires, souhaitent se spécialiser encore davantage et acquérir des compétences techniques en matière d'arbitrage.

Les dossiers de candidature pour la promotion 2018-2019 peuvent être déposés par mail dès le début du mois de juillet 2018.

[Lire la suite](#)

> SCL Delay & Disruption Protocole

Le 6 septembre 2018 à Paris, la Society of Construction Law et l'Association Française du Contract Management organisent la conférence de lancement de la traduction française du « SCL Delay & Disruption Protocole ».

[Lire la suite](#)

> Conférence | International Arbitration Institute

L'IAI organisera le 4 octobre 2018 à Paris une conférence sur le thème « Enforcement of arbitral awards against States ».

[Programme et informations à venir](#)

> Colloque | CAREN

La CAREN, en collaboration avec la Fédération des Centres d'Arbitrage, organise un colloque « **Arbitrage et stratégie d'entreprise** » le **15 novembre prochain** à Lille, dans le but de montrer comment l'entreprise, pour une meilleure gestion de son procès, peut situer au mieux l'arbitrage dans sa stratégie, comment elle doit participer avec son conseil au choix des arbitres, aux choix procéduraux, à la préparation et à la mise au point de son argumentation.

[Lire la suite](#)

> Colloque | Comité français de l'arbitrage

Organisé par le CFA le **23 novembre 2018** à Paris, le colloque « **L'arbitrage à l'épreuve des procédures pénales** » traitera des rapports entre arbitrage et droit pénal sous l'angle des perturbations de la procédure arbitrale engendrées par l'existence d'une procédure pénale connexe ; la nature et l'ampleur des perturbations dépendant du type d'infraction. Soit c'est la régularité même de l'arbitrage qui est en cause, du fait de l'existence d'une fraude ou d'une instrumentalisation de l'arbitrage, soit les arbitres doivent se prononcer sur les aspects civils d'infractions pénales commises par les parties ou l'une d'elles, qui ont une incidence sur le traitement du litige. C'est principalement l'arbitrage commercial qui sera envisagé mais une place sera faite à l'arbitrage d'investissement.

[Lire la suite](#)

A L'INTERNATIONAL

> 60ème Séminaire de Droit Comparé et Européen

Le Séminaire d'été de Droit comparé et européen d'Urbino a été créé en 1959 à l'initiative commune de juristes italiens et français. Il a pour objet de développer la connaissance du droit comparé, européen, international et international privé et de faciliter la rencontre de juristes venus principalement, mais non exclusivement, des pays de l'Union. Les cours sont donnés en français, italien ou anglais. Sa 60ème édition aura lieu du **20 août au 1er septembre 2018**.

[Lire la suite](#)

> ASA General Meeting and Conference 2018

The Swiss Arbitration Association organizes on **14 September 2017 in Bern its general meeting and conference** on the theme «**Blockchain, Smart Contracts and Arbitration**». This conference will deal with the impact of blockchain technology and smart contracts on arbitration. The first part will explain the technical foundations of a blockchain. The second part of the conference will address the legal implications of smart contracts. The third part will explore the resolution of disputes using blockchain technology and will focus in particular on the current projects in this field.

[Lire la suite](#)

> Colloque | Credimi

The Faculty of Law of the University of Zaragoza is hosting, in the context of the Investment Law Initiative, a Colloquium on «**International Investment Law & Competition Law**», which will take place on **27 & 28 September 2018, in Zaragoza, Spain**.

The Colloquium is jointly organized by the University of Zaragoza (Spain) and its Faculty of Law; the Athens Public International Law Center (Athens PIL) of the National and Kapodistrian University of Athens Faculty of Law (Greece); the Research Centre on Procurement Law and International Investment

(CREDIMI) of the University of Burgundy (France); and the French National Centre for Scientific Research (CNRS) (France).

[Lire la suite](#)

> IBA Annual Conference 2018

The 2018 IBA Annual Conference will be held **in Rome on 7-12 October 2018**. More than 200 sessions will be included in the 2017 programme, many workshops on Alternative Dispute Resolution.

[Lire la suite](#)

> MED-MID XII 2018

The European Court of Arbitration and the International School of Arbitration and Mediation of the Mediterranean and of the Middle East, with the cooperation of its Cyprus Chapter and the UCLan - University of Central Lancashire - Cyprus, organise **MED-MID XII** (the Annual Mediterranean and Middle East Conference), which will be held **in Cyprus on 26 October 2018**. This year's topic is «Which requirements are to be considered for the selection of the seat of international arbitral proceedings?»

[Lire la suite](#)

ACTUALITES DE LA MEDIATION

> Formation | Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation

L'IEAM organise à Paris une formation à la médiation sur 8 journées : les 19 et 20 septembre, les 18 et 19 octobre, les 29 et 30 novembre et les 19 et 20 décembre 2018.

La formation, animée par Sylvie Adijes, ancien avocat, formatrice de la médiation, Dominique Dollois, avocat, médiateur et Marie Lebrun Benard, est basée sur des exposés théoriques brefs alimentés de nombreux exercices et mises en situation.

[Lire la suite](#)

> Colloque | Université de Franche-Comté

Le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC) organise les **11 et 12 octobre prochain à Besançon** un colloque international qui regroupera des magistrats et des universitaires spécialistes **de la médiation et de la conciliation français, québécois et suisses** sur le thème « **Le rôle du juge en matière de modes alternatifs de règlement des différends** ».

L'enjeu de la réflexion proposée par ce colloque est de préciser l'articulation qui peut exister entre justice étatique et mode amiable de règlement des différends alors que la France, un des rares pays à avoir mis en place autant d'outils pour le règlement amiable, est un de ceux où il est le moins utilisé.

Il convient de rechercher la cause de ce que l'on peut qualifier de dysfonctionnement ou de non-fonctionnement. Les regards de deux pays francophones, et partageant pour partie le même système de droit processuel, seront riches d'enseignements.

[Lire la suite](#)

> Anniversaire des 25 ans de l'ANM

L'Association Nationale des Médiateurs fêtera ses 25 ans le **19 novembre 2018 à Paris** autour du thème « **Construire du commun dans un monde en perte de repères** ».

INFORMATIONS

> Conférence de l'AFA



ÉTAT DES LIEUX DE L'ARBITRAGE EN AFRIQUE

par Madame Marie-Andrée NGWE

Arbitre, médiateur, avocat au Barreau du Cameroun,
Présidente du Comité permanent du Centre d'Arbitrage du GICAM (CAG)

Nous savons que l'environnement réglementaire de l'arbitrage en Afrique a récemment évolué pour renforcer l'efficacité. Nombre de colloques s'en sont faits l'écho à juste titre. Nous savons que l'économie de la zone connaît une croissance qui attire les investisseurs étrangers. Les journaux économiques ne manquent pas de le souligner. Nous connaissons par contre beaucoup moins la perception réelle de l'arbitrage par les praticiens de l'arbitrage en Afrique. L'AFA a donc choisi de donner la parole à Madame Ngwé, éminente professionnelle à la fois arbitre, médiateur, avocat au Barreau du Cameroun et Présidente du Comité permanent du Centre d'arbitrage du GICAM, afin qu'elle puisse partager sa très riche expérience avec l'auditoire et en débattre.

[Lire la suite](#)

En partenariat avec :



> Prochain Cas pratique de l'AFA



Le prochain Cas pratique de l'AFA aura lieu les **lundi 8 et mardi 9 octobre 2018** à la **Maison du Barreau à Paris**. Sur ces deux journées, une procédure arbitrale sera déroulée afin d'en suivre toutes les phases, de la notification de la demande à l'exécution de la sentence, et découvrir tous les outils pour la mener à bien.

Ce séminaire s'adresse aux avocats, experts, juristes, chefs d'entreprise, magistrats, professeurs ou toute autre profession : arbitres, conseils ou parties à l'arbitrage.

[Lire la suite](#)

> Dîner débat de l'AFA



Le contrôle des sentences par le juge étatique. Jusqu'où ira-t-il ?

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

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

Ce sont les questions qui ont été posées au **Professeur Thomas Clay**, lequel est venu donner son point de vue lors du **dîner débat de l'AFA du 30 mai dernier**.

Point de vue présenté par le Journal Spécial des Sociétés dans son édition du 16 juin 2018.

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

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

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

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

[Lire la suite](#)

JURISPRUDENCE

Arrêt de la Cour de Cassation

● **Cass. 1^{ère} civ. 28 mars 2018 n° 16-16568**

La compétence se contrôle en fait et en droit

Cet arrêt rendu en matière d'arbitrage international est rendu au visa de l'article 1520-1 du Code de procédure civile qui prévoit la nullité de la sentence lorsque les arbitres étaient incompétents.

Ce sont les arbitres qui statuent par priorité sur leur compétence (ou l'étendue de leurs pouvoirs juridictionnels) sous le contrôle de la Cour d'appel soit au titre d'un recours en annulation lorsque la sentence a été rendue en France soit au titre d'un appel de l'ordonnance d'exequatur lorsque la sentence a été rendue à l'étranger.

Le contrôle de la compétence s'exerce par la Cour d'appel en droit et en fait, par exception à la règle selon laquelle la sentence ne peut faire l'objet d'une révision au fond, pour apprécier l'existence et la portée de la convention d'arbitrage.

Mais ce qui mérite d'être souligné c'est que la Cour de cassation exerce sur la décision de la Cour d'appel un contrôle lui aussi approfondi puisqu'en l'espèce elle a reproché à l'arrêt d'appel d'avoir mal appliqué un Traité, alors que l'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle s'en rapporte à la souveraine appréciation de la Cour d'appel.

S'agissant de la répartition des pouvoirs juridictionnels, qui justifie le contrôle en fait et en droit, et de l'application d'un Traité, on comprend qu'en l'espèce la Cour de cassation ait apprécié dans le détail l'argumentation des parties.

À cet égard un parallèle peut être fait avec l'exercice du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public tel qu'il résulte des décisions récentes de la Cour d'appel de Paris qui a fait l'objet d'un exposé remarquable du Professeur Thomas CLAY au dîner annuel de l'AFA le 30 mai 2018 dont la

publication doit intervenir prochainement.

● **Cass. 1^{ère} civ. 28 mars n° 15-16909**

Responsabilité de l'arbitre

L'arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 2014 (n° 11-17196, Rev. arb. 2016 493 note JS. Borghetti ; L. Aynès « *Décisions sur la responsabilité de l'arbitre* » Cah. arb. 2014.209) a permis de cerner la responsabilité encourue par l'arbitre dans l'exécution de sa mission et de distinguer la responsabilité dans l'exécution de la mission juridictionnelle de l'arbitre qui ne peut être retenue qu'en cas de faute lourde équipollente au dol, de celle qui peut résulter de l'exécution procédurale de sa mission (délai, motivation, indépendance ...).

Dans la présente espèce un arbitre avait rendu plusieurs sentences qui avaient été annulées au motif qu'aucune clause d'arbitrage n'existait. L'arbitre avait ensuite rendue une nouvelle sentence entre les mêmes parties à propos de semblables opérations. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a retenu sa responsabilité et l'a condamné au paiement de dommages intérêts envers la partie qui avait exposé des frais et subi les tracasseries d'une procédure « *alors que l'arbitre ne pouvait ignorer qu'il lui était impossible de rendre de nouvelles décisions en qualité d'arbitre après l'annulation de ses sentences pour défaut de clause d'arbitrage...* ».

Ici encore on retiendra qu'il s'agissait d'un arbitrage ad hoc et que cette situation n'aurait évidemment pu se réaliser dans un arbitrage institutionnel à l'occasion duquel l'institution chargée d'organiser l'arbitrage vérifie l'existence d'une convention d'arbitrage.

● **Cass. 1^{ère} civ. 11 avril 2018 n° 17-17999 et 10 autres**

Principe compétence-compétence : l'inapplicabilité manifeste

La clause compromissoire était invoquée dans le cadre d'un appel en garantie entre deux sociétés qui avaient conclu un « *Traité d'apport* » et un « *Purchase Agreement* » lequel contenait seul une clause compromissoire.

La Cour d'appel a procédé à un « *examen substantiel et approfondi des relations contractuelles entre les parties* » retenant que le litige ne concernait que le traité d'apport et en conséquence a statué au fond.

La Cour de cassation réitère la formule qu'elle a adoptée depuis longtemps : « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire stipulée dans le « Purchase Agreement », seule de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la Cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1448);* ».

● **Cass. 1^{ère} civ. 24 mai 2018 n° 17-18796**

L'arbitre doit expliciter l'application qu'il fait de l'amicable composition

Par toute une suite d'arrêts, la Cour de cassation a exprimé qu'il ne suffisait pas que les arbitres déclarent avoir statué en faisant usage des pouvoirs qui leur avaient été conférés, mais qu'il convenait que l'application de l'équité soit explicitée. La motivation de cet arrêt est particulièrement claire à cet égard et constitue une mise en garde à l'encontre de motivations insuffisantes : « *l'arrêt relève que, nonobstant la référence liminaire à l'équité figurant au dispositif de la sentence, la motivation développée sur l'ensemble des questions soulevées révèle, même en l'absence d'une quelconque référence textuelle, que le tribunal arbitral a statué en droit* » en conséquence de quoi l'annulation de la sentence était justifiée.

Lorsque la sentence est rendue sous les auspices d'une institution d'arbitrage qui prévoit la relecture de la sentence, comme l'AFA, le comité d'arbitrage tient compte de cette exigence et pourra demander aux arbitres de préciser leur motivation de l'équité, sans pour autant intervenir sur la solution donnée au litige, mais pour assurer une plus grande efficacité à la sentence.

Par **Bertrand MOREAU**