

**COMPTE RENDU DE L'ATELIER DE PRATIQUE ARBITRALE
DU COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE –
GROUPE « ARBITRAGE INTERNE » (PARIS, 18 JANVIER 2011)
« INSTANCE ARBITRALE ET PROCÉDURES PARALLÈLES »**

par

Romain DUPEYRE

*Avocat aux Barreaux de Paris et New York,
SCP Bouckaert Ormen Passemard Sportes
Co-rapporteur du groupe de travail « Arbitrage interne » du CFA*

Le groupe de travail « Arbitrage interne » mis en place par le Comité français de l'arbitrage s'est réuni, pour son premier atelier de l'année 2011, le 18 janvier dernier à la Maison du Barreau afin que ses membres puissent partager leurs expériences concernant les situations délicates mettant aux prises l'arbitrage avec des procédures parallèles.

M. H.-J. Nougéin, qui co-préside ce groupe de travail, a présenté dans leurs grandes lignes les problématiques abordées au cours de ce séminaire interactif. Il a en particulier remarqué que, sur le plan sémantique, le choix de l'intitulé de cette rencontre pouvait être discuté dans la mesure où les procédures parallèles ne sont pas destinées à se rencontrer alors que les points d'achoppement entre l'arbitrage et les procédures conduites simultanément sont nombreux. Sans doute aurait-il été préférable de parler de procédures concurrentes ou simultanées.

La typologie des procédures pouvant être conduites concurremment à un arbitrage et susceptibles de l'affecter est éloquent. Il peut en effet s'agir de procédures introduites devant des autorités administratives indépendantes (Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers, etc.), de procédures de nature civile, pénale, administrative ou de procédures collectives, voire de procédures arbitrales parallèles.

La discussion a tout d'abord porté sur les règles relatives aux interactions entre **procédures arbitrales et collectives**.

M. D. Mouralis, auteur d'une thèse (à paraître, PUAM) sur *L'arbitrage confronté aux procédures parallèles*, a indiqué que, selon lui, les règles étaient bien établies dans ce domaine. Lorsque l'une des parties à l'arbitrage fait l'objet d'une procédure collective, l'article 369 du Code de procédure civile trouve à s'appliquer par renvoi de l'article 1465 du Code de procédure civile (ou article 1471 du Code de procédure civile tel qu'il résulte du nouveau décret sur le droit de l'arbitrage). L'instance arbitrale est donc interrompue par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une partie au litige. La procédure arbitrale est reprise après que la créance discutée dans le cadre de l'arbitrage a été déclarée au passif de la partie concernée. Le principe

de suspension ou d'interruption des poursuites individuelles ou des instances en cours prévu à l'article L. 622-17 du Code de commerce trouve donc à s'appliquer en matière d'arbitrage en tant que principe d'ordre public interne et international (Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2009, *Mandataires Judiciaires Associés et Jean Lion c. International Company For Commercial Exchanges Income*, Bull. civ., I, n° 86 ; JCP, 2009, n° 534, note G. Bolard ; *Rev. arb.*, 2010.299, note D. Cohen ; *Gaz. Pal.*, 28 juillet 2009, n° 209, p. 9, note F. Mélin ; *LPA*, 21 juillet 2009, n° 144, p. 17, note D. Mouralis ; *RTD com.*, 2009.546, obs. E. Loquin).

Une fois reprise, la procédure arbitrale ne peut tendre qu'à la liquidation de la créance. Le tribunal arbitral ne peut pas condamner une partie au versement d'une somme d'argent. La créance fixée par le tribunal arbitral doit ensuite être régularisée dans le cadre de la procédure collective et connaîtra alors le même sort que les autres créances.

Inversement, le tribunal arbitral ne peut reconnaître une créance éteinte car non déclarée.

M. Mouralis a attiré l'attention des participants sur un point significatif de la difficile coexistence des mécanismes de l'arbitrage avec le droit des faillites : celui dans lequel les arbitres ont reçu mission d'**amiables compositeurs**. Les difficultés de l'amiable composition en présence d'une procédure collective ont été mises en évidence dans une affaire *Le Castel* (Paris, 11 février 2010, *Gaz. Pal.*, n° 157-159, p. 20, obs. D. Bensaude ; *Rev. arb.*, 2010.827, note D. Mouralis). M. Mouralis, qui a commenté cet arrêt dans la présente *Revue*, a ainsi résumé cette affaire : le créancier d'un débiteur placé en redressement judiciaire a déclaré sa créance correspondant à l'indemnité de résiliation anticipée mise par un contrat à la charge de la partie à laquelle la résiliation est imputable. Le contrat a été résilié par le tribunal de commerce. Le juge-commissaire se déclare incompétent pour vérifier la créance car celle-ci relève de la clause compromissoire souscrite par le débiteur. Les arbitres estiment que le contrat n'a pas été résilié du fait du débiteur, puisque c'est une décision du tribunal de commerce qui y a mis fin. Toutefois, la clause compromissoire prévoyait que les arbitres statueraient comme amiables compositeurs. Or ceux-ci considèrent qu'à l'aune de l'équité, le débiteur doit indemniser son cocontractant, dans la mesure où son comportement a été déloyal : il a déposé son bilan de manière hâtive et a créé le risque de la cession forcée et, partant, de la résiliation anticipée. Les arbitres constatent ainsi l'existence d'une créance à la charge du débiteur et en fixent le montant, sans prononcer de condamnation. La sentence est annulée, la Cour d'appel de Paris estimant qu'en retenant l'existence d'un préjudice fondé sur la mauvaise foi d'une partie, alors que la créance litigieuse déclarée à la procédure collective avait pour cause la rupture fautive du contrat, le tribunal arbitral a statué sur une créance non déclarée et a violé le principe d'ordre public d'extinction des créances non déclarées. Il semble donc que la rigueur de la procédure collective s'accommode mal de la marge d'appréciation dont disposent les arbitres statuant *ex aequo et bono*.

Le litige concernant la créance invoquée à l'encontre d'une société placée sous un régime de protection est donc rapidement porté devant le juge-commissaire. Le défendeur a alors un intérêt évident à obtenir le rejet de la créance. Or ce rejet peut se fonder devant le juge-commissaire sur des considérations qui ne sont pas strictement juridiques.

Une fois la créance déclarée, le juge-commissaire doit, pour sa part, se déclarer incompétent pour connaître de la fixation d'une créance en présence d'une clause compromissoire, sauf si ladite clause est manifestement nulle ou inapplicable.

M. le Président Jean-Pierre Ancel a brièvement rappelé les règles concernant le **caractère manifestement nul de la clause compromissoire**. Il a souligné que les exemples étaient rares en jurisprudence. Tel est le cas lorsque la demande présentée au juge est fondée sur un contrat contenant une clause attributive de juridiction alors que la clause compromissoire est contenue dans une autre convention (Cass. civ., 1^{re}, 4 juillet 2006, *Rev. arb.*, 2006.959, note F.-X. Train). Dans cette hypothèse, l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire a été constatée dans la mesure où, à l'évidence, la clause compromissoire invoquée était indifférente au contrat litigieux.

L'un des participants a fait part d'une expérience personnelle révélatrice des difficultés que peut poser l'interaction entre arbitrage et procédure parallèle. Il a indiqué avoir participé à un litige concernant la construction d'un hôpital en Arabie Saoudite. L'entrepreneur principal, une société française, a fait faillite au cours de la procédure d'arbitrage. Son cocontractant, de nationalité coréenne, a alors dû déclarer sa créance au passif de la société française pour pouvoir poursuivre la procédure arbitrale, avec toutes les complications résultant du fait que, en sus de la procédure arbitrale se déroulant en Arabie Saoudite, le contractant coréen devait s'assurer du respect de ses droits dans le cadre de la procédure collective ouverte en France.

Un autre participant a fait remarquer que le créancier ne peut faire l'économie de la procédure arbitrale afin de rendre cette créance exigible sauf s'il est sûr que sa créance sera admise dans le cadre de la procédure collective. Le temps de la procédure arbitrale est cependant très différent de celui de la procédure collective. En effet, le juge-commissaire se doit d'adopter un plan de continuation dans un **délai** d'un an à compter de l'ouverture de la procédure collective, avec une prolongation possible de six mois. M. Nougéin, Président honoraire du Tribunal de commerce de Lyon, a fait remarquer que les délais prévalant dans le cadre de la procédure collective sont peu compatibles avec la durée moyenne d'un arbitrage. Il existe donc un risque important que la créance ne puisse être liquidée par le tribunal arbitral avant la fin de la période d'observation et, par conséquent, qu'elle ne soit pas prise en compte dans le cadre de la vérification des créances.

M. J.-P. Ancel a rappelé qu'une fois la créance admise par le juge-commissaire, l'arbitre n'était plus compétent.

Le risque que le recours à la procédure collective soit utilisé par une partie pour des raisons stratégiques et pour mettre en péril la procédure arbitrale a été souligné. Inversement, les parties tâchent parfois d'avoir recours à l'arbitrage pour contourner les règles relatives au droit des faillites. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a récemment refusé d'accorder l'exequatur à une sentence rendue sous l'égide de la *London Court of International Arbitration* pour fraude au prétexte que la procédure arbitrale avait été mise en œuvre pour éviter les contraintes propres à la procédure collective (Paris, 9 avril 2009, RG n° 07-17.769, *Me Van Meensel ès qualité de curateur de Viva Chemical (Europe) NV c. Sté Petroval et autres*). Dans cette affaire, les parties avaient en effet saisi un arbitre unique au cours de la période suspecte et obtenu, dès le lendemain, une sentence d'accord parties conférant à la créance la qualité de sentence arbitrale bénéficiant des conditions d'exécution favorables prévues par la Convention de New York. La Cour refuse de reconnaître la sentence en France :

« ... alors que Viva ... se trouvait en période suspecte ... cette société et ATPD, parfaitement au fait de la contestation existant quant à la propriété de 1281 tonnes, ont modifié la clause compromissoire prévue au contrat ..., ont saisi d'accord un seul arbitre, alors qu'il était initialement prévu la saisine de trois arbitres, pour faire homologuer par celui-ci, sans aucune investigation de sa part, en 24 heures (l'arbitre saisi le 22 mai ayant rendu sa sentence le lendemain le 23 mai) un accord au terme duquel ATPD est bien propriétaire des 1281 tonnes litigieuses ... Que cette sentence d'accord, suscitée en période suspecte par deux parties qui n'ont pas de différend entre elles, n'avait manifestement que pour objet d'imposer aux futurs curateurs un fait accompli ; ... Que celle-ci a été rendue en fraude, qu'il convient donc d'infirmer l'ordonnance d'exequatur et de dire que la sentence arbitrale du 24 mai 2007 n'est pas susceptible de reconnaissance en France comme contraire à la conception française de l'ordre public international ».

Les participants ont ensuite discuté des règles relatives à l'interaction entre arbitrage et procédures collectives au niveau européen. Le Règlement n° 1346/2000 organise la répartition des compétences concernant les **procédures collectives ouvertes dans un Etat de l'Union européenne** (à l'exception du Danemark). Ce règlement consacre le principe d'unicité de la procédure. C'est ainsi que la loi applicable aux effets de la procédure collective est celle du lieu où la procédure a été ouverte. Le règlement contient cependant une exception : les effets de la procédure collective sur les instances en cours dépendent de la loi du lieu où l'instance est pendante.

Certaines législations, comme la loi polonaise, prévoient que la convention d'arbitrage cesse de produire ses effets à la suite de l'ouverture d'une procédure collective. Cette règle a fait l'objet d'une interprétation divergente par les juridictions anglaises et suisses dans la désormais célèbre affaire *Elektrim* (D. Baizeau, « Compétence de l'arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l'affaire *Vivendi c. Elektrim* »,

Gaz. Pal., Cah. arb., 27 octobre 2009, n° 300, p. 5). Les juridictions anglaises ont estimé que, en application du règlement, les effets de la procédure collective ouverte en Pologne sur un arbitrage dont le siège était en Angleterre devaient être déterminés par la loi anglaise. Les juridictions anglaises en ont conclu que l'arbitrage devait se poursuivre (Court of Appeal, 9 juill. 2009, *Syska vs. Vivendi Universal*, [2009] *EWCA Civ 677*; [2009] 2 *C.L.C.* 10). Saisi de la même question, le Tribunal fédéral suisse a abouti à une conclusion opposée. Il a estimé que la question de la validité de la clause compromissoire une fois la procédure collective ouverte relevait de la capacité de la personne morale et dépendait donc de la loi applicable à cette société (la loi polonaise au cas particulier). Le Tribunal a donc conclu que la procédure arbitrale devait prendre fin (Trib. féd. suisse, 31 mars 2009, ATF 4A_428/2008).

Les débats ont ensuite porté sur les relations complexes qu'entretiennent **procédures pénales** et procédures arbitrales.

La règle *una via electa* est ainsi fréquemment invoquée par les défenderesses dans le cadre de procédures d'arbitrage pour contester la compétence du tribunal arbitral. Selon les expériences échangées au cours des débats, il semblerait que l'argument soit rarement couronné de succès. Il exige en effet de démontrer que la demanderesse a, dans le cadre d'une plainte pénale, poursuivi la réparation de l'infraction et que c'est cette même demande qui est présentée aux arbitres.

Le principe « *le criminel tient le civil en l'état* » a lui aussi fait l'objet d'une abondante jurisprudence dans le contexte d'arbitrages internationaux. Avant même la réforme de l'article 4 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation avait jugé qu'en matière d'arbitrage international, la règle ne s'imposait pas aux arbitres. En revanche, l'article 4 du Code de procédure pénale est applicable, même en matière internationale, au recours en annulation d'une sentence arbitrale si la procédure pénale se déroule en France (Cass. civ., 1^{re}, 25 octobre 2005, *Sté Omenex c. Hugon*, *Bull. civ.*, 2005, n° 378; *D.*, 2006.199, avis J. Sainte-Rose; *D.*, 2005.2052, n° I-B, obs. Th. Clay; *Rev. arb.*, 2006.103, note J.-B. Racine; *JDI*, 2006.996, note F.-X. Train; *JCP E*, § 2-D, obs. J. Béguin, J. Ortscheidt, Ch. Seraglini).

Depuis la réforme de ce texte en 2007, l'influence de l'article 4 du Code de procédure pénale en matière d'arbitrage est plus réduite encore. L'opportunité de prononcer le **sursis** ressortit à la seule compétence des arbitres qui pourront désormais fonder ce sursis sur l'article 1472 du Code de procédure civile. Les participants étaient d'avis que la décision des arbitres sur le sursis devrait sans doute être dépourvue de recours.

La question de la **consolidation des procédures arbitrales connexes** a également été abordée. La loi française n'envisage pas cette possibilité, contrairement à certains droits étrangers. C'est ainsi que le Code de procédure civile néerlandais prévoit la consolidation de procédures d'arbitrage distinctes si celles-ci ont toutes leur siège aux Pays-Bas (article 1046 du Code de procédure civile; voir aussi Code de procédure

civile de Californie, Sect. 1281.3 ; Ordonnance sur l'arbitrage de Hong Kong, Art. 6B(1) ; Loi sur l'arbitrage de Nouvelle Zélande, Schedule 2, Art. 2).

L'un des intervenants a partagé une expérience difficile résultant de la **référence à deux institutions d'arbitrage dans une seule clause compromissoire**, situation qui aurait pu conduire à l'introduction de procédures arbitrales concurrentes. Dans cette affaire, la validité de la clause compromissoire a été contestée (Cass. civ., 1^{re}, 4 juin 2009, *Ineos European Holdings et autres c. Ineos France, D.*, 2009.2959, obs. Th. Clay). La Cour de cassation a toutefois jugé qu'une clause compromissoire faisant référence à deux institutions arbitrales différentes n'était pas manifestement inapplicable dans la mesure où l'intention des parties d'avoir recours à l'arbitrage était établie quelle que soit « *l'ambiguïté de la rédaction de la clause* » et, par conséquent, qu'il revenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur la validité d'une telle clause.

Les participants ont finalement pu échanger sur une ordonnance récemment rendue par le Juge de la mise en état du Tribunal de grande instance de Paris, qui a prononcé un **sursis à statuer pour une bonne administration de la justice en raison de l'existence d'une procédure arbitrale** conduite en parallèle à la procédure judiciaire dont il était saisi. Dans cette affaire, le Tribunal de grande instance de Paris était saisi d'une demande relative au paiement d'une indemnité d'assurance à la suite d'un sinistre de grande ampleur. Ce sinistre faisait simultanément l'objet d'un arbitrage afin de déterminer dans quelles conditions la prime d'assurance avait été payée et la contribution de différentes parties au paiement de cette prime. Le juge de la mise en état était d'avis que la décision qui serait rendue dans le cadre d'un arbitrage sur les conditions de paiement de la prime était de nature à influencer sur sa propre décision concernant le règlement de l'indemnité d'assurance. Il a donc décidé de surseoir à statuer dans l'attente de la reddition de la sentence (TGI Paris, Ord. JME, RG n° 09/08091, 10 janvier 2011, inédit). Encore un cas de figure intéressant et un nouvel exemple des difficultés de concilier procédure arbitrale et procédure parallèle.

Le **prochain Atelier de pratique arbitrale** de ce groupe du Comité français de l'arbitrage aura lieu le **mardi 17 mai 2011** (Salle Gaston Monnerville, Maison du Barreau, Paris) et portera sur le thème « **L'audition des témoins dans l'arbitrage** ». Nul doute que les expériences à partager seront, une fois encore, fort nombreuses et enrichissantes.